

## **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**MATERIA :** Acción Constitucional de nulidad de derecho público

**DEMANDADO :** Fisco de Chile, representado por la abogado procurador fiscal Doña María Teresa Muñoz Ortúzar

**DEMANDANTE :** Consejo de Defensa del Valle del Huasco, RUT 65.617.850-7, representado por Mauricio Ríos Navarrete, RUT 9038.854-1, y otros.

**ABOGADO PATROCINANTE:** Arturo Barrios Arriagada, RUT 4.132.611-5

**EN LO PRINCIPAL:** Demanda en juicio ordinario de acción constitucional de nulidad de derecho público

**PRIMER OTROSI :** Acompaña documentos

**SEGUNDO OTROSI :** Se tenga presente

**TERCER OTROSI:** Patrocinio y poder

**S.J.L.**

Mauricio Ríos Navarrete, RUT 9.038.854-1, terapeuta, representante legal del Consejo de Defensa del Valle del Huasco, RUT 65.617.850-7, Guido Díaz Silva, RUT 4.569.679-0, obrero, representante legal del Sindicato de Trabajadores de la Construcción y actividades anexas de Vallenar, RUT 65.379.160-7, Lucio Favio Cuenca Berger, RUT 9.271.647-3, director ejecutivo del Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, RUT 75.988.960-6, José Julián Alcayaga Olivares, RUT 5.136.752-9, economista, representante legal del Comité de Defensa y Recuperación del Cobre, RUT 65.172.420-1, Santiago Luis Faura Cortés, RUT 7.407.858-3, Concejal comuna de Alto del Carmen, Enrique Gaitán Arcos, Concejal de Alto del Carmen, domiciliados para estos efectos en San Martín 473 of. 113, Santiago, a S.S., respetuosamente decimos:

Que venimos en deducir demanda en juicio ordinario en contra del Fisco de Chile representado, por el Abogado Procurador Fiscal Sra. María Teresa Muñoz Ortúzar, o quien la subrogue, domiciliado en Agustinas 1687, para que la Justicia declare la nulidad de derecho público del Decreto Supremo 116 de Minería del 9 de enero de 2003, en adelante DS 116, firmado por el Presidente de la República Sr. Ricardo Lagos Escobar y el Ministro de Minería Subrogante Sr. Patricio Morales Aguirre.

Esta demanda de nulidad de derecho público, se fundamenta en el hecho que el DS 116, se promulgó en abierta violación de los Nros 20, 22 y 24 del art. 19 y art. 64 (actualmente 67) de la Constitución Política de la República, en adelante CPR, y del artículo 11 del Tratado entre la República de Chile y de Argentina sobre Integración y Complementación Minera, en adelante Tratado Minero, por lo que la acción constitucional de nulidad de derecho público se impone en virtud que los órganos y servicios del Estado, sólo pueden realizar aquellos actos que la Constitución y la Ley les facultan expresamente, en virtud del art. 6 de la Constitución Política de la República de Chile que establece: "*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*"; y de su art. 7º que establece: "*Los órganos del Estado actúan validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución y las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades*

*y sanciones que la ley señale".*

El eminent jurista y ex-Contralor General de la República, don Enrique Silva Cimma, en la página 188 del tomo IV de su Tratado de Derecho Administrativo, dice: "*El recurso de anulación es aquel que faculta a cualquier administrado que tenga interés directo en la controversia para pedir la invalidación de un acto administrativo contrario a derecho, y por ello es que se le denomina también recurso objetivo. Por su intermedio se persigue proteger el orden jurídico restableciendo la legalidad en el actuar de la Administración.*".

Por su parte el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile y Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Sr. Gustavo Fiamma Olivares, en un artículo publicado en la Gaceta Jurídica sostiene: "*Pues bien, si la acción procesal es un derecho constitucional general de todas las personas, la acción constitucional de nulidad, que se constituye sobre la base del derecho a la acción, también lo sería. Y, por lo mismo, recogería todos los alcances y virtualidades del derecho a la acción, es decir, que por un lado, la acción constitucional de nulidad, es un poder o una facultad de accionar ante los tribunales que tiene toda persona pretendiendo la nulidad de un acto administrativo, y por otro representa la obligación del tribunal de proveer y fallar sobre el fondo inexcusablemente, otorgando protección al derecho si es del caso mediante la declaración formal y expresa de nulidad del acto en contra del cuál se recurre".*

Nuestra legitimidad para iniciar esta acción constitucional de nulidad de derecho público, nace precisamente de la facultad que tiene cada administrado para accionar ante los tribunales, por los perjuicios directos que la puesta en marcha de este yacimiento puede provocar en la vida de la comunidad de la cual formamos parte, debido a la destrucción de algunos glaciares y la contaminación del agua de todo el valle del Huasco, y además, porque en el inciso segundo del artículo 6º establece que "***los preceptos de la Constitución obligan tanto a los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo***", y de ello deriva que las instituciones y personas que entablamos esta acción, estemos obligados a actuar cuando un órgano del Estado no actúa conforme a la Ley y la Constitución.

## I.- LOS HECHOS

La Compañía Minera Barrick Chile Ltda. y Cia. Minera Nevada S.A., en adelante Barrick Gold, son subsidiarias de Barrick Gold de Toronto, Canadá, y en conjunto poseen gran parte de las concesiones mineras que amparan el yacimiento binacional denominado Pascua en Chile y Lama en Argentina. Pascua, representa más de los dos tercios del yacimiento binacional. Está programado que el mineral que produzca el yacimiento Pascua en el lado chileno, debe ser trasladado o "exportado" hacia el lado argentino del yacimiento, donde se encuentran las plantas que tratarán el mineral y lo transformarán en metal doré. Para que el mineral de Pascua pueda ser exportado hacia Argentina, debe pasar por un paso habilitado de control aduanero, los cuales se encuentran a centenas de kilómetros hacia el sur o hacia el norte del yacimiento Pascua-Lama, por lo que para llegar a ellos, Barrick Gold debe construir centenas de kilómetros de caminos en plena Cordillera chilena, y una cantidad similar en la Cordillera argentina, para transportar el mineral hasta las plantas de tratamiento. Todo ello demanda centenas de millones de dólares de gastos de construcción de caminos, y además conlleva un encarecimiento importante de los costos de transporte y de los costos de explotación en general.

Con el fin de evitar estos cuantiosos gastos y que la explotación sea más rentable, la empresa Barrick Gold desea que se construya en el mismo yacimiento, un puesto aduanero y los servicios complementarios como Carabineros, Servicio de Investigaciones, Servicio Agrícola y Ganadero, (SAG), etc. El Problema reside en que no se puede incurrir en dichos gastos, porque el Estado chileno no puede realizar ningún tipo de gastos para la implementación del Tratado Minero, y en particular un puesto aduanero para el uso exclusivo de Barrick Gold, porque en la tramitación del tratado en el parlamento, ***no pasó por las Comisiones de Hacienda de ambas cámaras***, para que como lo establece el Art. 67 de la Constitución, se atendieran "***las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto***". La razón de esta falta de presupuesto, la entregó el mismo Ejecutivo, en diversas oportunidades en el mismo Congreso Nacional, sosteniendo en forma perentoria que

no habría ningún nuevo gasto del Estado para el funcionamiento del Tratado Minero con Argentina, puesto que incluso para la Comisión Administradora del Tratado no se necesitaría contratar personal, ya que ésta estaría integrada por funcionarios ya existentes de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Minería.

Con el fin de satisfacer la solicitud de Barrick Gold de contar con un puesto aduanero en la cercanía del yacimiento Pascua-Lama, el 18 de noviembre de 2002, más de dos años después de haberse aprobado el Tratado Minero, el Gobierno, a través del Ministerio de Minería, promulgó el decreto supremo N° 116, en el que se asignan varios ítems de ingresos e egresos en el Presupuesto Nacional, para los protocolos específicos de los yacimientos Pascua-Lama y El Pachón. Este decreto tiene la particularidad que **los gastos o egresos son del Estado, pero los ingresos los aportan particulares**. Son las empresas interesadas en estos dos protocolos específicos, las que deben depositar dinero en una cuenta especial del Banco del Estado, abierta con este propósito por el Ministerio de Minería, que ni siquiera es una cuenta del Ministerio de Hacienda o de la Tesorería General de la República, puesto que trataría de dineros que ingresarían a un ítem del Presupuesto Nacional. En suma, con aportes entregados por Barrick Gold, el Estado debe pagar los funcionarios del Estado que fiscalizarán a la misma Barrick Gold, lo que es completamente ilegítimo, porque es como si el funcionario del S.I.I. que fiscaliza una empresa, fuera pagado por la misma empresa que fiscaliza. Este ilegal método que fue públicamente conocido con el "affaire" MOP-GATE.

El DS 116 pretende sustentarse en el art. 11 del Tratado Minero, porque este establece que: "*Cualquier gasto de inversión y operación en que deban incurrir las Partes, sus empresas o instituciones, como consecuencia del desarrollo de un negocio minero, contemplado en el respectivo Protocolo Adicional Específico, deberá ser asumido por el o los inversionistas que emprendan dicho negocio minero*". Pero, en esto se está haciendo un abuso de derecho del artículo 11 del Tratado, puesto que este artículo no autoriza que los gastos del Estado, puedan ser financiado por los inversionistas de algún negocio minero, ya que solo permite que gastos consecuenciales **de un negocio minero**, puedan ser financiados por los inversionistas de dicho negocio minero, pero nada permite deducir que gastos propios de la Administración del Estado, como lo es una aduana o **Carabineros de Chile, que dependen de la defensa y seguridad interna del país puedan ser considerados gastos consecuenciales de un negocio minero**. Si seguimos esta argumentación, Barrick Gold podría financiar a todos los Carabineros y a los funcionarios de la Gobernación de la Provincia del Huasco, o de la Intendencia de Atacama, o de la propia Comisión Administradora del Tratado.

Según informaciones periodísticas argentinas, Barrick ya habría construido un túnel en la frontera chileno-argentina, el que no contaría con la autorización pertinente de las Fuerzas Armadas y de la Dirección de Fronteras y Límites, que deben otorgar dicha autorización por encontrarse el túnel en un lugar considerado de seguridad nacional. Si ello fuera así, el Estado estaría además absteniéndose de **"resguardar la seguridad Nacional"**, como lo establece perentoriamente el inciso tercero del artículo 1º de la Constitución Política de la República.

Finalmente, es necesario tener en consideración, que no es imprescindible que Barrick Gold pueda contar con un puesto aduanero exclusivo para explotar su yacimiento Pascua-Lama, porque:

- 1) Los minerales de Pascua-Lama pueden ser exportados a través de cualquiera de los numerosos puestos aduaneros con que cuenta nuestro país tanto en la Costa como en la Cordillera, pero no puede Barrick Gold pretender **tener el gran y arbitrario privilegio económico y político** de tener su propia y exclusiva aduana chilena en el mismo yacimiento.
- 2) Si en su proyecto originario de explotación, Barrick hubiere considerado necesario contar con un puesto aduanero en el mismo yacimiento, debería haberlo hecho saber a las autoridades chilenas y argentinas, para que se previera el financiamiento de dicha aduana en el mismo tratado o por ley especial.
- 3) Finalmente, si el 80 % del yacimiento Pascua-Lama se encuentra en Chile, Barrick Gold también puede optar hoy o mañana por construir las instalaciones para el procesamiento del mineral en Chile, y así desaparecería completamente

la necesidad de contar con su propia y exclusiva aduana "chilena".

Es entonces, perfectamente factible, desde un punto de vista técnico y económico, explotar Pascua-Lama aunque no pueda contar con una aduana propia.

## **II.- LAS VIOLACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL DS 116**

El DS 116 infringe varias las disposiciones constitucionales y legales:

### **1) Artículo 67 de la Constitución Política del Estado**

El inciso cuarto del artículo 67 de la Constitución establece: "*No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto*".

En el párrafo segundo del Considerando del DS 116 se establece: "Que para una inversión transparente y ajustada al derecho administrativo de los fondos que alguna empresa interesada en ejecutar un proyecto ingrese a arcas fiscales, debe tener reflejo presupuestario y el gasto debe ser efectuado mediante un procedimiento ad-hoc que permita su ajuste a la legislación vigente".

Pero este **reflejo presupuestario had-hoc** del DS 116, transgrede las disposiciones constitucionales sobre el establecimiento del Presupuesto y de los ingresos y egresos del Estado, ya que SOLO EL CONGRESO puede aprobar gastos del Estado. Los egresos del Estado solo pueden ser financiados por ingresos establecidos **por ley**, ya sea en el Presupuesto o por ley permanente, pero no con un simple decreto supremo. No es posible admitir que el Estado pueda crear y administrar un Presupuesto clandestino "con recursos privados" para financiar gastos del Estado, al margen de lo que establece muy explícitamente el artículo 67 de la Constitución Política de la República. La sola violación del art. 67 de la Constitución, ya es motivo suficiente para que S.S. declare la nulidad de derecho público del DS 116.

### **2) Artículo 19 número 22 de la Constitución**

El DS 116 es además discriminatorio y arbitrario, al permitir que se le construya un recinto aduanero y otras instalaciones fiscales para el servicio exclusivo de una sola empresa, a la cual se le crean condiciones especiales para exportar **sólo sus minerales**, y con ello pueda ahorrarse cientos de millones de dólares, al no tener que exportarlos por los puestos aduaneros regulares con que cuenta el Estado. Ello es evidentemente un beneficio discriminatorio y arbitrario, que transgrede el N° 22 del art. 19 de la Constitución que establece: "*La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica*".

En efecto, implementar instalaciones y funcionarios del Estado, en la faena misma de Pascua-Lama, en plena Cordillera, a más de 5.000 mts. de altura, en terrenos de la empresa propietaria del yacimiento, para fiscalizar exclusivamente las exportaciones e importaciones de esta misma empresa, beneficio que no se extiende al resto de las empresas mineras de la provincia del Huasco o de la Región de Atacama, que quedan fuera del DS 116, es una discriminación arbitraria, lo que viola el N° 22 del artículo 19 de la CPR.

La argumentación que prueba esta transgresión de un precepto constitucional, nos lo da el mismo Presidente de la República que promulgó el DS 116, Sr. Ricardo Lagos Escobar, en la contestación que realizó al Tribunal Constitucional, el 20 de septiembre de 2000, al Requerimiento por inconstitucionalidad del Tratado Minero con Argentina, presentado por 13 senadores. Entre otras razones, los senadores también sostenían que el Tratado Minero violaba el N° 22 del artículo 19 de la Constitución, porque levantaba solo para la minería, las restricciones a la accesión a la propiedad existentes en zonas fronterizas, restricciones que se mantenían para todos los otros sectores de la economía nacional. En la contestación al requerimiento, el Presidente de la República, Sr. Ricardo Lagos Escobar, refutó dicha inconstitucionalidad, entre otros argumentos, por los siguientes.

"Ahora bien, el inciso 2º del N° 22 del artículo 19 se desarrolla bajo las siguientes ideas:

- a. Lo primero que cabe puntualizar es que este precepto constitucional permite no sólo el establecimiento de beneficios sino también el de gravámenes...
- b. Enseguida, cabe precisar que la expresión beneficio debe ser entendida

*en un sentido amplio...*

- c. *El precepto exige, para el establecimiento de un beneficio o gravamen, la concurrencia de los siguientes requisitos:*

i. *Que lo establezca una ley. El inciso segundo de la norma en análisis parte diciendo que ‘solo en virtud de una ley’. Ello reafirma el principio de legalidad, es decir, que la creación de un beneficio o gravamen debe ser efecto directo y expreso de la norma legal.*

ii. *Que no discrimine arbitrariamente, es decir, que no haga distingos que impliquen un tratamiento diferenciado, sin justificación. Este requisito es especialmente relevante, pues los beneficios deben favorecer o gravar a grupos determinados (sector, actividad o zona geográfica)...*

iii. *Que el beneficio o gravamen se otorgue a algún sector, actividad o zona geográfica.... Con la expresión ‘sector’, la norma busca que se excepciones del régimen general a una categoría lo suficientemente grande como para comprender en si misma distintas actividades específicas desarrollables en diversas zonas del país. En este sentido, un sector sería la agricultura, la minería, la pesca, etc..*

*Con el término ‘actividad’, la norma acota más el objeto del gravamen. No se trata aquí de beneficiar a la agricultura sino, por ejemplo, a los ‘trigueros’ a los ‘arroceros’.*

*Con la expresión ‘zona geográfica’, se focaliza más el beneficio o el gravamen, pues se le reduce en sus efectos a una determinada porción de territorio. Este puede ser una región, una provincia o una comuna o una agrupación de ellas...El beneficio o gravamen debe abarcar íntegramente a las categorías de personas o de bienes previstos en la ley y no a una parte de ellos. En otros términos, todos los ubicados en cada sector, actividad o zona geográfica deben tributar de igual manera. Dichos factores pueden ser considerados por el legislador separada o conjuntamente”*

Tomando en consideración la argumentación del mismo Ejecutivo: ¿Cuál es el primer requisito que se debe observar para el establecimiento de un beneficio o gravamen a un determinado sector o zona geográfica? **Que lo establezca una ley. La creación de un beneficio o gravamen debe ser efecto directo y expreso de la norma legal.** Y en este caso, el beneficio fue establecido por un simple decreto supremo, y por faltar este solo requisito, el DS 116 queda afecto a la nulidad de derecho público, en virtud de lo señalado por el propio Presidente de la República que promulgó el Tratado Minero y el DS 116. Pero además dicho beneficio no debe ser arbitrario, para lo cual debe cumplir, según el Ejecutivo, los otros dos requisitos: **debe abarcar a todas las personas** de un determinado sector o actividad, en una determinada región, provincia o incluso una comuna, **y no solo a una parte de ellas**, y menos aún, que el beneficio pueda otorgarse solo a una o dos personas, excluyendo a las otras que se encuentren en las mismas condiciones. El DS 116, no cumple estos requisitos, porque no otorga beneficios a todas las empresas mineras de la provincia del Huasco, sino que a una sola de ellas, lo que es arbitrario, y es una segunda razón de violación del N° 22 del artículo 19 de la CPR.

*El Tribunal Constitucional, tomando en consideración la argumentación del Presidente de la República, rechazó que el Tratado Minero transgrediera el N° 22 del artículo 19 de la CPR, pero declaró en los considerandos 36 y 37:*

*“36°. Que sobre el particular, debe tenerse presente que la garantía establecida en el N° 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental, no es sino una singularización del principio de la igualdad ante la ley reconocido en el N° 2 del mismo artículo; y que este Tribunal ha estimado que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que estén en situaciones diferentes (Roles N°s 5, de 26 de noviembre de 1981, y 203, de 6 de diciembre de 1994, respectivamente).*

*Por consiguiente, de acuerdo con esta conceptualización de la igualdad jurídica, es perfectamente explicable que determinados sectores económicos e incluso mineros o zonas geográficas, por estar en otras situaciones o circunstancias,*

*queden al margen de los beneficios que contemplan las cláusulas del Tratado;*

*37° Que admitido que la igualdad jurídica no es absoluta, lo que el Constituyente rechaza son las discriminaciones arbitrarias, y que, para que este Tribunal, no son otras que las diferencias irrationales, productos de capricho y contrarias al bien común (Rol N° 203)"*

Es decir, la Constitución admite que determinados sectores o zonas geográficas tengan gravámenes o se le acuerden beneficios, pero **lo que no admite la Constitución es que esos beneficios sean arbitrarios, y se acuerden solo a determinadas empresas y se excluya a las demás que se encuentren en las mismas circunstancias**, que es lo que hace precisamente el DS 116, que además, no puede hacerlo por ser un simple decreto. Solo el legislador puede otorgar beneficios sectoriales, y por ello el DS 116 infringe el N° 22 del artículo 19 de la CPR.

### **3) Artículo 19 número 20 de la Constitución**

Aún en el caso que por oportunidad o conveniencia económica, se pudiera admitir que privados aporten dinero al Presupuesto Nacional, para que el Estado pueda construir edificios fiscales y pagar funcionarios, de todas maneras el DS 116 transgrede otras disposiciones constitucionales, como la del N° 20 del art. 19 de la Constitución que establece: "*Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado*".

Esto quiere decir, que todos los ingresos del Presupuesto, incluso los dineros que Barrick Gold deposite en una cuenta especial del Ministerio de Minería, no pueden ser destinados para pagar exclusivamente los gastos en que incurra el Estado en Pascua-Lama, puesto que **los ingresos del Presupuesto**, por disposición constitucional, no pueden ser asignados a un destino determinado, como tampoco es posible asignar la recaudación del IVA en la Tercera Región al financiamiento de la Aduana particular de Pascua Lama. En consecuencia, el DS 116, infringe el N° 20 del artículo 19 de la CPR, por afectar a un destino determinado y exclusivo un ingreso del Presupuesto Nacional.

### **4) Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional**

El DS 116 viola también la Ley Orgánica Constitucional 18.918 del Congreso Nacional, que en su artículo 14 establece: "*Los fundamentos de los proyectos deberán acompañarse en el mismo documento en que se presenten, conjuntamente con los antecedentes que expliquen los gastos que pudiere importar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos que la iniciativa demande y la estimación de su posible monto*". Y el inciso segundo del art. 17 que establece: "*Sin embargo, cada Cámara deberá tener una comisión de hacienda, encargada de informar los proyectos en lo relativo a su incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas. En todo caso, la comisión de hacienda deberá indicar en su informe la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que signifique el respectivo proyecto, y la incidencia de sus normas sobre la economía del país*."

Todo proyecto de ley que irroge gastos del Estado, debe obligatoriamente indicar la estimación de su posible monto y la fuente de los recursos para financiarla. La Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, obliga además a pasar por las Comisiones de Hacienda de ambas cámaras, todo proyecto de ley que contemple gastos y debe a la vez indicar la fuente de los recursos para financiarlo. El Tratado Minero, no pasó por las comisiones de hacienda de ambas cámaras, porque **el Ejecutivo, en su mensaje, y en el trabajo de las comisiones especiales que lo tramitaron, siempre sostuvo que el Tratado Minero no demandaría gastos del Estado**, y en consecuencia, no era necesario contemplar la fuente de los recursos para financiarla. En el Informe de la Comisión Unida de Relaciones Exteriores y de Minería y Energía del Senado, para la tramitación del Tratado Minero, se puede leer (fotocopia que se acompaña en el primer otrosí (Pag. 124), que la Subdirección de Presupuesto sostuvo: "**Por lo expresado, subraya, este Tratado Marco no irroga un mayor gasto fiscal**".

No puede ahora el Ejecutivo, aducir que habrán gastos del Estado, que no se contemplaron al tramitarse el Tratado Minero en el Congreso, y como no se previeron

dichos gastos en una ley, ahora se financien mediante un simple decreto, el 116 de Minería, para que las mismas empresas interesadas financien los gastos del Estado. Es evidente entonces, que el DS 116 transgrede también las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

### 5) Artículo 11 del Tratado Minero

Finalmente, se transgrede incluso el artículo 11 del Tratado Minero, que es precisamente el artículo que le da sustentación legal al DS 116, puesto que los gastos consecuenciales de un negocio minero, a que alude este artículo, no se refieren a que **los salarios de funcionarios del Estado** puedan ser pagados por inversionistas extranjeros. Esto se desprende no solo del tener literal de dicho artículo 11, sino que de su historia fidedigna, como queda de manifiesto en una respuesta del Sr. Heraldo Muñoz Valenzuela, Ministro de Relaciones Exteriores Subrogante, al contestar varias interrogantes del Senado sobre el Tratado Minero, fotocopia que se acompaña en el primer otrosí.

En el punto 5.- de su respuesta el Ministro Sr. Muñoz sostuvo:

*"La disposición cuyo título es 'Inversiones y Gastos Consecuenciales' (Artículo 11) se refiere, como lo señala su texto, a aquellos gastos que deben ser realizados en materia de inversiones u operaciones directamente vinculados con el desarrollo de un negocio minero, como sería la infraestructura que solo sirviera al proyecto o las instalaciones de control fronterizo de la misma naturaleza. En estas materias, la tendencia en nuestro país, favorece precisamente formas de asociación entre el Estado y el sector empresarial, en materia de desarrollo y mantenimiento de dicha infraestructura. En este caso, el inversionista minero se entenderá con los Estados Partes, y no con las entidades o servicios individualmente considerados."*

*Por otra parte, del Tratado no se desprende que la Comisión Administradora y sus miembros, serían financiados por los inversionistas. Ninguna parte del Tratado permite alcanzar tal conclusión, de manera que los costos de su funcionamiento, los salarios y los eventuales viáticos, entre otros costos que significará su operación, serán de cargo de las Partes".*

El Ejecutivo sostuvo entonces, en la persona del Ministro de Relaciones Exteriores, que **ninguna parte** del Tratado permite deducir que los inversionistas privados puedan financiar los salarios o viáticos de los funcionarios públicos de la Comisión Administradora, menos aún es admisible que puedan financiar los salarios de funcionarios de otras reparticiones del Estado. Sin embargo, el DS 116, en su **punto 1.a.** prevé que con dineros del inversionista se financie los Gastos de Administración y Control, viáticos, pasajes de la Dirección Nacional de Aduanas, Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile y Servicio Agrícola y Ganadero, **lo que transgrede la letra y la historia fidedigna del artículo 11 del Tratado Minero.**

Queda entonces claro, que la historia fidedigna del artículo 11 del Tratado Minero, no permite deducir que inversionistas privados puedan financiar funcionarios públicos, sobretodo cuando la misión de esos funcionarios es fiscalizar a dichos inversionistas. Esto no tan solo es inconstitucional e ilegal, sino que está reñido con las más elementales normas de la ética, y constituye además un ilícito penal, que un funcionario reciba dinero de un particular al cual debe fiscalizar.

El artículo 11 del Tratado Minero, contempla como gastos consecuenciales de los Estados Partes en un negocio minero, solo aquellos gastos que se refieren a operaciones de infraestructura vial que permitan la explotación de un determinado negocio minero. Pero como a la vez, estos caminos pueden ser públicos, lo que es responsabilidad del Estado, es factible que estos "gastos consecuenciales" de un negocio minero, puedan ser financiados por los inversionistas interesados en ese negocio minero, pero el pago de funcionarios del Estado por parte de empresas privadas, desde cualquier ángulo que se les analice, no puede ser considerado como gastos consecuenciales de un negocio minero.

Este tipo de aportes de mineras privadas, ya se ha dado con otras empresas mineras. Por ejemplo, al año siguiente de firmarse el Tratado Minero, en septiembre de 1998, se firmó un convenio entre la Dirección de Vialidad y Minera Los Pelambres, para pavimentar el camino público entre Chillepin y Los Portones, camino que sirve tanto al yacimiento Los Pelambres como a los habitantes de localidades

cercanas, pero nunca ha existido un acuerdo que permita que una minera extranjera pueda pagar los sueldos de los carabineros que sirven en los retenes cercanos a los yacimientos mineros o a otros funcionarios del Estado.

Por lo tanto, es un abuso del derecho, basarse en el art. 11 del Tratado Minero con Argentina, para autorizar con el DS 116, que una empresa financie las remuneraciones y viáticos de funcionarios del Estado, sobretodo si dichos funcionarios tienen como misión fiscalizar a dicha empresa.

### III.- LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO

Todos los tratadistas de derecho constitucional y administrativo, concluyen que la nulidad de derecho público del art. 7 de la Constitución, **opera de pleno derecho y debe ser declarada de oficio por el Juez que toma conocimiento de ella**, y que la acción ante los tribunales, es el vehículo normal para que dicha nulidad opere. Particular importancia sobre la nulidad de derecho público le asiste el profesor Eduardo Soto Kloss, que en su libro Derecho Administrativo, en la página 183, sostiene que: "*No debe olvidarse que la Carta Fundamental (art. 6º) obliga a todo órgano del Estado a someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y el órgano -en ese caso, administrativo- que actúe v. gr.. dictando un decreto o una resolución, una ordenanza, circular o instrucción, contraviniendo sea la investidura regular, la competencia o la forma (procedimiento) que la Constitución o la ley prescriba, incurre por este mismo hecho en el vicio de nulidad del acto, nulidad que la propia Carta se encarga lapidariamente de declarar ("es nulo") y AB INITIO, esto es, desde su misma expresión formal (como decreto, resolución, circular, etc.), carece de calidad de acto válido e incluso de la calidad de acto jurídico, siendo en puridad una simple vía de hecho desde su nacimiento. Como tal, entonces, no obliga ni puede jamás obligar, no vincula a nadie ni menos puede exigirse su cumplimiento.*"

Esta doctrina es confirmada por la jurisprudencia de la Excmo. Corte Suprema, como aparece en la página 14 del libro LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO del profesor de Derecho Administrativo don Jorge Reyes Riveros, respecto de la sentencia de la Ilustrísima Corte Suprema, en el juicio "Bellolio con Distribuidora Chilectra Metropolitana S.A." del 24 de marzo de 1998, que establece: "*En base a estas normas la doctrina nacional ha elaborado la teoría de la nulidad de derecho público, que se puede producir por desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de la ley y vicios de forma del acto administrativo impugnado. Esta nulidad presenta las siguientes características básicas: es retroactiva, insanable o imprescriptible, no puede convalidarse y produce consecuencias erga omnes, con efectos reflejos, porque acarrea la ineeficacia de todos los actos posteriores y consecuenciales del que se estima nulo y, por último, debe declararse de oficio por los tribunales, para mantener la vigencia del orden jurídico establecido*".

Esto quiere decir que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema, como los tratadistas de Derecho Constitucional y Administrativo, han establecido que la nulidad de derecho público es insanable y **debe declararse de oficio por los Tribunales**, por lo que resulta irrelevante si el demandante tiene o no legitimidad para impetrar dicha nulidad, puesto que igualmente ella debe declararse de oficio, si el Tribunal comprueba que el acto administrativo impugnado está viciado. Al sostener que **la nulidad de derecho público debe declararse de oficio por los tribunales**, la jurisprudencia y la doctrina no hacen sino aplicar el espíritu y la letra de la historia fidedigna del artículo 7º de la Constitución Política del Estado, puesto que en las Actas Oficiales de la sesión N° 51 del 4 de julio de 1974, en la página 17 se puede leer lo siguiente:

*"Finalmente, la indicación propuesta por don Enrique Evans reproduce la primera parte del artículo 4º de la actual Constitución con agregado final: "ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y así podría declararlo cualquier Tribunal ordinario de Justicia, de oficio o a petición de parte, dentro de ... días inmediatamente siguientes a la fecha del acto de que se trate."*

*En seguida, el señor Presidente señala que en su opinión hay dos conceptos en cierto modo distintos que se agregan al texto del artículo: primero, el de la responsabilidad civil, administrativo o penal y, segundo, el de que la nulidad puede ser declarada por un tribunal ordinario de justicia. Esto último reviste cierta importancia y proyecciones, porque el día de mañana puede sostenerse que para esta nulidad opere, es menester declararla. Cree que no es ésa la intención del autor, pues en muchos casos va a ser una nulidad de pleno derecho la que opere y no podrá exigirse que se recurra a los tribunales para que sea declarada".*

Esto quiere decir que, la historia fidedigna de los artículos 6° y 7° de la Constitución, nos confirma que los constituyentes no tan solo previeron que la nulidad de derecho público debe ser declarada de oficio por los tribunales, sino que además, al operar de pleno derecho, la nulidad debía operar aunque no se recurra a un tribunal para que la declare. Ante estas disposiciones tan claras de los constituyentes, respecto a que la nulidad de derecho público opera de pleno derecho y que debe ser declarada de oficio por los tribunales, la labor fundamental de un tribunal, ante una acción de nulidad de derecho público, es determinar si existe o no violación constitucional o legal, ya que si dicha violación es confirmada, por mandato constitucional, **el tribunal está obligado a declarar la nulidad de derecho público de cualquier acto administrativo viciado sobre el que ha tomado conocimiento, como es el caso de la presente demanda.**

En virtud de estas disposiciones constitucionales y legales, de su historia fidedigna, de la jurisprudencia de los Tribunales, y de la doctrina, la nulidad de derecho público del DS 116 debe ser declarada por S.S., porque consta que en su promulgación, se han violado diversas disposiciones constitucionales y legales.

#### **POR TANTO,**

**A S.S. RUEGO** se sirva tener por interpuesta demanda ordinaria de nulidad de derecho público de conformidad a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, en contra del Fisco de Chile, acogerla a tramitación, y, en definitiva declarar:

1.- La nulidad de derecho público del Decreto Supremo 116 de Minería de 2003.

2.- Que el demandado sea condenado al pago de las costas de la causa.

**PRIMER OTROSI: RUEGO A S.S.** tener por acompañados, con citación y bajo apercibimiento del art. 342 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, los siguientes documentos:

- Copia del Decreto Supremo 116 de Minería, publicado el 9 de enero de 2003.
- Copias de páginas citadas del tratado de Derecho Administrativo de don Enrique Silva Cimma.
- Copia artículo de la Gaceta Jurídica del profesor Gustavo Fiamma Olivares, titulado "La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo".
- Copia de páginas citadas del libro del profesor Eduardo Soto Kloss.
- Copia del Requerimiento por Inconstitucionalidad del Tratado Minero, presentado por 13 senadores el 28 de agosto de 2000.
- Copia del Dictamen del E. Tribunal Constitucional, al requerimiento anterior, de 2 de octubre de 2000
- Copia de la pag. 124 del Informe de la Comisión Mixta del Senado que estudió el Tratado Minero.
- Respuesta del Ministro de Relaciones Exteriores a preguntas del Senado.

**SEGUNDO OTROSI: Ruego a S.S.** tener presente que:

**1)** El Tratado Minero, fue tramitado y aprobado como ley ordinaria, siendo que debió ser tramitado como ley orgánica constitucional, en virtud del inciso 7 del N° 24 del art. N° 19 de la Constitución Política del Estado, toda ley que modifique el régimen de propiedad minera debe tener el rango de **Ley Orgánica Constitucional**, hecho sobre el cuál existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional, jurisprudencia que es tan fundamental, que incluso la Reforma Constitucional de 2005, estableció la obligación del Tribunal Constitucional de controlar la constitucionalidad de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, si dichos tratados contienen modificaciones a alguna ley orgánica constitucional.

En la tramitación del Tratado Minero, en el mismo Congreso Nacional, se presentaron diversos informes que advertían que se podrían presentar algunos problemas de ejecución del tratado, como la que presentó el Instituto Libertad y Desarrollo, que advirtió lo siguiente: “*Por ello sus disposiciones deberán ser aprobadas con el rango orgánico constitucional de 4/7 de diputados y senadores en ejercicio y remitido al Tribunal Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 82, N° 1, que dispone que la aprobación de los tratados internacionales seguirá los mismos trámites de una ley. Si no se cumpliera cabalmente con la normativa constitucional aludida, se podría presentar a futuro algún problema en la interpretación o ejecución del tratado, y alguna parte interesada podría alegar que no rige por insuficiencia del procedimiento legislativo, que se apartaría del que ordena la Constitución*”.

El abogado Ramón Jara, Vicepresidente Legal de Minera Anaconda, propietaria de Minera Los Pelambres, también advirtió: “*Estimamos que falta un camino por recorrer, para asegurar, por una parte, un indiscutible beneficio para el país en el camino de su desarrollo y, por otra, no dar espacio para que en el tiempo se generen discusiones o impugnaciones al Tratado que pudieren haberse solucionado desde el comienzo. Aún estamos a tiempo de evitar un error que haga abortar esta valiosa y aspirada iniciativa*”.

Tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, diversos parlamentarios y especialistas invitados a sus diferentes comisiones, manifestaron que el tratado debía ser tratado como ley orgánica constitucional.

2) El Dictamen del E. Tribunal Constitucional, respecto al Requerimiento por Inconstitucionalidad en el Fondo y en la Forma del Tratado Minero, presentado por 13 senadores, también llegó a la conclusión que este Tratado debió ser tratado como ley orgánica constitucional, y aunque el mismo tribunal estableció que dicho trámite quedaba salvado porque el Tratado, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, había sido aprobado como un quórum superior al que se requiere para una ley orgánica constitucional. Sin embargo, si analizamos bien el dictamen, se puede constatar, que **no se reunió el quórum necesario para rechazar la inconstitucionalidad en la forma**, como se deduce de la parte final del dictamen que establece:

*“La Presidente subrogante Ministro señora Luz Bulnes Aldunate y el Ministro señor Servando Jordán López, concurren al fallo, compartiendo la resolución y sus considerandos, pero hacen presente íntegramente la prevención contenida en el Rol N° 309, que se pronunció sobre un requerimiento de inconstitucionalidad por 31 señores diputados al Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo.*

*En su parte medular la prevención mencionada señaló que si un tratado contiene normas propias de ley orgánica constitucional, debe someterse al control preventivo y obligatorio de constitucionalidad por este Tribunal, al igual que los proyectos de ley orgánica constitucional.*

*De la sentencia de autos, aparece con claridad que los artículos a que se refiere el considerando 25° de esta sentencia, que recaen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, y siguiendo la tesis sostenida por los autores en los considerandos 1° al 9° de la prevención contenida en el Rol N° 309, deberían ser enviados para su control preventivo y obligatorio de constitucionalidad a este Tribunal por la Cámara de Origen.*

*Acordada con el voto en contra del Ministro señor Mario Verdugo Marinkovic, quien estuvo por declarar la inconstitucionalidad del Tratado sólo en cuanto que las disposiciones que modifican normas propias de ley orgánica constitucional, por no participar de los considerandos 5°, 6° y 7° del presente fallo”.*

Queda en evidencia entonces que, **3 de los 5 ministros que concurrieron al fallo**, sostuvieron que el Tratado debió haber sido enviado por la Cámara de Origen a un control obligatorio de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, trámite que no se cumplió. Por esta razón, **si tres de cinco Ministros del Tribunal**, es decir la mayoría absoluta, consideran que este trámite constitucional obligatorio no se efectuó, de ello resulta lógico deducir que una minoría de sólo dos de los cinco Ministros que concurrieron al fallo, rechazaron el requerimiento sobre la **inconstitucionalidad en la forma del Tratado Minero**.

Ahora, si bien respecto de la inconstitucionalidad en el fondo del Tratado Minero se contó con el voto favorable de los 5 ministros que concurrieron al fallo, pero en lo que concierne la inconstitucionalidad en la forma, consta que 3 de 5 Ministros declararon que el Tratado debió ser enviado previamente al control de constitucionalidad, y en función de la votación observada en el Excmo. Tribunal Constitucional, el Tratado Minero debió ser considerado inconstitucional en la forma.

A S.S. Ruego tenerlo presente.

**TERCER OTROSI: Ruego a S.S.** se sirva tener presente que otorgamos patrocinio y poder en la presente acción al abogado don Arturo Barrios Arriagada, patente al día, domiciliado en San Martín 473 of. 113, comuna de Santiago, y al habilitado de derecho José Julián Alcayaga Olivares, del mismo domicilio.