

MATERIA : RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY Nº 21.202
PROCEDIMIENTO : RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 17 Nº 9 DE LA LEY Nº 20.600
RECLAMANTE : MARÍA SOLEDAD SCHAAF MALDONADO
RUT : 6.582.457-4
RECLAMANTE : LILIANA ANDREA CANCINO CARDOZA
RUT : 10.466.187-4
RECLAMANTE : LILIANA BEATRIZ PLAZA CANCINO
RUT : 18.761.360-4
RECLAMANTE : CONSTANZA ESTEFANÍA VARGAS RODRÍGUEZ
RUT : 19.264.764-9
RECLAMANTE : LUZ MARINA HUERTA ORTIZ
RUT : 10.262.568-4
RECLAMANTE : PABLO SERGIO MARIMAN CONTRERAS
RUT : 16.757.442-4
RECLAMANTE : WILMA NATHALIA JIMENEZ REYES
RUT : 13.220.363-6
RECLAMANTE : YANIRA PAMELA MOMBERG HUENUPE
RUT : 11.945.992-3
RECLAMANTE : VÍCTOR IVAN GODOY DIAZ
RUT : 6.030.618-4
RECLAMANTE : LUIS RESERIES GUTIÉRREZ SCORZONI
RUT : 7.929.443-8
RECLAMANTE : VALENTINA NICOLE RIQUELME GUERRERO
RUT : 18.760.828-7
ABOGADO : FELIPE PINO ZUÑIGA
RUT : 18.396.655-3
ABOGADO : ANTONIA BERRÍOS BLOOMFIELD
RUT : 18.119.016-7
RECLAMADO : MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE – Subsecretaría del Medio Ambiente
RUT : 61.979.930-5
REPRESENTANTE : CAROLINA SCHMIDT ZALDIVAR

EN LO PRINCIPAL: Interpone reclamo del artículo 3º Ley 21.202. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Medida cautelar. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Forma de notificación.

ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL (2º)

FELIPE PINO ZÚÑIGA, abogado, cédula de identidad número 18.396.655-3, y **ANTONIA BERRIOS BLOOMFIELD**, abogada, cédula de identidad número 18.119.016-7, ambos domiciliados para estos efectos en Mosquito 491, oficina 312, comuna de Santiago, Región Metropolitana, en representación, según se acreditará, de **MARÍA SOLEDAD SCHAAF MALDONADO**, administradora de empresa, cédula de identidad número 6.582.457-4, domiciliada en Victoria Nº 77, comuna de San Juan, región de Valparaíso; **LILIANA ANDREA CANCINO CARDOZA**, gestora ambiental, cédula de identidad número 10.466.187-4, domiciliada en José Rodríguez Mura Nº5, comuna de San Antonio, Región de Valparaíso; **LILIANA BEATRIZ PLAZA CANCINO**, docente, cédula nacional de identidad número 18.761.360-4, domiciliada en José Rodríguez Mura Nº5, comuna de San Antonio, Región de Valparaíso; **CONSTANZA ESTEFANÍA VARGAS RODRÍGUEZ**, músico, cédula de identidad número 19.264.764-9, domiciliada en Los Claveles, block número 9º, departamento Nº33, Tejas Verdes, región de Valparaíso; **LUZ MARINA HUERTA ORTIZ**, educación parvularia, cédula de identidad número 10.262.568-4, domiciliada en Rubén Darío Nº940, región Valparaíso; **PABLO SERGIO MARIMAN CONTRERAS**, trabajador social, cédula de identidad número 16.757.442-4, domiciliado en calle uno block F, departamento 102, Mirador del Faro, Cerro Alegre, región de Valparaíso; **WILMA NATHALIA JIMENEZ REYES**, bibliotecóloga, cédula de identidad número 13.220.363-6, domiciliada en Olegario Henríquez Nº 1061, región de Valparaíso; **YANIRA PAMELA MOMBERG HUENUPE**, docente, cédula nacional de identidad número 11.945.992-3, domiciliada en Alcalde Olegario Henríquez Nº 1061, región de Valparaíso; **VÍCTOR IVAN GODOY DIAZ**, docente, cédula de identidad número 6.030.618-4, domiciliado en Pasaje las Vizcachas Nº 1422, comuna de San Antonio, región de Valparaíso; **LUIS RESERIES GUTIÉRREZ SCORZONI**, ingeniero, cédula nacional de identidad número 7.929.443-8, domiciliado en Luis González Nº 272, comuna de San Antonio, región de Valparaíso; **VALENTINA NICOLE RIQUELME GUERRERO**, docente, cédula de identidad número 18.760.828-7, domiciliada en Los Claveles Nº 740, comuna de San Antonio, región de Valparaíso, a S.S. Ilustre respetuosamente decimos:

Que, de conformidad al artículo 3º de la ley Nº 21.202 que Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de proteger los humedales urbanos (en adelante, también, LPHU) y 12 del Decreto Supremo Nº 15 de 30 de julio de 2020 que Establece el Reglamento de la Ley Nº 21.202 (en adelante, también, el Reglamento), venimos en interponer reclamación en contra de la Resolución Exenta Nº 1086 de fecha 24 de septiembre de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente que resuelve solicitud de reconocimiento de humedal urbano Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar”, solicitando se deje sin efecto y se reemplace por una que apruebe la solicitud de reconocimiento, en consideración de los argumentos de hecho y derecho que exponemos a continuación.

I. PROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN

1. Resolución impugnada

El acto sobre el cual recae la presente reclamación se trata de la Resolución Exenta N° 1086 de fecha 24 de septiembre de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente que resuelve solicitud de reconocimiento de humedal urbano Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar”.

2. Legitimación activa

La ley N°21.202 no restringe quienes podrán gozar de legitimación activa para reclamar, sino que señala ampliamente en su artículo tercero:

“En contra del pronunciamiento del Ministerio del Medio Ambiente que resuelva la solicitud de reconocimiento de la calidad de humedal urbano podrá reclamarse, dentro del plazo de treinta días, ante el Tribunal Ambiental competente, que es aquel que ejerce jurisdicción en el territorio en donde se encuentra el humedal. En caso que un humedal esté situado en más de un territorio jurisdiccional, conocerá del asunto el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración.”

Por su parte, señala el artículo 18 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, que tendrán legitimación para reclamar quienes puedan alegar la existencia de un perjuicio o afectación directa de un derecho o un interés legítimo como consecuencia de la dictación del acto que se reclama.

El interés de las personas reclamantes fluye de su residencia, siendo todos habitantes de la comuna de San Antonio y de la titularidad que poseen todos del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ya se encuentra asentado en la doctrina el tipo de interés difuso o colectivo que se encuentra detrás del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación resguardado en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de Chile. Luis Cordero Vega, se refiere al holgado alcance de este interés en los siguientes términos:

“Así las cosas, es una cuestión pacífica en Derecho Público que los legitimados para participar en un procedimiento administrativo son relativamente amplios y que esos sujetos tienen derecho a interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales.”

Lo anterior es especialmente relevante en el caso del medio ambiente, pues, como también es pacífico en la literatura, corresponde a una condición respecto de la cual los sistemas legales dan el atributo de “interés colectivo o

difuso”, de manera que la legitimación naturalmente se amplía”.¹ (El subrayado es nuestro).

A lo anterior se adiciona el interés que hay de los habitantes de una comuna que un humedal dentro del radio urbano sea declarado y protegido como tal. Asimismo, todos se vinculan con el humedal Sistema de Lagunas Ojos de Mar de alguna forma, ya sea mediante la educación ambiental, turismo o recreación.

Finalmente, en el marco del expediente de reconocimiento de humedal urbano Sistema de Lagunas de Lolleo “Ojos de Mar”, con fecha 22 de abril de 2021, representantes del Movimiento Ambiental Nge Lafken – Ojos de Mar presentaron antecedentes adicionales a los presentados por la Ilustre Municipalidad de San Antonio, con el fin de que se resolviera favorablemente la solicitud sobre humedal señalado, entre quienes se encontraban Liliana Andrea Cancino Carozza, Luz Marina Huerta Ortiz, Liliana Beatriz Plaza Cancino y Luis Resieres Gutierrez Scorzoni, todos ellos reclamantes de la presente acción administrativa.

2.1. Plazo

En virtud del artículo 3º de la ley Nº 21.202 el plazo para interponer la reclamación es de 30 días hábiles, debiendo computarse de conformidad con el artículo 25 de la Ley Nº 19.880, por disponerlo así expresamente el artículo 17 del Reglamento. La resolución impugnada fue dictada el día 24 de septiembre del 2021, momento en el cual obtuvimos conocimiento de ella, expirando en consecuencia el día 9 de noviembre del mismo año.

II. LOS HECHOS

- Con fecha 23 de enero del año 2020 se publica en el Diario Oficial y entra en vigencia la Ley 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos. Dicha legislación vino a llenar un vacío normativo en el ordenamiento jurídico ambiental nacional, incorporando la primera definición legal de humedal, y estableciendo una nueva figura jurídica para su protección: la declaratoria de humedal urbano, la cual deberá ser declarada de oficio o a petición de parte por el Ministerio del Medio Ambiente, en caso de cumplirse con los estándares y requisitos establecidos por la misma Ley. Asimismo, se establecieron ciertas modificaciones a la Ley 19.300 y Ley General de Urbanismo y Construcciones con el fin de incorporar nuevos mecanismos de protección para los humedales.
- Con fecha 24 de noviembre de 2020 se publica en el Diario Oficial el D.S. Nº 15 de fecha 30 de Julio de 2020, correspondiente Reglamento asociado a la Ley 21.202, dando vigencia a las disposiciones de la Ley que dependían de su dictación. Así, su publicación significó la plena entrada en vigencia de la Ley de Protección de

¹ CORDERO VEGA, Luis. “Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, año 2012, página 373.

Humedales Urbanos, habilitando el comienzo de los primeros procesos de solicitud de declaración de humedal urbano de parte de Municipios respecto de los humedales ubicados dentro de los límites comunales.

- Con fecha 26 de enero de 2021 la Ilustre Municipalidad de San Antonio presentó mediante Ordinario Alcaldicio Nº 137 de 2021 solicitud de reconocimiento de humedal urbano respecto del Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar” a través de la oficina de partes de la Secretaría Regional Ministerial de Valparaíso del Ministerio del Medio Ambiente, en apego a lo acordado por el honorable Concejo Municipal a requerimiento Alcaldicio en el acuerdo Nº257 S.O. 30/2020; y lo dispuesto en la Ley Nº 21.202 y el D.S. Nº15/2020 del MMA, incluyendo en la solicitud a la Laguna Norte, la Laguna Sur y la Lagunita o el Humedal “Ojos de Mar”, al calificar las tres dentro de la definición contenida en el artículo 2 del Reglamento.
- Con fecha 8 de marzo de 2021 la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio del Medio Ambiente de Valparaíso, revisados los antecedentes presentados y habiendo constatado el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 8 del Reglamento de la Ley 21.202, declaró admisible la solicitud de reconocimiento del humedal Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar” presentado por la Ilustre Municipalidad de San Antonio, a través de la Resolución Exenta Nº 004 de fecha 8 de marzo de 2021.
- Con fecha 1 de abril de 2021 se publica en el Diario Oficial el listado de solicitudes de reconocimiento de humedales urbanos presentadas por los Municipios a las respectivas Secretarías Regionales Ministeriales del Medio Ambiente y declaradas admisibles durante el mes de marzo de 2021, incluyendo la correspondiente al Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar”, dando inicio desde esa fecha al plazo de 15 días hábiles para que cualquier persona natural o jurídica pueda aportar antecedentes adicionales sobre el o los humedales urbanos listados.
- Con fecha 22 de abril, y dentro del plazo señalado por la Resolución Exenta Nº 004 de fecha marzo de 2021, y en base a lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 15 de 2020 (Reglamento de la Ley de Protección de Humedales Urbanos), se presentaron antecedentes adicionales en el proceso de declaración del humedal urbano del Sistema de Lagunas de Llolleo a nombre del Movimiento Ambiental Nge Lafken - Ojos de Mar, representado por Liliana Andrea Cancino Carozza, Luz Marina Huerta Ortiz, Liliana Beatriz Plaza Cancino, Marcela Millaray Vera Cerda y Luis Resieres Gutierrez Scorzoni.
- Con fecha 7 de julio de 2021 la Sra. María Victoria Gazmuri Munita envía los antecedentes del expediente de solicitud de reconocimiento como humedal urbano requerido por la Ilustre Municipalidad de San Antonio al Jefe de la División de Recursos Naturales y Biodiversidad don Juan José Donoso Rodríguez. Luego, con fecha 8 de julio de 2021, el expediente es remitido a la Jefa de la División Jurídica del

MMA la Sra. Paulina Sandoval Valdés solicitando la elaboración de la resolución que declara como humedal urbano el Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar”, indicando que la declaración debía ser publicada el día 26 de julio de 2021.

- Con fecha 22 de julio de 2021, y a solo cuatro días para el vencimiento del plazo de respuesta de 6 meses que la Ley 21.202 establece para el procedimiento de declaración de humedal urbano, la Ministra de Transportes y Telecomunicaciones Sra. Gloria Hutt solicita mediante Oficio N° 16448/2021 CDL informe del Ministerio de Vivienda y Urbanismo sobre el alcance de la aplicación urbanística en relación a la Ley 21.202.
- Lo anterior debido a que, según fuera manifestado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones mediante oficio N° 9372/2021 CDL, de 23 de abril de 2021, el polígono solicitado por la Ilustre Municipalidad se encontraría emplazado en un área ubicada al interior del recinto portuario de la Empresa Portuaria de San Antonio, cuyos deslindes se encuentran fijados mediante D.S. N° 213 de 2014 del mismo Ministerio. En ese sentido, y en consideración de las excepciones que establecería el artículo 116 de la LGUC, y la facultad que la Ley 21.202 otorga a los municipios para fijar condiciones al otorgamiento de permisos de edificación respecto de las actividades a llevarse a cabo en humedales urbanos, resultaría necesario contar con un informe del MINVU a efectos de precaver conflictos de normas conforme al artículo 37 bis de la Ley 19.880.
- Con fecha 26 de julio de 2021, el mismo día en que vencía el plazo del MMA para pronunciarse respecto a la solicitud analizada, el Ministerio del Medio Ambiente, mediante Resolución Exenta N° 0760, dicta la ampliación del plazo para el reconocimiento del humedal urbano Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar” hasta el día 26 de septiembre de 2021, fundándose en estimar necesario solicitar informe al Ministerio de Vivienda y Urbanismo con el objeto de reguardar la coordinación, cooperación y colaboración en el procedimiento de reconocimiento del humedal urbano, en expreso cumplimiento de lo dispuesto por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en su Oficio N° 16448 de 2021.
- Acto seguido, y durante la misma jornada, la Ministra del Medio Ambiente Sra. Carolina Schmidt Zaldívar solicita informe al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en el marco del artículo 37 bis de la Ley 19.880 y el procedimiento de declaración de humedal urbano Sistema de Lagunas de Llolleo “Ojos de Mar”, para que este se pronuncie respecto de las competencias municipales en materia de planificación y regulación urbanística, y , en específico, en relación con las “obras de infraestructura de transporte, sanitaria y energética que efectúe el Estado” asociadas a los permisos de construcción y urbanización, indicando los límites que dicha atribuciones tendrían en dichos casos.

- Con fecha 26 de agosto de 2021 se acompaña el ORD N° 00164 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que contiene el informe solicitado sobre los alcances de la aplicación urbanística en relación a la Ley 21.202, el cual concluye indica que existiría un alto grado de incertidumbre acerca de los efectos que se producirían con una eventual declaratoria de humedal urbano al interior del recinto portuario de la Empresa Portuaria de San Antonio, especialmente a propósito de la ordenanza general dispuesta en el Título IV del reglamento, y los eventuales cambios que se producirían en los instrumentos de planificación vigentes. Lo anterior implicaría, en palabras del MINVU, que “podría volverse inviable el funcionamiento del Puerto de San Antonio y comprometer negativamente el óptimo desarrollo del proyecto Puerto Exterior”.
- Luego, con fecha 22 de septiembre de 2021, el Puerto de San Antonio acompaña en el expediente la Carta N° 525, mediante la cual informa que, por acuerdo unánime de su Directorio, se comprometen a incluir en la Adenda que se presente al Servicio de Evaluación Ambiental en respuesta al primer Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA), la adaptación del Proyecto de Puerto Exterior en orden a mantener las lagunas existentes, las que, a su juicio, no requerirán tampoco de compensación ambiental. Dicha decisión fue también comunicada a través de un punto de prensa convocado el 24 de septiembre de 2021, del que participaron la Ministra de Medio Ambiente Sra. Carolina Schmidt, la Ministra de Transporte y Telecomunicaciones Sra. Gloria Hutt, y el Presidente del Puerto de San Antonio don Raimundo Cruzat, el cual fue difundido a su vez en diversos medios de comunicación con la frase “los Ojos de Mar no se tocan”.
- Con fecha 23 de septiembre de 2021 se acompaña por el Subsecretario del Medio Ambiente don Javier Naranjo Solano el informe legal sobre efectos de la declaración de humedal urbano en recinto portuario realizado por el estudio Cubillos y Evans.
- Durante la última semana de septiembre de 2021, se acompaña por parte del Puerto de San Antonio la Carta N° 403, la cual se acompaña una minuta resumen de un informe del abogado Luis Cordero Verga, profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, indicando que este permitiría determinar el alcance de las herramientas urbanísticas que utiliza la Ley 21.202 en relación a la “infraestructura de transportes” en general y la portuaria en particular. En lo particular, el informe esgrime que la supuesta doble especialidad de la normativa aplicable al humedal objeto de la solicitud, daría como conclusión que la protección de la zona donde este se ubica queda entregada al SEIA y a las medidas de compensación o mitigación que se impongan en dicha sede. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que la fecha indicada en la Carta es el 22 de julio de 2021, el informe se encuentra en una carpeta del expediente titulada “Antecedentes adicionales fuera de plazo no incluidos en análisis técnico”.

- Con fecha 24 de septiembre de 2021, el Ministerio del Medio Ambiente, a través de Resolución Exenta Nº 1086/2021 resuelve rechazar la solicitud de reconocimiento de humedal urbano Sistema de Lagunas de Lolleo “Ojos de Mar”, en consideración de a) que actualmente los instrumentos de planificación a nivel metropolitano y comunal reconocen el recinto portuario como un área de impacto intercomunal; b) que el MINVU, a través de sus SEREMI, es el encargado por ley para interpretar los IPT; c) que el municipio, en virtud de la LGUC, no tendría atribuciones para otorgar permisos en el recinto portuario; d) lo informado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; y e) las conclusiones del informe en derecho presentado por Luis Cordero Vega; y en base al resto de antecedentes ponderados para el presente pronunciamiento.
- Con fecha 19 de octubre de 2021, terminado el plazo ampliado por la Resolución Exenta Nº 0760 para concluir el procedimiento de reconocimiento de humedal urbano del Sistema de Lagunas de Lolleo “Ojos de Mar”, y posterior incluso a la resolución del MMA que rechaza la solicitud de dicho humedal urbano, se incorporan dos informes en derecho al expediente de la solicitud, a través de las Cartas Nº 422 y Nº 526 del Ministerio del Medio Ambiente, correspondientes al Informe en Derecho del Profesor Luis Cordero Vega y un conjunto de minutas e informes del mismo profesor Luis Cordero Vega y una del abogado Mario Galindo Villarroel.

III. EL DERECHO

1. La Resolución Exenta Nº 1086/2021 no se encuentra debidamente fundamentada

La Resolución Exenta Nº 1086/2021 adolece de un vicio de ilegalidad dado que la autoridad competente, el Ministerio del Medio Ambiente, no fundamenta su decisión en los requisitos exigidos en la ley.

Conforme el artículo 41 de la ley Nº 19.880, toda resolución que ponga fin a un procedimiento administrativo deberá decidir las cuestiones planteadas por los interesados en el mismo y ser fundada. Es decir, las decisiones deben contemplar los fundamentos de hecho y derecho en que se sustentan. En ese sentido, fundamentación o motivación del acto administrativo es uno de sus requisitos esenciales, y su omisión o insuficiencia se traducirá - en general- en la existencia de un vicio de invalidez del acto.²

La Contraloría General de la República ha dado razón de lo anterior en los Dictámenes Nº 44.114, de 21 de septiembre de 2005, 2.783, de 17 de enero de 2007, 23.114, de 24 de mayo de 2007 y 55.132, de 31 de agosto de 2011, sosteniendo que: “el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un

² CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. 2ª edición. Santiago: Thomson Reuters. pp, 90.

fundamento racional de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada”.

En el presente caso, como se revisará a continuación, este deber de fundamentación o motivación no se cumple, toda vez que la decisión del Ministerio del Medio Ambiente a) considera elementos no contemplados por la ley 21.202; b) se funda exclusivamente en una minuta de parte, en desmedro de otros antecedentes del expediente y c) se basa en la declaración del titular de modificar su actividad en un procedimiento que posee objetivos distintos y es paralelo al de reconocimiento de un humedal urbano, como es el SEIA.

1.1.El Ministerio del Medio Ambiente considera elementos no contemplados por la ley Nº21.202.

Según el artículo 11 del Decreto Nº15 del Ministerio del Medio Ambiente que establece el reglamento de la Ley Nº 21.202 el Ministerio del Medio Ambiente debe resolver una solicitud de reconocimiento de la calidad de humedal urbano, considerando los antecedentes que obran en el expediente.

Artículo 11.- El Ministro(a), mediante resolución exenta, se pronunciará respecto de la solicitud de reconocimiento de la calidad de humedal urbano considerando los antecedentes que obran en el expediente. La resolución deberá ser publicada en el Diario Oficial y en el sitio web del Ministerio del Medio Ambiente.

El procedimiento mediante el cual el Ministerio del Medio Ambiente se pronuncie respecto a la solicitud de declaración de un humedal urbano, no podrá exceder el plazo de seis meses contado desde la presentación de la solicitud de declaratoria indicada en el artículo 6º del presente Reglamento.

La ley de protección de humedales urbanos señala que será el Ministerio del Medio Ambiente quien se pronuncie sobre la declaratoria de un humedal urbano, en razón de los antecedentes que obran en el expediente. apuntan a demostrar que un ecosistema posee las características de humedal y que se encuentra dentro del radio urbano. Conforme con ello, es posible establecer que el Ministerio del Medio Ambiente debe constatar si un ecosistema cumple con los requisitos técnicos y científicos para ser declarado humedal urbano, para una vez demostrado o descartado este hecho, proceder a aceptar la solicitud de declaratoria de humedal urbano o rechazarla. Así, la única posibilidad de rechazar una solicitud dice relación con la imposibilidad de acreditar las características de humedal urbano de un lugar.

Considerando lo anterior, en el presente caso, en línea con el principio motivación de los actos administrativos, la autoridad debió, en primer lugar, haber realizado un análisis técnico y fundado en los instrumentos que obran en el expediente administrativo, que permitan sostener si el Sistema de Lagunas “Ojos de Mar” podría ser considerados como humedal

urbano o no, para luego, con base en dicho análisis determinar si acoger o no la solicitud presentada por la Municipalidad.

Al respecto, el artículo primero de la Ley sostiene que un humedal urbano es:

"todas aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano."

Según la definición citada, el objeto de la resolución y el motivo de la declaratoria del Ministerio en el marco de la ley N° 21.202 es determinar si la solicitud declarada versa sobre un ecosistema que cumpla con las siguientes características:

- Que se trata de una extensión de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas;
- Que su régimen sea natural o artificial, permanente o temporal, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluyendo las extensiones de agua marina;
- Que su profundidad en marea baja no exceda los seis metros y
- Que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano.

Reuniendo tales características, el Ministerio se encuentra en el deber de declarar el humedal como urbano. En ese sentido, nos encontramos frente a una potestad administrativa esencialmente reglada, en que, si bien la administración cuenta con un margen de discrecionalidad para tomar la decisión final, debe hacerlo conforme a los criterios expresamente establecidos en la Ley, los que apuntan a confirmar o descartar las características de humedal urbano del lugar. En este caso, lo lógico es que la autoridad hubiese indicado en su resolución el cumplimiento de cada requisito por parte del Sistema de Lagunas Ojos de Mar como humedales urbanos, y cómo es que ello se desprende de los antecedentes presentados durante el procedimiento y que figuran en el expediente.

Sin embargo, en el presente caso, contrario a lo que exige el artículo 11º de la LPHU en relación al artículo 1º de la misma norma y del análisis técnico realizado por la División de Recursos Naturales y Biodiversidad, la resolución del Ministerio del Medio Ambiente, pese a reconocer que los Ojos de Mar constituyen un humedal urbano, rechaza la solicitud con base en una interpretación de la normativa aplicable que va más allá de la competencia específica que otorga la Ley de Protección de Humedales Urbanos y que en nada observa el expediente administrativo como ordena la Ley, analizando la compatibilidad con la ley N° 19.542; el rol del municipio en las declaratorias, la compatibilidad territorial con un terreno portuario y la evaluación ambiental del proyecto del Puerto Exterior en el SEIA. Aquello, a pesar de la recomendación técnica de la División de Recursos Naturales y Biodiversidad dentro del mismo Ministerio de declarar como humedal urbano al Sistema de Lagunas de Lolleo "Ojos de Mar" mediante memorándum N° 232/2021 de 8 de julio de 2021.

En particular, la resolución impugnada, siguiendo lo planteado por EPSA sobre la incompatibilidad de la declaratoria con la ley Nº 19.542 en que se basa el rechazo de la declaratoria de humedal urbano, ya fue zanjado durante la discusión de la ley. En ella, se debatió extensamente la posibilidad de establecer una excepción a la protección de los humedales urbanos en presencia de infraestructura pública. Concretamente, en la incorporación de un artículo 6º que prescribiría:

“Artículo 6º.- Exceptúese de la aplicación de la presente ley, la infraestructura de conectividad, o sus proximidades, necesaria para el desarrollo de vías férreas, caminos, autopistas, puentes, puertos, aeropuertos y aeródromos destinados al uso público, de carga o pasajeros, y las destinadas a satisfacer una finalidad pública o cumplir una función social como las obras civiles y de infraestructura energética.”

La propuesta emanada del Ejecutivo tenía como objeto priorizar la construcción de infraestructura “de interés nacional”, como los puertos, por sobre la protección de un humedal en límites urbanos. Sin embargo, el articulado fue rechazado y la ley fue aprobada en los términos que hoy la conocemos: sin establecer excepciones a la declaratoria de humedales urbanos, según si el recinto se trata de uno público o privado.

La mayoría de los parlamentarios argumentaron en contra del citado artículo sexto, dado que su aprobación significaría desvirtuar el objetivo de la ley de proteger urgentemente a los cuerpos de humedales en el país debido a sus funciones ecosistémicas en un contexto de crisis climática y en virtud de la función social de la propiedad. En esa línea, su aprobación restringiría excesivamente su aplicación.³

En ese sentido señaló la senadora Allende:

“A su turno, la Honorable Senadora señora Allende discrepó de la propuesta del Ejecutivo, y sostuvo que las excepciones previstas en ella parecen excesivas. Adicionalmente, calificó de ambigua la frase “las destinadas a satisfacer una finalidad pública o cumplir una función social”. Asimismo, advirtió su asombro respecto a la incorporación de obras civiles y de infraestructura energética, las

³ “El Honorable Senador señor De Urresti coincidió con la observación realizada por el Honorable Diputado señor Saavedra respecto a que los humedales urbanos son ecosistemas fundamentales para mitigar catástrofes naturales, como los tsunamis, dando cuenta de ello lo ocurrido el año 2010.

Concordó, además, con la acotación realizada por el Presidente de la Comisión en orden a que los humedales que quedan sólo son fracciones de aquellos que originalmente existieron, producto de la acción del hombre. En otro orden de consideraciones, fue tajante en señalar que el artículo propuesto por el Ejecutivo no fue discutido durante la tramitación de la iniciativa de ley ni menos aún resuelve las controversias surgidas entre ambas Cámaras durante la tramitación del proyecto, materia a la que debe abocarse esta instancia legislativa.” Historia de la Ley 21.202. Tercer trámite constitucional. Informe de Comisión Legislativa. Pp. 241.

Por último, yendo al fondo de la propuesta del Ejecutivo, afirmó que su aprobación supondría un retroceso para la protección de humedales urbanos alcanzada hasta el momento.”

que, aseveró, nunca fueron consideradas durante la discusión del proyecto de ley.

En línea con lo anterior, recordó que una de las limitaciones al derecho de propiedad que considera nuestra Constitución Política de la República es la función social, concepto que comprende la conservación del patrimonio ambiental.

Añadió que la protección alcanzada para los humedales urbanos durante la tramitación de la propuesta legal quedaría desdibujada se aprobase este precepto. Además, notó, la norma sugerida no está en sintonía con lo expresado recientemente por Su Excelencia el Presidente de la República en su discurso ante la 74° Asamblea General de las Naciones Unidas.

Por las razones esgrimidas y haciendo un llamado a que el crecimiento del país se haga de manera sustentable, anunció que votaría en contra de la incorporación de este nuevo precepto.”⁴

De igual forma sostuvo el senador Girardi:

“El Honorable Senador señor Girardi hizo hincapié en que los humedales urbanos, ecosistemas fundamentales para hacer frente al calentamiento global, se encuentran en serio peligro de extinción. Agregó que en un contexto medioambiental como por el que atravesamos, su presencia será aún más importante que la de líneas férreas, carreteras, puertos y aeropuertos.”⁵

Pese a lo anterior, el Ministerio del Medio Ambiente al rechazar la declaratoria de los Sistemas de Lagunas “Ojos de Mar” como ojos de mar en función de la supuesta reserva contenida en la ley N°19.542, su especialidad y el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, se excede en su razonamiento e integra en su análisis elementos que no se encuentran dentro de potestad que le otorga la Ley N°21.202 y que fueron expresamente descartados en el procedimiento de dictación de la ley como antecedentes válidos para no dar lugar a la protección de ecosistemas tan frágiles como los humedales urbanos.

1.2. La decisión del Ministerio del Medio Ambiente se funda exclusivamente en una minuta de parte.

⁴ Historia de la Ley 21.202. Tercer trámite constitucional. Informe de Comisión de Medio Ambiente. p. 239

⁵ Historia de la Ley 21.202. Tercer trámite constitucional. Informe de Comisión de Medio Ambiente, intervención del senador De Urresti. p. 240.

Por último, para que la decisión de declarar un humedal urbano o rechazar la solicitud se encuentre debidamente motivada, el Ministerio del Medio Ambiente debe entregar argumentos y justificar la decisión sobre todos los antecedentes vertidos en el expediente.

No obstante, la Resolución Exenta N°1086/2021 se basa únicamente en los argumentos de los informes presentados en contra de la declaratoria (de Luis Cordero Vega, Ministerio de Vivienda y Urbanismo y Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones), sin ponderarlos y omitiendo todo aquello vertido en la solicitud de la municipalidad y los antecedentes presentados a favor de la declaratoria y del objeto de protección detrás de la ley de protección de los humedales urbanos.

En efecto, la Resolución Exenta N°1086/2021 pone término a un extenso procedimiento que incluyó un sinnúmero de presentaciones tanto por la municipalidad solicitante como por ciudadanos interesados, además de incluir un procedimiento de participación ciudadana. Sin embargo, ninguno de aquellos antecedentes mencionados en la resolución impugnada. A mayor abundamiento, la minuta del abogado Cordero Vega extensamente citado en la resolución figura en el expediente administrativo en una carpeta denominada “Antecedentes adicionales no considerados en el análisis técnico”. Esto porque se presentó fuera del plazo para el aporte de antecedentes contemplado en el artículo 13 del Reglamento. A pesar de las ilegalidades que revisten aquella presentación, fue extrañamente considerada en la resolución y ponderada en la decisión del Ministerio del Medio Ambiente.

Según se explicará luego, nos encontramos ante un procedimiento administrativo nuevo que, desde el año 2020, viene a cumplir un rol importante en la protección de los humedales urbanos, dada su relevancia como ecosistema y su rol en la crisis climática que atravesamos a nivel global y como país, que no distingue si el titular afectado por aquella declaración es público o privado. Este fin preventivo es el que viene a concretar el procedimiento administrativo de declaración y protección de humedales urbanos y que debe reflejarse en la decisión final, siempre y cuando el ecosistema propuesto cumpla con las condiciones de ser declarado como humedal urbano.

1.3. La decisión del Ministerio del Medio Ambiente se basa en un procedimiento que es distinto y paralelo al de la ley N° 21.202.

Uno de los fundamentos del rechazo por parte del Ministerio del Medio Ambiente de la declaratoria de humedal urbano en la especie, es la intención del titular de no afectar las lagunas Ojos de Mar en su proyecto Puerto Exterior de San Antonio del titular EPSA.

“23. Que, actualmente se está tramitando en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el proyecto puerto Exterior de San Antonio, cuyo titular es EPSA. En ese contexto, mediante carta N° 525 de 22 de septiembre de 2021, dicha empresa informó a este Ministerio que, por la unanimidad de los miembros de su Directorio, se acuerda incluir en la Adenda que se presente al Servicio de Evaluación Ambiental en respuesta al primer Informe Consolidado

de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA), la adaptación del Proyecto de Puerto Exterior en orden a mantener las lagunas existentes, las que no requerirán en consecuencia compensación ambiental.”

Al respecto cabe señalar que la autoridad se basa injustificadamente en las declaraciones del titular vertidas a propósito de un procedimiento que posee objetivos distintos de los de procedimiento de declaración de un humedal urbano, como es el SEIA y la evaluación de los impactos ambientales de un proyecto.

Según se detallará luego, la ley N° 21.202 introduce una serie de modificaciones, siendo solo una de ellas la inclusión de los humedales urbanos como parte de las tipologías de ingreso al SEIA previstas en los literales p), q), r) y s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300. La declaración por parte de la empresa de que no se requerirán medidas de compensación en si proyecto en actual evaluación Puerto Exterior de San Antonio, no guarda ninguna relación con la necesidad de llevar en paralelo un procedimiento adecuado de declaración de humedal urbano que podría además conllevar otros efectos, como el proceso de compatibilidad a instrumentos de planificación territorial por parte del municipio y gobierno regional, el establecimiento de una ordenanza general y/o la re-clasificación de las áreas en caso de estar sometida a una categoría de protección. Aún más grave es el hecho de que -a la fecha de presentación de esta reclamación- EPSA no ha presentado la mencionada Adenda, basándose la resolución impugnada en una mera declaración, careciendo completamente el acto de fundamentación.

Todo lo anterior conlleva a una grave deficiencia en la motivación del acto administrativo, la Resolución Exenta N° 1086/2021, que vulnera el 41 de la ley N° 19.880 y la jurisprudencia administrativa citada, vicio que es esencial y lo torna ilegal.

2. La Declaración de las Lagunas Ojos de Mar como Humedal Urbano es compatible con el cumplimiento de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ley N° 19.542 sobre modernización del sector portuario

2.1. La declaración de humedal urbano no establece un uso incompatible con el objeto de la reserva de recintos portuarios.

La resolución que rechaza la solicitud de declaración de humedal urbano señala en sus considerandos 17 y 18 que la Ley N° 19.542 otorgaría una reserva expresa de los recintos portuarios, para el cumplimiento de fines propios del interés general que los caracterizan, y que, en refuerzo de aquello, el artículo 11 de la misma ley establecería una limitación absoluta para enajenar o gravar en forma alguna los inmuebles situados dentro de dichos recintos. Dicha normativa, supuestamente previa y especial, haría incompatible la eventual limitación a la propiedad que implicaría la declaración de las lagunas como humedal urbano.

Sin perjuicio de que como se adelantó, esta incompatibilidad quedó descartada en la discusión legislativa llevada adelante en el Congreso Nacional para la dictación de la Ley

21.202, al no establecer esta última excepción expresa respecto de la infraestructura portuaria (como propuso en su oportunidad el Ejecutivo), la interpretación anterior incurre en por lo menos dos errores significativos que conducen a una falsa hipótesis de incompatibilidad entre la figura de declaratoria de humedal urbano y su aplicación en terrenos portuarios: 1) La reserva de EPSA respecto de la administración y explotación del puerto solo excluye aquellos otros usos que sean incompatibles con las finalidades de la reserva; y 2) La declaratoria por sí misma no genera limitaciones inmediatas a la propiedad portuaria y, por lo tanto, no afecta el desarrollo de su objeto. Analizaremos ambas afirmaciones a continuación.

En primer lugar, es necesario analizar la reserva del uso de los bienes de dominio público por la administración, también nombrado en doctrina como reservas demaniales⁶. Estas han sido definidas como “el resultado de una decisión en cuya virtud la Administración titular del bien o recurso, y siempre por razones de interés público, lo utiliza o aprovecha directamente, sea por sí misma, sea a través de terceros, con exclusión de aquellos otros usos que sean incompatibles con las finalidades de la reserva”⁷. Así, bajo una lógica de conveniencia para los intereses colectivos, se define un uso privativo de la Administración respecto de parte del dominio público. En el caso de los puertos, dicha “conveniencia” se relaciona claramente con el hecho de tratarse de una actividad estratégica para el abastecimiento y comercio nacional.

Destaca, sin embargo, que la exclusión en el uso o aprovechamiento será respecto de aquellos usos que sean incompatibles con las finalidades establecidas. Lo anterior, deviene posiblemente del Principio de Compatibilidad que rige el uso público en general (tanto por parte de la Administración como de los particulares), el cual propone que todos los usuarios que concurren respecto de un bien de dominio público sin impedir ni dificultar el uso del resto⁸. Algo similar ocurre también con los usos privativos que particulares pueden adquirir a través de un título administrativo como una concesión, los cuales también excluyen solo a aquellos sujetos en relación a una utilización idéntica, en el entendido de que el bien podrá ser susceptible de otras utilidades que sean compatibles⁹. Así, el Principio de Compatibilidad es transversal al uso de bienes públicos, alcanzando obviamente a aquellos bienes con uso reservado para la Administración.

La Ley Nº 19.542 manifiesta claramente dicha situación. Al momento de establecer la referida reserva, expresa en sus artículos 6º que “[l]as empresas ejercerán sus funciones en los recintos portuarios, terrenos, obras físicas e instalaciones que administren (...)” e, inmediatamente en su artículo 7º que:

⁶ MONTT, Santiago. El Dominio Público. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2002. p. 306.

⁷ BARCELONA, Javier. La utilización del Dominio Público por la Administración: las Reservas Demaniales. Editorial Aranzandi, Pamplona, 1996. p. 95

⁸ PAREJO, Roberto y RODRÍGUEZ, José María. Lecciones de Dominio Público, Ediciones ICAI, Madrid, 1975, p. 53.

⁹ MORREL, Luis. Apuntes de Derecho Administrativo, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p.75.

“Las empresas podrán realizar su objeto directamente o a través de terceros. En este último caso, lo harán por medio del otorgamiento de concesiones portuarias, la celebración de contratos de arrendamiento o mediante la constitución con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas. Estas sociedades no podrán tener por objeto la administración o explotación de frentes de atraque, y, para todos los efectos legales posteriores a su constitución, se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas”.

Así, es patente que la reserva expresa por parte de las Empresas Portuarias del Estado se manifiesta de forma que la participación de terceros solo podrá hacerse a través de concesiones y, con mayor relevancia, que estos no podrán tener por objeto uno similar a la de la Empresa Portuaria en cuestión. Al respecto, la Ley Nº 19.542 establece en su artículo 4:

“Las empresas tendrán como objeto la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste. Podrán, en consecuencia, efectuar todo tipo de estudios, proyectos y ejecución de obras de construcción, ampliación, mejoramiento, conservación, reparación y dragado en los puertos y terminales. Asimismo, podrán prestar servicios a terceros relacionados con su objeto.”

Aclarado el objeto de las Empresas Portuarias del Estado, y por lo tanto también el de la reserva en el uso del terreno y propiedad portuaria, es evidente que, para dilucidar la compatibilidad de los usos en supuesta contraposición, será necesario evaluar si es que la declaración del Sistema de Lagunas Ojos de Mar como humedal urbano genera efectos o usos incompatibles con el objeto del Puerto de San Antonio.

Para esto, es central establecer claramente la finalidad de la figura de declaración de humedal urbano, así como sus repercusiones inmediatas respecto en el territorio y ecosistema declarado. El mismo expediente del proceso de declaración cuenta con un informe legal de Cubillos Evans (actual Grupo Evans) que enumera los supuestos efectos de una declaración de humedal urbano del Sistema de Lagunas Ojos de Mar. Sin compartir esta parte el análisis y las estimaciones que hace el informe respecto de dichos efectos, creemos puede utilizarse un desglose similar para la enumeración de los efectos generales de la declaración de cualquier humedal urbano por el MMA en el marco del procedimiento de la Ley Nº 21.202:

- i) El humedal pasa a ser susceptible de configurar alguna de las tipologías de ingreso al SEIA previstas en los literales p), q), r) y s) del artículo 10 de la Ley Nº 19.300.

- ii) Área declarada pasa a ser un “área colocada bajo protección oficial” y un “área protegida” para efectos del ingreso de proyectos al SEIA¹⁰.
- iii) Municipalidades adquieren el deber de establecer en una ordenanza general los criterios para la protección, conservación y preservación de los humedales urbanos ubicados en la comuna.
- iv) Gobiernos locales adquieren el deber de incorporar y regular en los instrumentos de planificación territorial respectivos el humedal urbano declarado como áreas de valor natural, estableciendo las condiciones bajo las que deberán otorgarse los permisos de urbanización y construcciones que se desarrollen en ellas.

Como se puede evidenciar a partir este listado, la declaratoria de humedal urbano no tiene efectos inmediatos para con el terreno o inmueble en el cual este se encuentra ubicado, sino que sus principales consecuencias son mandar una serie de obligaciones administrativas respecto de los gobiernos locales de la comuna en la cual se emplaza. Por otro lado, los efectos de la declaración respecto del SEIA y las tipologías que habilita, son efectos eventuales que dependerán del ingreso o modificación de proyectos que cumplan con los requisitos que establece la Ley Nº 19.300 respectivamente. De lo anterior, es posible concluir que la mera declaración del Sistema de Lagunas Ojos de Mar, por si sola, difícilmente podrá significar un uso incompatible con el objeto del Puerto de San Antonio, ya que los criterios, condiciones y normas que definirán las formas de protección del humedal (que será en definitiva a ser el nuevo uso público a conciliar con el portuario) se definirán de forma posterior, en otros instrumentos, y bajo un mandato de buscar compatibilidad con los usos actuales del terreno en cuestión.

Incluso si se considerase que, en el presente caso, el puerto se pudiese ver limitado respecto de sus amplias facultades para ejecutar obras, proyectos, ampliaciones y mejoramientos dentro de su terreno, por el hecho de que algunos de estos tuviesen que ingresar al SEIA, difícilmente dicha situación podrá entenderse como una incompatibilidad, ya que la actividad seguirá pudiendo llevarse a cabo, previa autorización ambiental (la cual incluso al día de hoy, previo a la declaratoria de humedal urbano, se exige para la mayoría de las obras del puerto, por la naturaleza de dicha actividad). En ese sentido, incluso ante la eventual “pérdida de una oportunidad”, ante la futura necesidad de modificar un proyecto o ampliación para no afectar significativamente el ecosistema del humedal Ojos de Mar, será expresión de la mínima compatibilidad que deberán considerar los instrumentos que establezcan las medidas de protección del humedal, para no afectar en demasía el uso portuario del Puerto de San Antonio, tal como ya se logró compatibilizar el uso portuario con la existencia de las Lagunas durante muchos años.

Es más, en una comunicación oficial ingresada al expediente, así como en múltiples medios de prensa nacional, EPSA comunicó un acuerdo por unanimidad de su directorio para incluir

¹⁰ Ver: Minuta Técnica sobre los conceptos de “áreas colocadas bajo protección oficial y “áreas protegidas” en el marco del Sistema de Evaluación Ambiental. Ord. Nº 130844, de fecha 22 de mayo de 2013; y Dictamen CGR Nº 59.686 de 2016.

en la Adenda de su Proyecto de Puerto Exterior (en actual evaluación en el SEIA) una adaptación que permita mantener la existencia de las lagunas de Ojos de Mar¹¹. Lo anterior, si bien nada tiene que ver con la declaratoria como humedal urbano por parte del MMA, es manifestación de que el Puerto proyecta y reconoce la posibilidad de que ambos usos sean compatibles en el terreno, sin que este afecte significativamente la labor y el desarrollo del Puerto. Así, por más que este cuente con una posición de reserva respecto de otros usuarios equivalentes, esta no es absoluta como para impedir otros usos no incompatibles, más aún si estos también son establecidos por la Administración y obedecen a un interés público.

2.2. Declaración de humedal urbano no puede ser entendida como un gravamen en los términos que indica la Ley 19.542.

El artículo 11 de la Ley de Puertos es uno de los argumentos centrales utilizados por el Ministerio del Medio Ambiente para intentar fundamentar el rechazo a la solicitud de humedal urbano, en la medida en que este establece en su inciso segundo que “los bienes inmuebles de propiedad de las empresas situados en el interior de sus recintos portuarios no se podrán enajenar ni gravar en forma alguna y serán inembargables en los términos señalados en el artículo 445, Nº 17, del Código de Procedimiento Civil”, señalando en el considerando 18 de la Resolución Exenta Nº 1086 de 24 de septiembre de 2021 que:

“Señala, al respecto, que la solicitud presentada por la Municipalidad se emplaza íntegramente en terrenos del Recinto Portuario de EPSA, establecido mediante Decreto Supremo Nº 213, de 2014, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el cual se encuentra afecto a la finalidad que esta ley especial ha determinado, de manera de amparar la operación portuaria actual y futura, mediante la destinación de estos espacios marítimos y terrestres al atraque de naves y a la movilización de sus cargas, pasajeros y/o tripulantes”.

La afirmación indicada, sin embargo, interpreta erradamente la extensión de la prohibición de gravar y enajenar bienes dentro del recinto portuario establecida en el señalado artículo 11 de la Ley 19.542, toda vez que desconoce que dicha normativa se encuentra establecida en miras a impedir la celebración de actos o contratos de parte de los Directores o Administradores del Puerto correspondiente que puedan, a través del establecimiento de un gravamen o enajenación de la propiedad portuaria, significar un obstáculo para el cumplimiento de los fines de la actividad portuaria, y no así una prohibición absoluta a toda delimitación respecto del uso del bien público que es el recinto portuario, y mucho menos de aquellas que provengan directamente desde la Administración del Estado.

Lo anterior se desprende de una interpretación sistemática de los artículos de la Ley Nº19.542 que regulan las posibles hipótesis de gravamen y enajenación de bienes portuarios. En ese sentido, posterior al inciso segundo del artículo 11 de la Ley de Puertos, citado en

¹¹ Carta Nº 525 del Puerto de San Antonio, con fecha 22 de septiembre de 2021, incorporada en el expediente de la solicitud de declaración de humedal urbano del Sistema de Lagunas Ojos de Mar.

párrafos anteriores, es necesario destacar que el mismo artículo establece en sus incisos siguientes, excepciones y limitaciones a esta aparente prohibición absoluta. Así, en su inciso cuarto se establece que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo, el Directorio, previa autorización del Presidente de la República otorgada por decreto supremo expedido por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá, por la mayoría de sus miembros, enajenar o gravar bienes inmuebles de su propiedad de las empresas ubicados al interior de los recintos portuarios que no sean necesarios para la operación portuaria y que no estén destinados o puedan destinarse al atraque de naves y a la movilización de sus cargas, pasajeros y/o tripulantes”.

A partir de esta relevante norma, es posible extraer varias conclusiones respecto de la intención del legislador respecto de la prohibición de gravar y enajenar bienes inmuebles al interior de los recintos portuarios. En primer lugar, el hecho de que la presente excepción signifique una autorización para el Directorio (independientemente de que esta requiera previa autorización por parte del Ejecutivo), es un indicio claro de que el destinatario de las prohibiciones es, en primer lugar, el Directorio en cuestión. Lo anterior es lógico toda vez que es la Empresa del Estado a quien se le ha entregado de forma principal el deber prestacional correspondiente al fin que se ha fijado como esencial al afectar el conjunto de bienes que supone el Puerto a un interés general. Así, es EPSA el único actor autorizado para la celebración de actos o contratos para el cumplimiento del objeto de la Empresa, ya sea para hacerlo de forma directa o a través de terceros, según las condiciones que establece la misma Ley.

Las funciones anteriormente esbozadas se condicen con las establecidas expresamente en otros artículos de la Ley Nº 19.542, tales como el artículo 38º que enumera las facultades del Gerente General de la Empresa Portuaria, indicando expresamente que este podrá enajenar, gravar o dar en arrendamiento bienes raíces o derechos constituidos sobre ellos, en conformidad a los artículos 11º y 12º de la misma Ley, previo acuerdo del Directorio.

En ese sentido, la prohibición establecida en el artículo 11 de la Ley 19.542 no es otra cosa que la norma que pretende dar sustento legal en la normativa portuaria a la inenajenabilidad que caracteriza al dominio público, característica esencial del régimen demanial, y en particular a una de las reglas específicas que la constituyen: la inalienabilidad del dominio público. Esta regla se puede definir como la “prohibición absoluta para la Administración de efectuar toda clase de enajenaciones de bienes de dominio público, incluyendo actos preparatorios y definitivos”¹². Ello, con la única finalidad de proteger los bienes públicos de toda posible titularidad jurídica privada de particulares sobre los mismos,

¹² MONTT, Santiago. *Op. cit.*, p, 173.

y garantizando que el régimen jurídico de los mismos se mantenga al margen del orden civil ordinario para la protección más estricta de la función pública.

Así, es el destino o afectación de los bienes de la Administración a un fin público lo que justifica su mantención al margen del comercio jurídico privado, y la misma razón por la cual se requerirá de la desafectación de los mismos, para determinar su regreso al comercio de los mismos. De esta forma, los bienes de dominio público si podrán ser eventualmente enajenables, pero la función pública que el ordenamiento jurídico les ha entregado impide que la Administración puede hacerlo a través de actos jurídicos de Derecho Privado.

Dicho esto, es evidente que el hecho de que la excepción del inciso cuarto del artículo 11º de la Ley Nº 19.542 requiera de la autorización del Estado (en la forma del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones) demuestra a su vez que la Administración no puede ser el destinatario de la prohibición de gravar o enajenar, sino que es quien deberá desafectar a través de un acto administrativo, si es que confirma que los actos o contratos que el titular se dispone a ejecutar cumplen con las condiciones establecidas en la normativa vigente, y que no pondrán en riesgo significativo el cumplimiento del objeto de la reserva demanial.

En conclusión, y en el entendido de la prohibición de gravar bienes inmuebles al interior de los recintos portuarios tiene por única finalidad asegurar que el titular no ponga en riesgo la función pública del puerto mediante la entrega total o parcial de su titularidad, es que la eventual aprobación del Sistema de Lagunas de Ojos de Mar por parte del Ministerio del Medio Ambiente, en ningún caso podrá entenderse como un gravamen en los términos de la prohibición establecida en el artículo 11 de la Ley Nº 19.542, al ser EPSA (representado por su Directorio y Gerente General) el único organismo competente para llevar a cabo dichas prestaciones, previa autorización de la Administración.

Así, cabe reafirmar que la declaratoria de humedal urbano no afectará en forma alguna la titularidad ni el régimen de dominio público de la misma, sino que únicamente incorporará una nueva función pública de interés general, perfectamente compatible con el objeto del Puerto. Dicho esto, se puede afirmar que una eventual declaratoria únicamente conllevará lo que en la doctrina se ha llamado como mutación demanial, es decir, “cambios subjetivos u objetivos que se producen en el estatuto jurídico de un bien, que no obstante los cuales, continúa siendo de dominio público”¹³. En el caso concreto, estaríamos frente a una mutación demanial objetiva, en donde un bien que ya está configurado como demanial es destinado a satisfacer otros fines respecto de aquel que motivó su ingreso en el dominio público, y que, en el caso concreto, compatibilizaría dos funciones públicas en un mismo recinto: la operación portuaria y la protección de un ecosistema ecológicamente relevante.

En conclusión, si bien la declaración del Sistema de Lagunas Ojos de Mar podrá implicar nuevas consideraciones a la hora de proponer y ejecutar obras, mejoras y ampliaciones en el Puerto de San Antonio, aquello será producto de una mutación demanial necesaria para

¹³ MORÓN, Miguel. Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico), Editorial Tecnos, Madrid, 1997. P. 42.

la ponderación entre dos intereses públicos relevantes compatibles, y no así de un gravamen respecto de la propiedad portuaria en los términos que establece el artículo 11 de la Ley 19.542, el cual, como hemos analizado en el presente apartado, se refiere únicamente a limitar estrictamente los actos o contratos que EPSA podrá llevar a cabo en su rol de titular, y no así el de generar un congelamiento absoluto de las condiciones jurídicas bajo un pretexto de proteger el objeto de la reserva demanial que tiene la Empresa respecto del Puerto de San Antonio.

2.3. La conservación del patrimonio ambiental y, por tanto, la declaración de un humedal urbano emana de la función social de la propiedad.

Al contrario de lo sostenido por EPSA que la declaratoria de un humedal consistiría en un gravamen, noción eminentemente civil, sostenemos que la ley Nº21.202 es manifestación de unos de los límites intrínsecos de la propiedad¹⁴: su función social.

El artículo 19 numeral 24 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”. Luego, el inciso segundo del refrendado numeral agrega “solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. El mismo inciso señala lo que será comprendido por función social, esto es, “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

De esa forma, la Constitución reconoce y resguarda un derecho de propiedad sobre bienes corporales e incorporeales, sin embargo, reconoce que esta no es absoluta sino que encuentra límites en la función social de la propiedad por un lado y, en el otro, en la posibilidad del Estado de privar a un individuo de su derecho de propiedad por causa de utilidad pública o de interés nacional (la expropiación).¹⁵ Sobre la distinción entre la función social y la expropiación; de limitar, por un lado, y privar, por el otro, ha señalado el Tribunal Constitucional:

“Que la distinción entre privar de propiedad, por una parte y regular o limitar la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a

¹⁴ Peralta Fierro, X., & Yáñez Morales, I. (2019). La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista de Derecho Público*, (91), 35-60. doi:10.5354/0719-5249.2019.55601, pp.37.

¹⁵ *Ibíd.*

que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa.”¹⁶

Para la magistratura, la función social se traduce en la imposición por parte de la propiedad no solo de derechos, sino que de deberes y responsabilidades a su titular, emanados de una doble valoración de la propiedad: individual y social.

“25º Que, la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad;”¹⁷

En consideración de lo anterior, la función social es inherente al derecho de propiedad se traduce, a su vez, en la posibilidad de intromisión por parte del legislador en el derecho, en nombre del interés general que se encuentra detrás de la función social, intromisión que se manifiesta en limitaciones, prohibiciones u obligaciones.

El numeral 24 del artículo 19 de la Constitución entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental. Aquello debe ser vinculado con el artículo 19 numeral 8º de la misma norma, que consagra el deber del Estado de velar por el derecho al medio ambiente libre de contaminación, añadiendo, en su inciso segundo: “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

De esa forma, de una interpretación armónica de las normas de la Carta fundamental, se reconoce como limitación intrínseca del derecho de propiedad la función social, dentro de la cual se comprende limitaciones, prohibiciones u obligaciones amparadas en la preservación de patrimonio ambiental.

Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional:

“SEXTO.- Que, de lo razonado más arriba, debe concluirse de manera nítida que el derecho de propiedad, en general y en particular el derecho de propiedad sobre las aguas, reconoce como límite su función social, en virtud de la cual se pueden establecer limitaciones específicas al mismo. Es del caso recordar que la propia Carta Fundamental señala, en el numeral 8º de su artículo 19, que es deber

¹⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 506-06, 2007, considerando sexto.

¹⁷ Tribunal Constitucional. Requerimiento de un grupo de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo Nº 1º, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, Considerando 25º.

del Estado velar por que el derecho al medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, en tanto que el numeral 24º del mismo artículo entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental, dentro de la cual cabe la conservación de los caudales de agua, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento, en conformidad además con el artículo 2º, letra b), de la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente;”¹⁸

En consecuencia, la declaración de un humedal urbano con miras a la protección del patrimonio ambiental se construye a partir de la función social de la propiedad, límite intrínseco a esta, que en el caso apunta a la protección de los ecosistemas de humedales, el resguardo de sus características ecológicas, de su funcionamiento y de la mantención del régimen hidrológico, que en ningún caso supone privarla de los atributos de la propiedad en la cual se emplaza un humedal.

La distinción en relación a la expropiación es necesaria tenerle presente en el caso dado que la función social no se traduce en una privación de las facultades de uso y goce que afecte la esencia del derecho que resguarda. De aquella forma, el rol social en función de la conservación del patrimonio ambiental que podría tener un terreno bajo la ley Nº 19.542 en ningún caso significaría una incompatibilidad con su uso o goce para ese destino portuario.

2.4.Las competencias municipales sobre la regulación urbanística y portuaria no guardan relación con la aprobación o rechazo de la solicitud de humedal urbano.

Parte esencial de los fundamentos de la resolución que rechaza la solicitud de declaración de humedal urbano del Sistema de Lagunas de Lolleo Ojos de Mar tiene que ver con las limitadas competencias que supuestamente tendrían las municipalidades para incorporar el contenido de la declaratoria en los instrumentos de planificación territorial a su cargo. En ese sentido, se indica en la resolución, citando el informe del Profesor Luis Cordero Vega que el objeto de la LPHU de proteger los humedales urbanos declarados por el MMA:

“(...) debe entenderse referida a aquellos ámbitos en los que el municipio sí tiene competencia; esto es, dejando fuera aquellas instalaciones, edificaciones o redes que correspondan a infraestructura portuaria. De lo contrario, no tendría sentido que el municipio pudiese pedir la declaración de humedal urbano ubicado en una zona respecto de la cual, de conformidad con la normativa urbanística, no pueden establecerse limitaciones por tratarse de infraestructura (...)”.

¹⁸ Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad de Silvia Quiroz Lozano, respecto del artículo 309 del Código de Aguas, en juicio rol Nº 811 ? 2007 de la Corte de Apelaciones de Talca, Considerando 6º.

La anterior afirmación, que es compartida por otros informes en derecho y de órganos de la Administración del Estado, no es solo equivocada, sino que desconoce parte esencial de los objetivos de la Ley de Protección de Humedales Urbanos, así como el rol de los organismos involucrados en el procedimiento de declaración establecido en su respectivo Reglamento. Así, la errada interpretación recogida por la resolución del MMA es desestimable a partir de tres simples puntos extraíbles de una revisión sistemática de la normativa urbanística, la LPHU (junto a la historia fidedigna de dicha Ley) y de su Reglamento.

- i) La declaratoria de humedal urbano es un instrumento emanado del Ministerio del Medio Ambiente que excede la inclusión del humedal declarado como área de protección natural en los Instrumentos de Planificación Territorial correspondientes, y que no se encuentra limitado por la competencia del organismo solicitante

Parte de la resolución que rechaza la solicitud de declaración de humedal urbano se funda en el hecho de que la Municipalidad de San Antonio no contaría las atribuciones para poder establecer condiciones o regulaciones en el terreno del Puerto, principalmente a partir de lo señalado en el artículo 116º inciso cuarto del DFL Nº 458 de 1975 (LGUC), el cual contempla una excepción a la regla general en materia de obtención de permisos de construcción, señalando que, a diferencia del resto de las obras de construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de cualquier naturaleza, que requerirán siempre de permiso de la Dirección de Obras Municipales a petición del propietario, el inciso cuarto indica que “no requerirán permiso las obras de infraestructura de transporte, sanitaria y energética que ejecute el Estado, sin perjuicio de lo establecido al final del artículo 55 (...)”.

La norma anterior estaría fundada, según lo indicado en circulares de la Dirección de Desarrollo Urbano (DDU) y en dictámenes de la Contraloría General de la República¹⁹, en la complejidad técnica y magnitud de dichas obras, las cuales no estarían en condiciones de ser asumidas por las Municipalidades, y por lo tanto deberán ser asumidas por organismos especializados en la materia como -en este caso- la Dirección de Obras Portuarias.

Así, el razonamiento utilizado sería que, ante la limitada competencia que tendría la DOM para la autorización y desarrollo de obras portuarias, en particular la referida a la entrega del correspondiente permiso de construcción y la recepción de obras, el Municipio se vería imposibilitado de incorporar en la normativa urbanística y municipal disposiciones para proteger los humedales urbanos de la actividad portuaria, por lo que la declaratoria no tendría efecto práctico alguno, o bien uno muy limitado. Asimismo, se pone en duda la posibilidad de fijar “condiciones urbanísticas” que aseguren la compatibilidad de proyectos de infraestructura con la mantención de la conectividad biológica, estructura, funcionamiento y conservación de humedales en los Planes Reguladores Comunes, así como la de incorporar regulaciones útiles la ordenanza general señalada en el artículo 2º Ley

¹⁹ Circular DDU -ESP Nº09/2008 y Dictamen Nº 17.869 de 1997, respectivamente.

de Protección de Humedales Urbanos, ya que según el informe del Profesor Cordero “ninguna norma urbanística de competencia municipal se puede ejercer en dichos espacios”, en referencia al Puerto de San Antonio.

El MMA, haciendo prevalecer los informes del Profesor Cordero y el del MINVU, el MMA basa exclusivamente su decisión en ellos y rechaza la solicitud, con el supuesto fin de preferir una interpretación que permita a una norma producir algún efecto, por sobre otra que signifique la misma disposición no podrá surtir efecto alguno. Lo anterior implica no solo un desconocimiento de las facultades municipales en la ordenación territorial de su territorio, sino que también las facultades que en la misma esfera tendrían los Gobernadores Regionales y el mismo MINVU, quienes son precisamente algunos de organismos llamados a implementar la transformadora regulación de la Ley de Protección de Humedales Urbanos. Asimismo, implica una visión sesgada respecto de la multiplicidad de herramientas y efectos que esta Ley incorpora en el ordenamiento jurídico ambiental y urbanístico, que a todas luces exceden los efectos que esta podrá tener en el ordenamiento territorial de los territorios que cuenten con humedales urbanos.

En primer lugar, si bien es cierto que la Municipalidad de San Antonio tiene competencias sumamente limitadas para la entrega de permisos de construcción y recepción de obras en cuanto a la infraestructura portuaria, es evidente que esas son solo una de las herramientas con las cuales se ha conferido a las municipalidades para la regulación de las actividades industriales e inmobiliarias en sus territorios. Así, quizás la atribución más relevante en materia de ordenamiento territorial (que es en definitiva una de las sedes más efectivas para compatibilizar y limitar la actividad industrial y productiva en las ciudades) es el rol que tiene el Municipio en la elaboración, gestión y cumplimiento de los Planes Reguladores Comunes, instrumento nuclear de la planificación territorial a nivel nacional. Siendo uno de los pocos instrumentos vinculantes en la materia, su principal alcance es el de regular los aspectos más relevantes de la comuna en su dimensión territorial, tales como los usos de suelo y edificación, delimitación de los espacios públicos y áreas afectas a utilidad pública²⁰.

En ese sentido, si bien la eventual incorporación de la declaratoria de humedal urbano al Plan Regulador Comunal (en adelante, PRC) deberá tener a la vista las limitaciones que le impone la LGUC en materia de permisos de edificación respecto de infraestructura pública estratégica, el instrumento sí podrá incorporar modificaciones urbanísticas en materia de usos de suelo, compatibilizando el régimen actual, modificado en 2015, para proteger la totalidad de intereses públicos que convergen en la actual Zona Portuaria Excluida (en adelante, ZPE), y que no son reconocidos por el PRC actual. En esa línea se pronuncia el informe del estudio Cubillos Evans incorporado en el expediente, indicando que los IPT, una vez modificados, “excluirán, entre otros, los usos de suelo de Infraestructura y Actividades Productivas, a los cuales están asociadas las edificaciones e instalaciones correspondientes

²⁰ PRETCH, Alejandra; SALAMANCA, Carola; REYES, Sonia. El Ordenamiento Territorial en Chile. Ediciones UC, Santiago, 2016. p. 44.

a la actividad portuaria y logística”, confirmando que el Municipio tendría las competencias para aquello.

En cualquier caso, cabe recordar que dicha eventual exclusión se llevará a cabo con el fin de compatibilizar la actividad portuaria con la protección de las áreas declaradas como humedal urbano, y que por lo tanto no es un hecho cierto que, como concluye este mismo informe, el puerto se verá impedido de llevar a cabo proyectos de expansión portuaria, ni que los organismos territoriales competentes se pronunciarán en contra de aquellos en sede evaluación de impacto ambiental. Lo anterior, dependerá de las medidas que EPSA considere para adecuar sus proyectos de ampliación o mejoramiento, con el fin de permitir una adecuada protección del Sistema de Lagunas de Ojos de Mar, en miras a la consolidación del interés público que supondrá su declaración como humedales urbanos y, por lo tanto, áreas de protección de valor natural. En cualquier caso, queda claro que las potestades municipales en materia de ordenamiento territorial son claramente atingentes para limitar las actividades industriales que pudiese afectar a humedales urbanos y que, por lo tanto, la declaración de los mismos en ningún caso tendrá un efecto inocuo en materia municipal.

Como si ello no fuera suficiente para desestimar el argumento de que las limitaciones que establece la LGUC no deviene en la inoperatividad de la Ley de Protección de Humedales Urbanos, a lo anterior debemos agregar que el deber de incorporación de los humedales urbanos como áreas de protección deberá llevarse a cabo no solo por los Municipios en sus respectivos IPT, sino que también los gobiernos y organismos a escala regional en los respectivos instrumentos de ordenamiento territorial que tengan a su cargo.

Lo anterior ha sido confirmado por la CGR en su Oficio N° E 51.700, de fecha 13 de noviembre de 2020, por el cual dicha entidad tomó razón con alcances del decreto que promulgó el Reglamento de la LPHU, el cual señala que “acorde con la modificación que contiene el artículo 5° de la Ley N° 21.2020 a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, todo instrumento de planificación territorial deberá incluir los humedales urbanos existentes en cada escala territorial en calidad de área de protección de valor natural, para efectos de establecer las condiciones bajo las que deberán otorgarse los permisos de urbanizaciones o construcciones que se desarrollen en ellos, y no solo los que aprueben las entidades edilicias”.

Así, incluso si se considerase por este tribunal que las facultades municipales para la regulación de obras en el Puerto de San Antonio es demasiado limitada como para operativizar las medidas que implica la declaración del humedal urbano (a pesar de que hemos demostrado que esto no es efectivo), no sería esta razón suficiente para privar a las otras entidades con potestades de ordenamiento territorial de incorporar en sus instrumentos respectivos medidas para proteger dichos ecosistemas. Esto no solo debe considerar los instrumentos regionales vigentes como el Plan Intercomunal de Valparaíso, Satélite Bordo Costero Sur, sino que también será relevante para la eventual dictación de futuros IPT como el Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT). Así, recogiendo lo señalado en el informe MINVU que consta en el expediente, la exención consagrada en el

artículo 116 inciso 4º LGUC recae exclusivamente en el deber de tramitar y obtener el permiso de edificación (y en consecuencia la recepción definitiva de las obras por parte de la DOM) para las obras de infraestructura ejecutadas por el Estado en materia urbanística, pero no se extiende al deber de cumplir con las normas que pudieran resultar aplicables de acuerdo a los IPT pertinentes, en el marco del procedimiento de declaratoria de un humedal urbano.

Por último, y sin profundizar demasiado en este punto debido a su obviedad y por habernos referido a aquello en párrafos anteriores, además de los efectos y modificaciones que mandatará la eventual declaración de humedal urbano, existen al menos tres otros efectos concretos que tendrán repercusiones en distintos niveles del ordenamiento jurídico. Algunos de estos efectos no están condicionados en su aplicación por la modificación o dictación de normativa urbanística, esto es: i) la susceptibilidad de configurar alguna de las tipologías de ingreso al SEIA previstas en los literales p), q), r) y s) del artículo 10 de la Ley Nº 19.300; la consideración del área declarada como “área colocada bajo protección oficial” y “área protegida” para efectos del SEIA; y el deber del municipio establecer en una ordenanza general criterios para la protección, conservación y preservación de los humedales urbanos ubicados en la comuna, en donde el destinatario serán todos los habitantes de la comuna, y no solo el Puerto de San Antonio. Así, debe quedar desestimado irrefutablemente todo argumento que tienda a señalar la falta de efecto útil o redundancia de la eventual declaración del Sistema de Lagunas Ojos de Mar como humedal urbano.

- ii) La incorporación del humedal declarado como áreas de protección de valor natural en los IPT tiene por objetivo compatibilizar su protección con el resto de las actividades de la comuna, por lo que no corresponde anticipar su reconocimiento como un riesgo a priori para otros intereses públicos, ni afirmar que su regulación generará incertidumbre respecto de los mismos;

La finalidad de la modificación que establece la Ley de Protección de Humedales Urbanos al artículo 60 de la LGUC, así como lo señalado en el artículo 3 letra a), acápite ii, párrafo segundo del Reglamento de dicha Ley no es otra que permitir una verdadera compatibilización de los diferentes intereses y actividades que se llevan a cabo en los territorios que tienen el privilegio de contar con un humedal dentro o parcialmente dentro de su límite urbano, cuya existencia y funcionamiento, previo a esta reciente regulación, se encontraba en un evidente y excesivo desmedro frente a otras actividades económicas. Ello no solo fue expresado a lo largo de la tramitación de dicha Ley, sino que ha quedado consagrado expresamente en su Reglamento, específicamente en su Título II letra c), el cual enumera dentro de los criterios mínimos para el uso racional de los humedales urbanos el enfoque de desarrollo sustentable, indicando que:

“A fin de compatibilizar las distintas actividades que se realizan en nuestro territorio con el uso racional de los humedales urbanos, se deberá velar por el desarrollo sustentable, integrando las dimensiones sociales, económicas y ambientales. Se debe propender a evitar la degradación de los humedales

urbanos. Para ello, los proyectos y actividades que se desarrollen en humedales urbanos deberán considerar el uso racional de estos ecosistemas”.

Así, el hecho de establecer criterios “mínimos”, es una señal de lo que se busca con el reconocimiento de estos ecosistemas en el ordenamiento territorial local no es obstaculizar el desarrollo industrial de ninguno de los territorios, sino que establecer ciertas condiciones y herramientas para poder asegurar un desarrollo sustentable, que permita la ejecución de actividades económicas sin destruir ni afectar significativamente ecosistemas de alto valor natural, y actualmente estratégicos para combatir los efectos del cambio climático. Lo mismo queda expresado en la letra a) del Título II, al indicar que los procesos de planificación, diseño y construcción de infraestructura que puedan afectar humedales urbanos deberán ser compatibles con la mantención de la conectividad biológica, su estructura, funcionamiento, y la conservación de hábitats de los humedales.

En ese sentido, es patente que tanto la Ley como su Reglamento no pretenden establecer prohibiciones absolutas respecto de la construcción y desarrollo de infraestructura próximas a humedales urbanos, sino que únicamente exigen que estas sean compatibles con el aseguramiento de sus condiciones mínimas para su adecuado funcionamiento y sostenimiento. Así lo aclaró en su oportunidad el Honorable Senador De Urresti en la tramitación de la Ley 21.202, al indicar que “la norma no impide la realización de obras públicas siempre que estas se realicen con los estándares adecuados, y siendo así los titulares no tendrían impedimento para lograr los permisos ambientales correspondientes”²¹. Es más, en esa misma oportunidad se hizo mención expresa al caso del Puerto de San Antonio y su eventual expansión, expresando la Honorable Senadora Allende la necesidad de “conciliar y equilibrar el desarrollo y la protección, que es lo que desea la comunidad, entendiendo que estas obras son necesarias pero que bien pueden realizarse sin dañar ecosistemas de gran belleza escénica, que han estado por siempre en un lugar y que son parte del patrimonio natural de una comunidad”²².

Es patente que la aprobación de la presente Ley se dio en un contexto de conocimiento absoluto de que su finalidad era permitir la compatibilización de proyectos de infraestructura pública con la protección de los humedales, identificando incluso previamente lugares en donde existirían posibles conflictos a propósito de aquello, tales como los Puertos de Arica y San Antonio, y el Aeropuerto de la ciudad de Concepción²³. En ese sentido, en el trámite de Comisión Mixta se consideró expresamente que “esta norma

²¹ Historia de la Ley 21.202. Tercer trámite constitucional. Informe de Comisión de Medio Ambiente, intervención del senador De Urresti. p. 205.

²² Historia de la Ley 21.202. Tercer trámite constitucional. Informe de Comisión de Medio Ambiente, intervención de la senadora Allende. p. 205.

²³ Historia de la Ley 21.202. Tercer trámite constitucional. Informe de Comisión de Medio Ambiente, intervención del senador Sandoval. p. 224.

permitiría compatibilizar la protección de los humedales con el desarrollo de aquellas obras que se estimen necesarias para las comunidades y estratégicas para el país”²⁴.

Frente a dicha situación, y con la finalidad de resolver discrepancias existentes entre el Senado y la Cámara de Diputados, el Presidente de la República sugirió la incorporación de un artículo 6º, que dispusiera que se exceptuaban de la aplicación de la LPHU “la infraestructura de conectividad, o sus proximidades, necesaria para el desarrollo de vías férreas, caminos, autopistas, puentes, puertos, aeropuertos y aeródromos destinados al uso público, de carga o pasajeros, y las destinadas a satisfacer una finalidad pública o cumplir una función social como las obras civiles y de infraestructura energética. Sin embargo, dicha sugerencia no prosperó, al estimarse innecesaria atendido que “de conformidad con la LGUC, son los instrumentos de planificación territorial los encargados de determinar los usos de suelo y la protección que se da a los humedales existentes”.

Así, debemos entender que el rechazo de la incorporación que permitía la exención de la infraestructura pública estratégica respecto de la Ley, fundada en la finalidad y alcance de los instrumentos de planificación territorial, es una manifestación clara de que: i) El legislador reconoce la necesidad y considera posible compatibilizar el desarrollo de actividades económicas estratégicas con la protección de los humedales; y ii) Delega dicha labor compatibilizadora en los gobiernos locales y la creación o modificación de IPT.

Lo anterior es de toda lógica, toda vez que la función principal de los instrumentos de ordenamiento o planificación territorial es “direccionar la acción de transformación de los agentes públicos y privados sobre el territorio”²⁵. Así, la doctrina es conteste al reconocer el potencial conciliador de estos instrumentos, tal como indica Alejandra Pretch en su manual del Ordenamiento Territorial en Chile:

“En la actualidad el territorio es un bien cada vez más congestionado y demandado para la satisfacción de múltiples necesidades. Esto genera un desafío en su planificación, puesto que debe velar por la convivencia de variados usos no siempre compatibles entre sí. (...) En este contexto, el ordenamiento territorial pareciera jugar un rol fundamental, en la medida de que permite organizar y regular las diversas actividades de acuerdo a criterios y prioridades, definiendo ex ante los diversos usos y actividades permitidas, y disminuyendo con ello la conflictividad”.

En esa línea, instrumentos como el PRI y el PRC son precisamente aquellos llamados a compatibilizar, en particular, los distintos usos e intereses a nivel intercomunal y comunal respecto del suelo. Lo anterior no es solo recogido en el artículo 2.1.24 de la OGUC, la cual indica que corresponderá a los IPT compatibilizar los efectos de unos y otros usos de suelo, sino que es expresado en múltiples versiones de estos instrumentos, los cuales

²⁴ Historia de la Ley 21.202. Trámite Comisión Mixta, intervención de la Ministra del Medio Ambiente, p. 234.

²⁵ PRETCH, Alejandra, et. al. *Op. cit.*, p. 25.

generalmente consideran dentro de sus objetivos afirmaciones como “promover el desarrollo armónico del territorio”²⁶, el “uso racional del suelo”, o “compatibilizar el desarrollo urbano”, entre otros. Lo anterior no es otra cosa que la expresión normativa específica de lo recogido por nuestra Constitución Política de la República en su artículo 115, la que, respecto del gobierno y administración interior del Estado, indica que “se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo”.

No cabe duda, entonces, que parte esencial de los IPT y de los instrumentos de ordenamiento territorial en general es compatibilizar los diferentes intereses y usos del territorio, y que ello será un principio rector en el proceso de incorporación de los humedales urbanos como áreas de protección de valor natural en los distintos instrumentos que ordenan cada una de las escalas del territorio local nacional. Lo anterior es un aspecto sumamente relevante a considerar en el marco de este proceso, ya que va en contra de la interpretación a priori que hace el MMA, fundado en las afirmaciones de los fatalistas informes de expertos en derecho o de organismos sectoriales como el que “La declaratoria de humedal urbano del Sistema de Lagunas de Lolleo ‘Ojos de Mar’, por parte del MMA, generará diversos efectos que producirán la inviabilidad del desarrollo y operación del PE”; o que “en los términos presentados [la declaración de humedal urbano] supone amplios riesgos para el desarrollo de la actividad presente y futura del principal puerto de Chile”.

Dichas afirmaciones son producto de un desconocimiento (o deliberada omisión) del hecho de que la finalidad de la Ley de Protección de Humedales Urbanos, como de los IPT que formarán parte de su operativización, es precisamente lo contrario: dar verdadera viabilidad y mayores condiciones de certeza a las iniciativas públicas y privadas que se emplacen cerca de humedales urbanos, estableciendo criterios previos para la compatibilización de las diversas actividades e intereses de los territorios, en particular de aquellos con actividades productivas estratégicas. Indicar, como señala el MINVU en su informe, que “no existen lineamientos que permitan asegurar -mas allá del principio de coordinación- que tal regulación no impedirá el oportuno desarrollo de las actividades portuarias que conforme a la Ley Nº 19.542 deben realizarse en el recinto portuario de San Antonio”, implica ignorar la totalidad de normativa vinculante e indicativa que construye nuestro ordenamiento territorial, incluyendo la recientemente publicada Política Nacional de Ordenamiento Territorial, que deberá orientar la actualización de los IPT a modificarse producto de declaraciones de humedales urbanos.

Así, los supuestos altos niveles de incertidumbre alegados por el MINVU y reconocidos por el MMA en su resolución, no se comparan con la incertidumbre de las medidas que esta propone como alternativa al rechazo de la solicitud, a saber, la incorporación en la Adenda de uno de los múltiples proyectos de ampliación y mejoramiento del Puerto de San Antonio, el aún en etapa temprana de su evaluación ambiental, que recibió múltiples solicitudes de

²⁶ Artículo 41 LGUC: “Se entenderá por Planificación Urbana Comunal aquella que promueve el desarrollo armónico del territorio comunal, en especial de sus centros poblados, en concordancia con las metas regionales de desarrollo económico-social”.

término anticipado por falta de información relevante y esencial, respecto del cual existe una oposición férrea por parte de la mayoría de los habitantes de Llole, y que además deja fuera la mayoría efectos de adaptación de planificación territorial asociados a la declaración de humedal urbano. En ese sentido, el argumento esbozado por el MMA en su resolución, respecto de que existiría “incertidumbre por una eventual declaración de Humedal Urbano en el ámbito de las ordenanzas municipales y su efecto en los procesos de evaluación ambiental en curso”, no solo es falso, sino que nada tiene que ver con lo que el MMA debe evaluar en el proceso de declaración de humedal urbano, por lo que no puede ser considerada como una razón válida para su rechazo.

- iii) La selección de las medidas a considerar en los IPT serán producto de un proceso posterior a la declaración, a cargo del organismo territorial correspondiente, y ponderando las características particulares de cada territorio, por lo que no corresponde su ponderación ex ante por parte del Ministerio del Medio Ambiente como criterio para la aprobación o rechazo de una solicitud.

Finalmente, y en estrecha relación con lo señalado en párrafos anteriores, cabe recalcar que la afirmación de que “existiría una incertidumbre por una eventual declaración de humedal urbano en el ámbito de las ordenanzas municipales y su efecto en los procesos de evaluación ambiental en curso”, la cual a su vez deviene de lo establecido por el MTT y el MINVU en sus respectivos informes acompañados en el expediente del presente caso, carecen de toda lógica y desconocen no solo el procedimiento de declaración regulado por la LPHU y su Reglamento, sino el proceso de elaboración y modificación de IPT que regula nuestro ordenamiento.

Al respecto, la consideración esbozada por el MINVU en su informe sobre que “el Ministerio del Medio Ambiente debe ponderar dentro del procedimiento en curso, los efectos de tal declaratoria en la viabilidad del funcionamiento del Puerto de San Antonio, conforme al principio de coordinación (...)” no solo incurre en un error significativo respecto del procedimiento, sino que simplemente no es posible de llevar a cabo. En ese sentido, cabe recordar algo ya mencionado en párrafos anteriores, respecto que la mera declaración de humedal urbano por parte del MMA no genera ninguna consecuencia inmediata de índole urbanística sobre el predio en el cual este se emplaza, ya que, como hemos señalado en repetidas veces, la mayoría de las medidas tienen por efecto mandar a organismos de la Administración del Estado a crear y modificar normativa municipal y de ordenamiento territorial (con excepción de aquellas que tienen efectos en el SEIA, pero que solo se aplicarán cuando exista un proyecto o una modificación que pueda afectar humedales urbanos).

En ese sentido, es imposible anticipar con exactitud las medidas específicas que se establecerán por parte de los Municipios, GORE y otros órganos que correspondan, ya que estas dependerán de un análisis casuístico de las características de cada territorio, e incluso podrán depender de los intereses expresados por la ciudadanía en procesos de participación ciudadana. Como se señaló anteriormente, será en esos instrumentos en los cuales se

delimitarán las medidas que tendrán por objetivo la compatibilización de intereses y actividades del territorio, y por lo tanto será en el marco de ese proceso de elaboración y modificación que los organismos podrán pronunciarse respecto de su eventual incompatibilidad, inidoneidad, falta de certidumbre, etc., a través de los procedimientos y oportunidades establecidos especialmente para ello, como lo es la Evaluación Ambiental Estratégica, o bien la toma de razón que deberá efectuar la CGR cuando corresponda.

Dicho esto, si bien ante la declaración de un humedal urbano se producirán indefectiblemente repercusiones o modificaciones en los IPT y ordenanzas del territorio en cuestión (ya que los organismos correspondientes se encuentran obligados legalmente a hacerlo), solo se puede afirmar con certeza que dichos sitios se reconocerán como áreas de protección natural, más no se puede anticipar el tipo de normas urbanísticas que se establecerán para su protección, ya que su delimitación dependerá directamente del resto de las actividades e intereses presentes en dicho territorio, y que obviamente variará dependiendo del territorio en cuestión. Así, carece de sentido basar cualquier tipo de aprehensión en lo establecido en la ordenanza “tipo” que se pudiese estar desarrollando por parte del MMA para proveer como ejemplo a los Municipios, ya que estos no se encuentran obligados a considerarlas en la elaboración de las suyas, y obviamente no consideran las particularidades que tiene San Antonio como ciudad con alta actividad Portuaria en el mismo terreno en donde se ubican sus humedales urbanos.

Así, cabe concluir que la incertidumbre que advierte tanto el MINVU y el MTT no es tal (o al menos no es mayor que la de cualquier modificación de un IPT), e incluso si así fuese, su consideración no es expresión de una “manifestación ex ante del principio de Coordinación”, ya que los posibles efectos respecto de proyectos en evaluación ambiental, por más estratégicos que estos puedan considerarse por parte de ciertos Organismos de la Administración del Estado, no son un factor a analizar en el proceso de solicitud de humedal urbano, y deberán ponderarse en la creación y modificación de los instrumentos administrativos correspondientes, y en el marco de los procedimientos regulados en nuestro ordenamiento.

Así, es necesario descartar la hipótesis que señala que la exigencia que establece el artículo 8º del Reglamento de la Ley de Protección de Humedales Urbanos, que exige la “identificación del régimen de propiedad y de la existencia de áreas afectadas a un fin específico por ley en el o los predios en los que se emplaza el humedal respecto del cual se solicita el reconocimiento”, implica que el MMA deba realizar una ponderación de intereses previa a la declaración de humedal urbano, y que la existencia de alguna de estas circunstancias sirve como fundamento para el rechazo de la solicitud. Como se ha señalado a lo largo de la presente reclamación, cumplidos los requisitos establecidos en la LPHU y su Reglamento, respecto de la solicitud de declaración de humedal urbano, el MMA se encuentra legalmente obligado a declararlo, sin poder ponderar previamente la eventual incompatibilidad de las medidas que se incorporarán en los respectivos IPT y ordenanzas generales (las cuales, por lo demás, no existirán hasta después de aprobada la solicitud). Por lo mismo, la ponderación de los intereses y la compatibilidad específica de las actividades es

un tema que deberá necesariamente abordarse de forma posterior, considerando las particularidades de cada territorio, y en pleno cumplimiento de la normativa vigente; por lo cual no será posible fundarse en aquello para el rechazo de una solicitud de declaratoria de humedal urbano.

3. El rechazo por parte del Ministerio del Medio Ambiente de la declaración del Sistema de Lagunas de Lolleo “Ojos de Mar” como humedal urbano va en contra de los fines de la ley Nº 21.202

La Resolución Exenta Nº 1086/2021 va en contra de los fines de la LPHU y desvirtúa sus objetivos. Señala el artículo 1º de la LPHU:

Artículo 1º.- Objeto. La presente ley tiene por objeto proteger los humedales urbanos declarados por el Ministerio del Medio Ambiente, de oficio o a petición del municipio respectivo, entendiendo por tales todas aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano.

En el caso de que la solicitud sea efectuada por el municipio, el Ministerio del Medio Ambiente deberá pronunciarse dentro del plazo de seis meses.

Añade el artículo segundo de la Ley:

Artículo 2º.- Un reglamento expedido por el Ministerio del Medio Ambiente, suscrito también por el Ministro de Obras Públicas, definirá los criterios mínimos para la sustentabilidad de los humedales urbanos, a fin de resguardar sus características ecológicas y su funcionamiento, y de mantener el régimen hidrológico, tanto superficial como subterráneo.

Las municipalidades deberán establecer, en una ordenanza general, los criterios para la protección, conservación y preservación de los humedales urbanos ubicados dentro de los límites de su comuna, para lo que utilizarán los lineamientos establecidos en el reglamento indicado en el inciso anterior.

La ley Nº 21.202 se orienta a la protección de los humedales ubicados dentro del radio urbano, ecosistemas que hasta el momento no gozaban de una figura que expresamente reconociera su valor y la necesidad de resguardar sus características ecológicas, su funcionamiento y la necesidad de mantener el régimen hidrológico. Según ya se esbozó, en el debate llevado a cabo en el Congreso a propósito de la creación de la norma reconoció la

urgencia de resguardar los cuerpos de humedales en el país debido a sus funciones ecosistémicas en un contexto de crisis hídrica y climática.²⁷

En particular, el Decreto Nº15 que reglamenta la Ley Nº21.202 encuentra su motivación jurídica en el deber del Estado de tutelar la preservación de la diversidad biológica del país; en el deber del Ministerio del Medio Ambiente contenido en el artículo 68 de la Ley Nº19.300 de diseñar y aplicar políticas, planes y programas en materia ambiental que se encaminen a la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos; en la Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" que establece los Objetivos de Desarrollo Sostenible y en la ratificación de la Convención de Ramsar sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas. Todas las normas anteriormente citadas constituyen compromisos internacionales adquiridos por nuestro país en el marco de la crisis climática y el deber de proteger los humedales como ecosistemas relevantes en su ralentización.

Asimismo, señala el reglamento en su parte considerativa: “5. Que, los humedales son ecosistemas indispensables por los beneficios o servicios ecosistémicos que brindan a la humanidad, incluyendo la provisión de agua dulce, alimentos, conservación de la biodiversidad, control de crecidas, recarga de aguas subterráneas y mitigación de los efectos del cambio climático.”

A partir de lo anterior, se evidencia que la LPHU y su reglamento vienen a resguardar los ecosistemas de humedales que se ubican dentro del radio urbano, estableciendo un marco de protección que no existía con anterioridad.

Los fines inherentes a la creación de la ley Nº 21.202 y su reglamento van en línea -y es concretización- de la intención del constituyente de priorizar la protección del medio ambiente por sobre otros derechos, incluyendo la posibilidad de limitar la propiedad en aquellos casos en que se cumpla una función social, según se desarrollará a continuación.

4. Incluso si se considerase que la declaración del Sistema de Lagunas de Lollole “Ojos de Mar” como humedal urbano es irreconciliablemente incompatible con el artículo 11º de la Ley Nº 19.542, debe primar la aplicación de la Ley Nº 21.202 en el caso concreto, por ser esta especial y posterior respecto a la Ley 19.542

El principal argumento en que se funda la resolución que rechaza la solicitud de declaración como humedal urbano del Sistema de Lagunas de Lollole “Ojos de Mar” es que la Ley Nº 19.542 sería de carácter especial frente a la Ley Nº 21.202, por lo que “la aplicación directa de esta última sería contraria al principio de especialidad y no sería aplicable en este caso. Así, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (organismo que originalmente señaló dicha supuesta especialidad) y el Ministerio del Medio Ambiente, al recoger dicho

²⁷ Historia de la Ley 21.202. p. 143, 265, 271.

razonamiento, yerran aplicando insatisfactoriamente el citado Principio de Especialidad, desconociendo que, en el presente conflicto suscitado entre las normas, sería la Ley de Protección de Humedales Urbanos la norma especial respecto de la portuaria, y por tanto, la que en definitiva deberá prevalecer en su aplicación en la especie. A continuación, se analizarán los motivos que establecen dicha relación de especialidad y el error en que incurre la Administración al rechazar la solicitud de humedal urbano realizada por la Municipalidad de San Antonio.

4.1. Criterio de temporalidad: La ley Nº19.542 es dictada con posterioridad a la ley Nº 21.202.

Continuando con la unidad del sistema ante un conflicto normativo, como es el caso, un segundo criterio de aplicación general recogido por nuestro ordenamiento jurídico es el de la temporalidad, o bien, *lex posterior derogat lex prior*.²⁸ El Código civil la consagra a propósito de la derogación tácita contemplada en su artículo 52: "Es tácita [la derogación], cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

Sin perjuicio de que sostenemos que la ley Nº21.202 es conciliable con la ley portuaria Nº19.542, el criterio de temporalidad pretende resguardar la voluntad objetiva detrás de la creación de una norma que, en este caso, viene a hacerse cargo de la necesidad de proteger un ecosistema relevante y sus funciones y de compatibilizarlo con el desarrollo de los proyectos.

En un contexto de crisis climática, según se relevó en la misma discusión de la norma, la ley Nº21. 202 de humedales urbanos viene a imponer una protección posterior y especial en aquellos humedales que cumplan con los requisitos de humedal urbano.

De lo expuesto anteriormente, queda claro que la especialidad de la materia regulada por la LPHU es notoriamente mayor a la de la Ley 19.542 y que esta ha sido dictada con posterioridad. Por lo tanto, y siendo ambas normas de igual nivel jerárquico, en aquellas situaciones donde exista una calificación contraria e irreconciliable del mismo hecho, deberá primar la aplicación de la Ley 21.202 en lo concreto.

Finalmente, la ley Nº21.202 es asimismo una manifestación del principio de no regresión y la necesidad de contar cada vez con una mayor protección del medio ambiente. En materia ambiental, este principio "tiene por objetivo evitar que una vez que un Estado ha avanzado

²⁸ CORDERO QUINZAZARA, Eduardo. Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno [en línea]. *Ius et Praxis* v.15 n.2 Talca, 2009. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000200002>

en la protección de este derecho, puede mediante actos simples volver sobre sus pasos y desproteger a las personas y el medio ambiente”²⁹.

En palabras del profesor Bermúdez Soto, su aplicación en sede ambiental reviste la mayor importancia pues “la aplicación irrestricta del principio “ley posterior deroga a la anterior” no sólo afecta a la insuficiencia regulatoria actual, sino también a las generaciones futuras, permitiendo eliminar los hitos o logros de la protección ecológica”³⁰. Así, el principio de no regresión, además de marcar pautas para alcanzar avances en nuestra legislación, se encuentra íntimamente ligado al principio de solidaridad intergeneracional.

Nuestros tribunales han reconocido la importancia de este principio en materia ambiental. Así, por ejemplo, lo hizo el Segundo Tribunal Ambiental en su fallo en la causa rol R-22-2014 y este mismo órgano Contralor, en su dictamen N°17.352 del año 2018, en el que señaló:

“[...]el principio de no regresión en materia ambiental que (sic) tiene por objetivo evitar que una vez que un Estado ha avanzado en la protección del medio ambiente -que es una de sus obligaciones-, pueda retroceder y desprotegerlo. Al respecto, considerando la garantía fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contemplada en el artículo 19, N° 8, de la Constitución Política y en la ley N° 19.300, si un acto de la Administración reduce un área protegida o modifica su categorización a una protección más débil o deja ella sin efecto, sin motivación suficiente, vulnera el principio de no regresión.”

En virtud de lo anterior, hacer prevalecer la ley portuaria por sobre la ley de humedales urbanos significaría una transgresión del principio de no regresión.

4.2. Criterio de especialidad: La ley N°21.202 es especial en relación a la ley N° 19.542.

En primer lugar, cabe recordar que el principio (o “criterio”) de especialidad, más allá de contar con una recepción en el artículo 4 del Código Civil, se trata de un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, basado en el aforismo “lo especial se aplica con preferencia a lo general”. Así, es una de las principales reglas o referencias para efectuar la clasificación general del derecho, entre Derecho Común y Derecho Particular, así como en la clasificación entre Ley General y Ley Especial³¹. Sin embargo, su estudio y aplicación se relaciona más cotidianamente con la aplicación de las normas y la resolución de antinomias, es decir, el problema que se plantea cuando dos normas están en oposición en relación a un caso concreto, y ubicándose estas en el mismo nivel jerárquico a nivel normativo.

²⁹ COSTA, Ezio. Mejora Regulatoria, Legitimación y principio de no regresión: El fallo de la Corte Suprema en el caso MP10. Revista de Justicia Ambiental, p, 219.

³⁰ BERMÚDEZ, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. 2° edición, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014. P.57.

³¹ ORELLANA, Luis. La supletoriedad de las Leyes. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 N°4, Sección Estudios, 2003, p. 816.

La doctrina se ha esforzado por establecer las características generales de este principio, considerando que i) hace referencia a la materia regulada, es decir al contenido de la norma; y ii) supone el tránsito de una regla más amplia que afecta a todo un género, a una regla menos extensa que afecta a una especie de dicho género. Así, el razonamiento es que la norma especial prevalecerá por sobre la general por que la norma específica es mas apta para regular lo específico³², señalando incluso parte de la doctrina que la regla especial respondería mejor a la voluntad del legislador (ya que de otro modo no tendría sentido su promulgación). En cualquier caso, es innegable que la distinción entre ley general y leyes especiales será siempre discutible al caso controvertido, pues la especialidad de una materia por sobre otra será siempre un ejercicio interpretativo.

El caso “clásico” de aplicación del principio de especialidad es aquel de una inconsistencia normativa de tipo “total-parcial”, es decir, en donde una de las normas no podrá ser aplicada sin generar conflicto con la otra, mientras que esta tiene un campo adicional de aplicación que no entra en conflicto con la primera. Esta es la hipótesis que recoge el artículo 13 del Código Civil, y que se da típicamente entre dos normas dentro de un mismo cuerpo legal. Sin embargo, existe una hipótesis más compleja, que es frente a la cual nos enfrentamos en el caso concreto en análisis: la inconsistencia de tipo parcial-parcial. En este escenario, la inconsistencia ocurre entre dos normas que tienen un campo de aplicación que entra en conflicto con la otra, pero asimismo ambas tienen también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Ello ocurrirá recurrentemente cuando el conflicto de especialidad se genere entre dos textos o conjuntos normativos diferentes, y para su resolución será común el recurrir a otros criterios de resolución de antinomias, aunque no siempre será necesario.

De ese modo, constatamos que nos encontramos ante una de las hipótesis de conflicto de especialidad normativa más complejas dentro de las identificadas por la doctrina, lo cual no se ve reflejado en la resolución del MMA que rechaza la solicitud, la cual simplemente indica que existe una prelación de la Ley de Puertos en base a ser esta una regulación especial y anterior a la LPHU, sin fundar en forma alguna cual es el razonamiento para llegar a esa conclusión. Lo cierto es que, como adelantamos al comienzo de este acápite, un análisis más pormenorizado tendrá como resultado la evidente especialidad de la Ley de 21.202 por sobre la Ley 19.542.

Si bien en la Ley chilena no existe una definición de los términos “especial” o “especiales” para efectos de la aplicación de este principio. Sin embargo, son ilustrativas las referencias que tanto el artículo 4º como el 13º del Código Civil hacen al respecto, sobre la base del carácter común, general e introductorio del Código Civil a toda la legislación chilena, y más aún por su ubicación en el título preliminar del mismo³³. Así, el mismo Andrés Bello indicó en

³² TARDÍO, José Antonio. El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 162, 2003, p. 192.

³³ CARRASCO, Edison. El concepto “especial” en el Código Civil: diferencias de significación entre el artículo 4º y el artículo 13. Revista Ius et Praxis, año 20, Nº1, 2014, p. 255.

sus notas que “este título debe considerarse como una introducción, no solo al presente Código Civil, sino a la legislación toda”³⁴.

Sin embargo, antes de analizar la especialidad entre las diferentes materias en pugna, cabe destacar una diferencia que ha identificado la doctrina respecto del uso del concepto especial en ambos artículos. En resumen, y sin ánimo de profundizar, se ha establecido que la regla de especialidad “clásica” está recogida en el artículo 13, la cual resuelve los problemas presentados entre las disposiciones de un mismo cuerpo legal, y solo cuando exista oposición entre las mismas. Por otro lado, será el artículo 4 el que recogerá la hipótesis más compleja en donde las normas en pugna se encuentran en distintos cuerpos normativos, la cual más que hacer referencia a una especialidad pura de género-especie, se refiere a la “especialización” de la normativa considerada especial, haciendo referencia a sectorización o especificidad de las materias que trata. De esta forma, y en lo que nos convoca al caso concreto, cabe destacar que, según la doctrina, cuando estemos frente a la aplicación del principio de especialidad entre dos normas de distintos cuerpos legales, dicha especialidad hará referencia a la especialización de la materia que esta trata, ya que el establecimiento de una relación género-especie clásica será casi imposible (y por lo mismo se reserva para casos de normas contradictorias en un mismo cuerpo legal).

Despejada dicha interrogante, cabe afirmar sin titubeos que la LPHU regula una materia mucho más específica que la Ley de Puertos. Dicha afirmación puede subdividirse en tres factores: i) La especificidad de la materia jurídica que abordan; ii) El lugar que ocupa la norma respecto de su rama del ordenamiento jurídico; y iii) La especificidad del destinatario de la regulación.

En primer lugar, cabe señalar que ambas Leyes se enmarcan dentro de la rama del Derecho Administrativo. Dentro de dicha clasificación, es posible entender que la normativa portuaria es una regulación específica de un tipo de infraestructura, la cual se encuentra regulada en la normativa urbanística. Así, a pesar de que esta norma se encontraría por debajo de la regulación establecida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, no cabe duda de que la materia que regula es la generalidad de todo un sector productivo del país, contando con disposiciones tan generales como la de su artículo 1, la cual crea la totalidad de las empresas portuarias del Estado (todas las cuales se regirán principalmente por dicha Ley), así como la regulación de su patrimonio, atribuciones, obligaciones, sus servicios, así como de la administración y organización de las mismas. En ese sentido, bien podría haber tenido por título “Ley General de Puertos”, en razón de su estructura y de la cantidad de aspectos fundamentales que detalla para el funcionamiento de los mismos.

En contraste con aquello, la Ley de Protección de Humedales Urbanos, se trata de una Ley específica dentro del sub-género que es el ordenamiento jurídico ambiental, también ramificación del Derecho Administrativo, que tiene por finalidad regular no solo un tipo específico de ecosistema, como lo son los humedales, sino que una acción particular

³⁴ BELLO. Nota de Bello, 1981, p. 25.

respecto de los mismos (su protección) y solo respecto de aquellos que cumplan ciertas condiciones objetivas (que se encuentren dentro o parcialmente dentro del límite urbano). Ello explica en parte su brevedad en general, y las precisas modificaciones que dispone en el ordenamiento jurídico vigente al momento de su publicación. En ese sentido, podríamos decir que la LPHU es, a lo menos, doblemente específica respecto a la materia que trata, al regular solo uno de los muchos ecosistemas o componentes a regular por el derecho ambiental, y restringiéndose solo a aquellos que cumplan con una disposición especial en el área jurídico-administrativa. Asimismo, cabe agregar que, debido a dicha doble especialidad, la materia se trata de una de alta complejidad técnica, y que involucra conocimientos no solo jurídicos, sino que también ecológicos y de ordenamiento territorial, y que cuenta con muy pocos especialistas.

Por otro lado, el lugar que ocupan ambas normativas en comparación con el resto de su ordenamiento atingente es sumamente diferente. Por su parte, si bien la Ley de Puerto se trata de una legislación que se subsume dentro de la normativa de derecho público y urbanística, esta se ubica en la “cúspide” del ordenamiento portuario a nivel nacional, contando con múltiples normativas por debajo de ella, tanto jerárquicamente como respecto a la especificidad de las materias que tratan. Algunos ejemplos de algunas son del DS Nº 105 de 1999, que Establece normas para la coordinación de los órganos de la administración del Estado relacionados con actividades que se desarrollen dentro de los recintos portuarios; o el DS Nº 96 de 2013, que Aprueba el Reglamento para la elaboración de los Planes de Gestión Anual de las Empresas Portuarias estatales creadas por la Ley Nº 19.542. Por su parte, la LPHU es una norma específica que únicamente incorpora una definición de su objeto de protección, modificar algunos literales del artículo 10º de la Ley Nº 19.300, y crea una figura de protección para dicho objeto, dejando el contenido y el procedimiento para el establecimiento de dicha figura como materia para un Reglamento, el cual es el único instrumento jerárquico directamente inferior a la presente norma. Queda claro entonces que el lugar de la LPHU en comparación con el ordenamiento jurídico ambiental es sumamente limitado y específico.

Finalmente, respecto del destinatario de la regulación, señalamos ya que la Ley Nº 19.542 no solo crea todas las Empresas Portuarias de Chile, quienes serán sus principales destinatarios, sino que todo el funcionamiento de estos está regulado legalmente por dicha normativa, sin perjuicio de los Planes Maestros que estos deberán establecer, pero que no cuentan con rango legal. En ese sentido, la normativa regula directamente a todos los administradores de los Puertos a nivel nacional (Empresas Portuarias Estatales), así como a los concesionarios que podrán prestar servicios en los Puertos, es decir, a todos los actores involucrados en ese sector.

Por su parte, la LPHU regirá sin duda alguna en aquellas comunas cuyas Municipalidades voluntariamente soliciten la declaración de un humedal urbano, aquellas en donde el MMA haya iniciado un procedimiento de oficio, y en general en los territorios que cuenten con la fortuna de tener un humedal emplazado dentro o parcialmente dentro de su límite urbano. En ese sentido, para su aplicación no solo mediarán las limitaciones intrínsecas que supone

su objeto de protección, sino que en la mayoría de las veces dependerá de la acción voluntaria de un agente del gobierno local o del gobierno central, haciendo aún más especial su aplicación.

POR TANTO;

Solicito a S.S. Ilustre, admitir a tramitación al reclamación del artículo 3º de la ley Nº21.202 en relación al 17 Nº9 de la ley Nº20.600, en contra de la Resolución Exenta Nº1086 de fecha 24 de septiembre de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente que resuelve solicitud de reconocimiento de humedal urbano Sistema de Lagunas de Lollole “Ojos de Mar” y, en definitiva, dejando sin efecto la resolución reclamada en todas sus partes y se reemplace por una que apruebe la solicitud de reconocimiento.

PRIMER OTROSÍ: Que vengo su S.S. Ilustre en acompañar los siguientes documentos:

1. Mandato judicial y administrativo otorgado ante el Notario público, Jenson Aarón Kríman Núñez, notario público titular de la segunda notaría de San Antonio, de fecha 4 de noviembre de 2021, repertorio Nº 4466-2021.
2. Resolución Exenta Nº 1086 24 de septiembre de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente que resuelve solicitud de reconocimiento de humedal urbano Sistema de Lagunas de Lollole “Ojos de Mar”.

POR TANTO, Solicito a S.S. Ilustre tenerlo por acompañado.

SEGUNDO OTROSÍ: Que, nuestra personería para representar a los reclamantes consta en la escritura pública de mandato judicial otorgada con fecha 4 de noviembre de 2021, Repertorio Nº 4466-2021, individualizada en el primer otrosí de esta presentación.

Sírvase su S.S. Ilustre asimismo tener presente que, por este acto, asumimos el patrocinio y poder de los recurrentes individualizados en este escrito, pudiendo actuar conjunta o separadamente y delegar el poder de estimarlo necesario.

POR TANTO; Solicito a S.S. Ilustre, tenerlo presente para todos los efectos legales de esta causa.

TERCER OTROSÍ: Que, de acuerdo con lo que establece el artículo 24 de la Ley Nº20.600 y en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho expuestos, solicitamos se suspendan los efectos de la Resolución Exenta Nº 1086 24 de septiembre de 2021 del Ministerio del Medio Ambiente que resuelve solicitud de reconocimiento de humedal urbano Sistema de Lagunas de Lollole “Ojos de Mar”.

Actualmente, producto del rechazo del reconocimiento del humedal urbano y dada la cercanía del humedal con el puerto de San Antonio, las Lagunas de Llolleo "Ojos de Mar" se encuentran desprotegidas. Los habitantes de la comuna de San Antonio han denunciado más de una vez acciones que han afectado al humedal, como el levantamiento de panderetas, circulación constante de camiones, labores de carga y descarga, así como trabajos vinculados con el puerto, siendo peligros inminentes para el ecosistema de humedal, que debe ser cautelado de manera urgente.

POR TANTO; Solicito a S.S. Ilustre, acceder a lo solicitado.

CUARTO OTROSÍ: Que vengo en señalar como forma de notificación las siguientes casillas de correo electrónico: pino@fima.cl, martinic@fima.cl.

POR TANTO, Solicito a S.S. Ilustre, acceder a la forma de notificación señalada.

