



**UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE GRADUADOS
FACULTAD DE DERECHO**

La Discrecionalidad Administrativa en el Contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado académico de
Magíster en Derecho Ambiental

Alumno: Felipe Astaburuaga Chales de Beaulieu

Profesor Guía: Mario Galindo Villarroel

Santiago, Chile

2009-2010

INDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPITULO I	
NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO PÚBLICO CHILENO.....	6
1 DERECHO Y MEDIO AMBIENTE	6
1.1 Reconocimiento Constitucional del Derecho a Vivir en un Ambiente Libre de Contaminación.	6
1.2 La Constitución Chilena y el Medio Ambiente.....	8
1.3 Administración del Estado y Derechos Fundamentales.....	15
2 ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL	19
2.1 Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental	21
2.1.1 <i>Concepto y Alcances del SEIA</i>	22
2.1.2 <i>Nociones Básicas del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental</i>	25
2.1.3 <i>Facultades de CONAMA en el Contexto del SEIA</i>	28
2.1.4 <i>La Resolución de Calificación Ambiental.</i>	33
2.1.4.1 <i>Concepto y Características de la Resolución de Calificación Ambiental</i>	33
2.1.4.2 <i>Contenido de la Resolución de Calificación Ambiental</i>	35
2.1.4.3 <i>Naturaleza Jurídica de la RCA</i>	37
CAPITULO II	
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA ANTE LA DOCTRINA	43
3 PODERES JURIDICOS DE LA ADMINISTRACION	43
3.1 La Potestad Discrecional	51
3.1.1 <i>El Control de la Discrecionalidad Administrativa</i>	58
3.1.1.1 <i>Extensión de la Facultad de Revisión</i>	60
3.1.2 <i>La Discrecionalidad Técnica</i>	69
CAPITULO III	
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SEIA	72

4 LO REGLADO Y LO DISCRECIONAL EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. UN DISTINGO NECESARIO.....	72
4.1 Instructivo sobre Fundamentación de Informes Sectoriales, Acuerdos y RCA.....	75
4.2 Instructivo Sobre Condiciones y Exigencias Respecto de DIAs	78
4.3 La Ilegalidad en el SEIA	81
4.3.1 El Examen de Admisibilidad en el SEIA o acerca del Control Formal	84
4.3.2 La Tramitación de Proyectos o Actividades en el SEIA. Más que Discrecionalidad, Arbitrariedad.	90
4.3.2.1 <i>Imposición de exigencias o condiciones emanadas de documentación técnica sin validez legal</i>	<i>94</i>
4.3.2.2 <i>Emisión de informes sobre tópicos ambientales por organismos que cuentan con la debida competencia y que actúan arbitrariamente</i>	<i>100</i>
4.3.2.3 <i>Exigencia de obtención de permisos sectoriales no ambientales como prerequisite para la dictación de la correspondiente RCA</i>	<i>103</i>
4.4 Las Potestades Decisorias. Una Aproximación a las Facultades Discrecionales en el SEIA.....	107
4.4.1 La Suficiencia o Adecuación de las Medidas de Mitigación, Compensación y Reparación Contenidas en un EIA.....	109
4.4.2 La Falta de Información Relevante y Esencial en el SEIA.....	128
4.4.2.1 <i>Análisis de casos relevantes presentados en el SEIA.....</i>	<i>140</i>
4.5 Análisis de las Modificaciones Introducidas por la Ley N° 20.417.....	165
4.5.1 El Informe Consolidado de Evaluación. Trámite Esencial en el Procedimiento de Evaluación Ambiental.	166
4.5.2 Las Condiciones o Exigencias Ambientales Contenidas en la RCA. Nuevos Requisitos para su Fundamentación.....	170
4.5.3 La Información Relevante y Esencial. Limitaciones a su Procedencia.	174
CONCLUSIONES	180
ABREVIATURAS.....	183
BIBLIOGRAFIA	184

RESUMEN

La presente Actividad Formativa Equivalente a Tesis, tiene por objetivo contribuir al proceso de discusión existente en la práctica legal y en círculos académicos, respecto de la procedencia de la discrecionalidad administrativa en relación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

En este orden de ideas, pretende identificar que potestades tiene el Servicio de Evaluación Ambiental (ex-CONAMA), en el contexto de dicho procedimiento administrativo; cual es su naturaleza jurídica y si la figura de discrecionalidad administrativa se hace presente en el mismo y bajo que modalidades.

Para tales efectos, se ha desarrollado un análisis doctrinario, respecto del concepto y alcances de la discrecionalidad administrativa, para posteriormente, y a través del análisis de diversos casos presentados en el contexto del SEIA, justificar o rechazar su presencia o configuración legal.

De dicho examen, es posible concluir que:

- El ordenamiento jurídico, le ha entregado a la Administración Ambiental, facultades genéricas o amplias y/o potestades discrecionales.
- Todo acto administrativo, independientemente de la potestad que le sirve de fuente a los mismos (reglada o discrecional), deben respetar límites jurídicos precisos.
- El SEIA constituye un procedimiento administrativo, que si bien es susceptible de mejorar en muchos aspectos, funciona correctamente.

INTRODUCCIÓN

Teniendo presente que el principal instrumento de gestión ambiental vigente en nuestro país lo constituye el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, SEIA, el cual ya cuenta con más de una década de vigencia, se hace necesario analizar si el ejercicio de las facultades legales otorgadas a los organismos ambientales en el contexto de dicho procedimiento administrativo, se encuentran debidamente encausadas dentro del ámbito del derecho público chileno.

Para tales efectos, se procederá a determinar el sentido y alcance que tiene el concepto de discrecionalidad administrativa en nuestro derecho, teniendo en vista para ello, los principios y teorías desarrollados por el Derecho Administrativo chileno, sin perjuicio de realizar una breve referencia a lo señalado al respecto por la doctrina española. Lo anterior, en razón de que dichas potestades, tienen una especial significancia en materia de derecho ambiental, puesto que el objeto mismo de regulación de aquella, el medio ambiente y la constante interacción entre sus diversos componentes, resulta ser del todo compleja y cambiante, por lo que el legislador en determinadas ocasiones, especialmente respecto de la evaluación ambiental de Estudios de Impacto Ambiental, ha optado sabiamente por entregar a la propia Administración la decisión de optar por una de entre variadas alternativas que puedan adoptarse en una situación o escenario específico; elección que realizará el organismo titular de la referida potestad, conforme a sus propios criterios soberanos. Asimismo, en dicha rama del derecho se utilizan conceptos jurídicos indeterminados, o que si bien han sido definidos legalmente, tienen un ámbito bastante genérico, no obstante, y como se explicará en su oportunidad, tratándose de esta última técnica legal, y a diferencia de las potestades discrecionales, sólo existirá una única solución justa posible.

Siguiendo esta óptica de análisis, se pretende identificar cuales son las facultades legales que tiene la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), o la Dirección Ejecutiva de dicha institución, en su caso, para evaluar los proyectos o actividades que son sometidos al SEIA, estableciendo al efecto los alcances o límites que tiene dicho organismo en el ejercicio de dichas potestades. Máxima importancia adquiere dentro de esta perspectiva, identificar cuales son las causales legales previstas en nuestro ordenamiento jurídico para aprobar o rechazar los proyectos o actividades sometidos al SEIA, al mismo tiempo de evaluar la posibilidad de modificar Resoluciones de Calificación Ambiental aprobatorias de proyectos o actividades, de acuerdo a los criterios establecidos por la Contraloría General de la República de Chile.

También se analizará la participación de los organismos con competencia ambiental en los procesos de evaluación ambiental de proyectos o actividades, teniendo en vista para ello los Instructivos para la Adecuada Fundamentación de los Informes Sectoriales, de los Acuerdos y de las Resoluciones de Calificación Ambiental Adoptados en el Contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y sobre Condiciones y Exigencias contenidas en una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), dictado recientemente por la Dirección ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

En este contexto, en el capítulo primero, se realizará una breve referencia a las bases de nuestro derecho público, analizando en lo pertinente las normas constitucionales que tienen directa incidencia en materia ambiental, así como una descripción genérica de la organización y funcionamiento de la Administración del Estado, focalizándose básicamente en la Administración Ambiental, CONAMA, en el procedimiento del SEIA y, por último, en el análisis de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

En el capítulo segundo, se analiza el concepto de discrecionalidad administrativa, enfocándonos en su evolución, su cabida en el derecho chileno y la posibilidad de

revisión de actos administrativos amparados en dicha facultad, todo aquello desde una dimensión teórica.

Por último, en el capítulo tercero, se analiza la relación que existe o pudiese existir entre la discrecionalidad administrativa y el funcionamiento del SEIA, analizándose para ello diversos aspectos críticos que suelen presentarse a instancia de dicho procedimiento administrativo, definiendo si las mismas se encuentran amparadas en una potestad discrecional de la Administración, o en su defecto, corresponden a escenarios en donde se presenta la figura de la ilegalidad o de la arbitrariedad, en su caso.

Todo lo expuesto, a la luz del marco teórico que inspira la elaboración de una actividad formativa equivalente a tesis, AFET, puesto que el presente trabajo no está encaminado a crear conocimiento nuevo o a plantear una doctrina novedosa, sino más bien, a mostrar una fotografía de la actual realidad ambiental, contrastando el marco teórico existente (sistema legal ambiental vigente en Chile) con su respectiva aplicabilidad a casos concretos, y producto de aquello, sacar una conclusión respecto de la coherencia entre ambos elementos.

Por último, teniendo presente los objetivos de la presente Actividad Formativa, a los que hemos hecho referencia en los párrafos precedentes, no podemos omitir hacer mención a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417, de fecha 26 de enero de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, sobre la Ley N° 19.300/94, de Bases Generales del Medio Ambiente, la que si bien en lo sustancial introduce importantes reformas al plano institucional ambiental de nuestro país, tiene asimismo el mérito de incorporar una serie de modificaciones capitales en diversas materias que serán tratadas en nuestro trabajo, por lo que incorporaremos en un numeral específico del capítulo tercero, el análisis de aquellas disposiciones que a nuestro entender están asociadas a limitar el margen de decisión de la autoridad ambiental, como son el nuevo

tratamiento asignado al Informe Consolidado de Evaluación (ICE) y a las condiciones o exigencias ambientales contenidas en la RCA, así como las nuevas limitaciones establecidas respecto de la procedencia de la figura de carencia de Información Relevante y Esencial (IRE).

CAPITULO I

NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO PÚBLICO CHILENO

1 DERECHO Y MEDIO AMBIENTE

1.1 Reconocimiento Constitucional del Derecho a Vivir en un Ambiente Libre de Contaminación.

La creciente valoración del medio ambiente en el mundo contemporáneo no podía serle indiferente al derecho, es así como en nuestra legislación a partir de la Constitución Política de la República (CPR) de 1980, se consagra por primera vez como garantía constitucional, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en su artículo 19 N° 8, en los términos que más adelante explicaremos.

“La aparición de este nuevo derecho, puede deberse a diferentes motivos, a saber, puede responder a una reacción contra una situación anterior de desprotección e incluso de negación de ese mismo bien en la legislación, menoscabo que se quiere evitar nuevamente en el futuro mediante el reconocimiento supralegal del derecho; también significa el reconocimiento de la gravedad de un problema que antes no existía y que se quiere enfrentar con un fundamento jurídico mas sólido, como fue el caso de los derechos sociales tras la primera guerra mundial y no falta tampoco el

mimetismo o copia de soluciones ya adoptadas en otros países cuyas constituciones, si tienen prestigio, sirven entonces de modelo a otras.¹

Sin lugar a dudas una o más de estas situaciones han sido el fundamento del surgimiento generalizado de constituciones que amparan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, en más de un lugar ha existido una desprotección del medio ambiente, o al menos de alguno de sus componentes; la gravedad de los problemas de contaminación ha llevado a una mayor toma de conciencia de los mismos y también puede haber operado la inspiración de las nuevas constituciones en textos extranjeros. Ahora bien, en estas declaraciones encontramos a veces verdaderos derechos públicos subjetivos en materia ambiental, sin embargo en otros, no pasa de ser una aspiración especialmente valorada, en la línea de los derechos sociales”².

En otras legislaciones, como ocurre con la Constitución Española de 1978, *“el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se presenta como un verdadero derecho público subjetivo, ya que toda persona natural, tiene la facultad de desarrollar su existencia en un entorno no contaminado, y de ahí la obligación que pesa erga omnes sobre los órganos del Estado (persona jurídica de cualquier tipo y*

¹ Raúl Bertelsen Repetto, “El recurso de protección y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia.”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 25 N° 1, año 1998.

² En efecto, numerosas constituciones establecen el deber del estado de velar por un medio ambiente adecuado como técnica legal genérica para establecer la referida garantía. Dentro de esta línea destaca la Constitución Panameña de 1972 (la primera en consagrarlo a nivel latinoamericano), la que establece como deber fundamental del Estado, velar por la conservación de las condiciones ecológicas, previniendo la contaminación del ambiente y el desequilibrio de los ecosistemas en armonía con el desarrollo económico y social del país. En la misma tendencia se enmarca la Constitución de Cuba (1976), Perú (1979) y Honduras (1982), todos ejemplos citados por Enrique Navarro Beltrán, “Recurso de Protección y Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación, Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, año 1993.

persona natural), es no contaminar, esto es abstenerse – obligación de no hacer – de conductas que degraden el ambiente. Tal derecho, es un derecho susceptible de tutela o protección jurisdiccional a través de las acciones cautelares contempladas en el ordenamiento constitucional, puesto que está en manos de los tribunales competentes apreciar que comportamientos son lesivos al derecho y disponer su eliminación”³.

Dentro de esta última tendencia se enmarca la Carta Magna de nuestro país, puesto que la garantía relativa al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se encuentra amparada por el recurso de protección en los siguientes términos, a saber: *“Procederá, también, el recurso de protección .., cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”⁴.*

1.2 La Constitución Chilena y el Medio Ambiente

Como señalamos anteriormente, la consagración en la CPR de 1980 del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues no se encuentran referencias explícitas a dicho derecho en los textos constitucionales anteriores.

En nuestro país el derecho en cuestión se encuentra regulado en el Capítulo Tercero de la CPR, cuyo epígrafe reza *“De los Deberes y Derechos Constitucionales”*, específicamente en el artículo 19 N° 8 que señala textualmente lo siguiente:

³ Ídem N° 1.

⁴ Esta es la configuración actual del recurso de protección a partir de la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 de 26 de agosto de 2005, en virtud de la cual, se extendió el amparo de la referida acción a las “omisiones”, eliminándose asimismo la variable de “arbitrariedad” para su procedencia.

“Art.19. *La Constitución asegura a todas las personas:*

Nº 8. ***El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.***

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”

Si bien la norma anteriormente transcrita es la más importante en lo que se refiere al medioambiente, debe necesariamente complementarse con lo señalado en el artículo 19, numeral 24, inciso 2º de la CPR, referido al derecho de propiedad, que dispone en lo pertinente lo siguiente: “*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. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*” De acuerdo a lo señalado por dicha norma, el derecho de propiedad en Chile, reconoce como una gran limitación la función social que puede derivar de ella y, de acuerdo a lo señalado por la CPR “*la conservación del patrimonio ambiental*” es una de las manifestaciones de dicha función social.

Por último es necesario tener presente que de acuerdo a la CPR, las leyes que limiten o restrinjan determinados derechos o libertades en aras del medio ambiente (19 Nº 8, inciso 2º), “*no podrán afectar tales derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*” (artículo 19 Nº 26)⁵.

⁵ El citado artículo establece el denominado Principio de Esencialidad.

Del tenor literal de la garantía constitucional del artículo 19 N° 8, se desprende que el objeto de regulación de la misma no es el medio ambiente en si mismo, si no que **el derecho a vivir en él**. En efecto, y como bien señala Jorge Bermúdez Soto⁶, el derecho en cuestión *“tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son las mujeres y hombres (todas las personas dice el artículo 19 en su encabezamiento), son sólo éstos los titulares del derecho”*.

Continua señalando el referido tratadista, que *“consecuentemente, las posibilidades de amparo judicial de este derecho requieren como presupuesto que exista una afectación en el derecho de una persona natural, no estando legitimados para recurrir quienes no tienen el derecho, por ejemplo las personas jurídicas, que como tales podrían tener por finalidad la protección del medio ambiente, pero dado que éstas no son titulares del derecho, no podrían esgrimir un derecho subjetivo al medio ambiente libre de contaminación”*. En otros términos, insiste, *“no procederá la invocación del derecho en forma desvinculada de las personas. Esto es, el derecho no alcanza a la protección de la naturaleza, en cuanto a bien jurídico en si mismo tutelado. Dicho bien jurídico, si bien de acuerdo con el citado artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República corresponde al Estado resguardar (Es deber del Estado...tutelar la preservación de la naturaleza), será objeto de tutela jurídica, no por ser parte del derecho subjetivo, sino por ser un deber del estado en materias ambientales...el medio ambiente en cuanto tal es un bien jurídico colectivo, sin embargo, para obtener su amparo por la vía del artículo 19 N° 8, no basta esta titularidad genérica o erga omnes, es necesario invocar el derecho subjetivo que efectivamente fue afectado”*.

Explicado el marco conceptual precedente, cabe preguntarse entonces ¿Cuál es la diferencia entre la garantía constitucional del derecho a la vida, regulada en el artículo 19 N° 1 de nuestra carta magna, con la garantía del “derecho a vivir en un medio

⁶ Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2007.

ambiente libre de contaminación”? En efecto, si como se explicó, el objeto de protección de la garantía constitucional en análisis no es el medio ambiente o alguno de sus componentes, sino que el derecho a vivir en un medio ambiente “libre de contaminación” (expresión cuyo alcance será explicado mas adelante), cuales son los elementos o caracteres que dotan de singular particularidad a esta garantía respecto de aquella consagrada en el artículo 19 N° 1 de nuestra CPR.

La respuesta la encontramos en el sentido y alcance que debe darse al vocablo que se reitera en ambas garantías: la vida. En efecto, la concepción de dicho término, en uno y otro caso son del todo diferentes. De esta forma, cuando nuestra CPR, asegura a todas las personas “el derecho a la vida” (artículo 19 N° 1), a lo que en definitiva se refiere es a la existencia humana o del hombre, “*importa el derecho a la humanidad, a ser persona humana, por eso el inciso 2° del mismo artículo 19 N° 1 señala que la ley protege la vida del que está por nacer*”, dada la potencialidad que tiene el nasciturus de convertirse en ser humano.

*En cambio, “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación, significa existencia humana en movimiento, desplegando sus potencialidades, pero además se trata de un “vivir” de una vida o existencia en movimiento, en un entorno propicio para ello, que según el artículo 19 N° 8, inciso 1°, será aquel que se encuentre libre de contaminación...**calidad de vida es el concepto que realmente subyace en un medio ambiente libre de contaminación***⁷.

Ahora bien, como la CPR no define lo que debe entenderse por *medio ambiente libre de contaminación*, la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), publicada en el Diario Oficial el 9 de Marzo de 1994, en su artículo 2°, letra “m”, viene a llenar este vacío señalando al efecto que *medio ambiente libre de*

⁷ Jorge Bermúdez Soto, Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2007.

*contaminación “Es aquel en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir **un riesgo** a la salud de las personas, a la calidad de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.* Como se puede observar al alero de la disposición recién citada, en relación con el artículo 19 N° 8 de la CPR, transcrita anteriormente, no se trata de proteger el medio ambiente de toda contaminación, ya que ello sería irrisorio, sino mas bien de evitar que la contaminación existente, llegue a niveles tales que puedan constituir un riesgo para el ser humano y el medio ambiente en que vive y se desarrolla, es decir, la naturaleza⁸. A mayor abundamiento cabe señalar que en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, los comisionados optaron por eliminar la palabra “toda” de la garantía constitucional en análisis, precisamente por su carácter utópico o impracticable (*libre de **toda** contaminación* rezaba en principio la referida garantía).

No obstante, cabe señalar que la vinculación entre la garantía constitucional en cuestión y el concepto de contaminación establecido en la LBGMA, ha sido objeto de críticas por parte de nuestra doctrina nacional, debido fundamentalmente a una falta de correspondencia conceptual entre las definiciones **medio ambiente libre de contaminación, contaminación y contaminante**⁹ consagradas por le ley en comento.

⁸ Las denominadas “normas de calidad ambiental”, son los instrumentos jurídicos que establecen los límites aceptados de contaminantes en el medio ambiente. Al efecto, la LBGMA distingue entre normas primarias y secundarias de calidad ambiental. Las primeras son aquellas que establecen “los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un **riesgo para la vida o la salud de la población**”. Las segundas en cambios, son aquéllas que establecen “los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un **riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza**” (artículo 2°, letras n y ñ, respectivamente).

⁹ De acuerdo al artículo 2° de la LBGMA, **Contaminación** es la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente (letra c); y

En efecto, y siguiendo en esta temática a Rodrigo Guzmán Rosen¹⁰, “*el concepto legal de medio ambiente libre de contaminación tiene su base funcional en la noción de contaminante, que el mismo estatuto también define, a la vez que **contaminante** representa la base del significado que se le da en la LBGMA a **contaminación***”.

Al respecto, advierte con certeza que, relacionando los conceptos de contaminación con el de medio ambiente libre de contaminación, éste sería “*aquel en el cual la presencia de sustancias, energía, o combinación de ellos, se encuentran en concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente, por cuanto la definición de contaminación se hace en función de la sujeción o no a la legislación vigente, es decir, de los máximos que esta disponga*”. En otros términos, habrá contaminación en la medida que un contaminante se encuentre regulado, y como tal, la presencia de dicho contaminante en el ambiente, no respete los parámetros de permanencia o concentración definidos en la norma legal en cuestión, es decir, en la respectiva norma de calidad ambiental.

Para intentar salvar esta interpretación literal de la norma, un tanto absurda como veremos mas adelante, debemos complementar las definiciones precedentemente analizadas con el concepto legal de contaminante, entendiendo por dicho término, a “*todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, **cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la***

Contaminante es todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental (letra d).

¹⁰ La Regulación Constitucional del Medio Ambiente, Aspectos Sustantivos y Adjetivos. Historia, Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Lexis Nexis, Año 2005.

población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental' (artículo 2, letra c, LBGMA).

Como afirma Rodrigo Guzmán¹¹, a propósito de las contradicciones existentes entre los términos analizados, *“esto nos mueve a pensar que la LBGMA, con la definición de contaminación, quiso referirse únicamente a los contaminantes que se encuentran normados y que cuando definió medio ambiente libre de contaminación, pretendió aludir a los contaminantes que no se encuentran normados. De esta manera, la ley, mediante diferentes definiciones, estaría refiriéndose al ámbito de lo normado como al del no regulado”*.

Dicha interpretación, si bien puede ser cuestionada, nos permitiría hacernos cargo del absurdo a que nos puede llevar un examen hermenéutico estrictamente literal de las definiciones transcritas, en orden a que *“sólo tienen relevancia para el derecho aquellos riesgos que se encuentren normados”* (a través de una norma primaria o secundaria de calidad ambiental), lo que en sí mismo, es una falacia, toda vez que existen en nuestro ordenamiento jurídico otros instrumentos que se hacen cargo de calificar y dimensionar los riesgos existentes en el medio ambiente, entre ellos, precisamente el SEIA. En efecto, sostiene Guzmán *“puede que por importantes extensiones de tiempo no exista regulación para un determinado contaminante, lo cual no inhibe, por cierto, del nacimiento de efectos nocivos para la población o para el medio, ni, con mucho, suprime las posibilidades de reaccionar frente a ello”*, añadiendo acto seguido que *“sostener lo contrario, se insiste, importaría aceptar que hay un “medio ambiente libre de contaminación”, ahí donde se encuentra un contaminante no regulado que, con todo y por sus características y niveles, produzca de todos modos un riesgo. Esto sería no sólo un error de naturaleza técnico-científica, sino también jurídica, al considerar conductas agraviantes para el medio ambiente exentas de todo*

¹¹ Ídem N° anterior.

*reproche, por la sola razón de carecer de patrones legales cualitativos y cuantitativos*¹².

Atendido lo expuesto, y si bien resulta atendible, es más, resulta óptimo desde la perspectiva del Derecho Ambiental, que todos los contaminantes se encuentren regulados para amparar y dar contenido concreto al Principio de Seguridad Jurídica, la ausencia de normativa legal asociada a riesgos, no puede incidir en caso alguno en una desprotección efectiva respecto de la vida y salud de la población, así como para la debida protección y conservación del medio ambiente, de lo contrario el derecho devendría absolutamente en ineficaz. Por lo demás, en este orden de ideas, descansan otras figuras que forman parte de esta área del derecho, como lo son el daño ambiental y el impacto ambiental¹³, conceptos que no están estrictamente vinculados al concepto de riesgo, en los términos expuestos precedentemente.

1.3 Administración del Estado y Derechos Fundamentales

De acuerdo al Diccionario de la RAE, administrar significa *Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes* y también *Suministrar, proporcionar o distribuir algo*.

En términos generales, el derecho manifiesta interés en regular la administración, cuando ésta recae en manos de un tercero, como sucede por ejemplo en el ámbito del

¹² Ídem N° anterior.

¹³ Al respecto, la LBGMA define daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”; y como impacto ambiental a “la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en área determinada”.

derecho privado, respecto de la administración de los bienes comunes tratándose de copropiedades, o de administrar (representar) los intereses de los accionistas por parte de la junta de accionista y el directorio de una sociedad anónima.

Del escenario expuesto podemos colegir los siguientes aspectos, a saber:

- Existe una cosa o bien, que es ajena al administrador, es decir, el administrador no es propietario de lo que administra;
- Conforme a lo anterior, el administrador gestiona esos bienes en aras de interés ajeno al suyo, es decir, administra en función del interés del propietario;
- El administrador debe ceñirse a ciertas pautas, directrices o normas de administración al momento de gestionar dichos bienes;
- El administrador debe rendir cuentas respecto de su manejo y justificar sus decisiones, no existe derecho a la arbitrariedad, y
- El administrador debe responder ante los propietarios, cuando les ha causado daño, es decir, el administrador es responsable.

En el derecho público chileno, se siguen los mismos principios. En efecto, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 19 de nuestra CPR, las personas contamos con una serie de derechos preexistentes al Estado, los que como tal, son asegurados por nuestra carta magna, siendo uno de ellos, como hemos señalado anteriormente, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En este escenario, siendo las personas titulares de una serie de derechos irrenunciables y exigibles, existe otra entidad, en la especie, el Estado de Chile

(Administración del Estado¹⁴), sobre el cual pesa la obligación de satisfacerlos. A este respecto, incluso la misma CPR le fija una finalidad para tales efectos, es decir, no debe cumplir dicho cometido de cualquier forma, ya que siempre debe perseguir el bien común del país. En otros términos, y ateniéndonos al tenor literal de nuestra CPR, *“el Estado esta al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”* (artículo 1, inciso 4°, CPR).

Pero ¿que debe entenderse por bien común? La respuesta la contiene el DFL N° 1-19653, que fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, y de acuerdo al artículo 3° del citado cuerpo legal, *“la Administración del Estado esta al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la Ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal”*. A modo de resumen, bien común es sinónimo de satisfacción de necesidades públicas.

Sin embargo, la Administración del Estado, en el cumplimiento del referido interés superior, debe sujetar su actuar a ciertos límites definidos por nuestra propia CPR y que dicen relación con el *“pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*; en otros términos, los derechos de las personas implican un límite al actuar de la Administración (potestad administrativa). En efecto, si la Administración del Estado, no circunscribe su actuar dentro de los referidos límites, su

¹⁴ Seguimos al profesor Iván Aróstica, en orden a definir Administración del Estado desde un punto de vista negativo como *“el conjunto de personas jurídicas de derecho público que no dictan ni ley ni sentencias judiciales”*.

quehacer se torna ilegítimo, y como tal, el afectado con dicha actuación/omisión (persona natural o jurídica), puede recurrir ante un tercero imparcial (tribunales de justicia¹⁵) en contra del acto estimado ilegal.

A mayor abundamiento, nuestra CPR señala expresamente que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño¹⁶”* (artículo 38, inciso 2°, CPR).

Tal como lo señala el Profesor Mario Galindo¹⁷, *“con la actual redacción del artículo 38, inciso segundo de la Constitución Política, y aún desde antes, pareciera ya no haber discusión acerca que la actividad administrativa se encuentra sujeta al control jurisdiccional. En principio, puede sostenerse que todo acto de la Administración está sujeto al control de los Tribunales de Justicia...”*.

¹⁵ En algunos casos, la impugnación se realizará en contra de la misma autoridad que emitió el acto o su superior, pero igualmente en sede administrativa y no judicial. Tal es el escenario tratándose de los Recursos de Reposición y Jerárquico regulados por los artículos 15 y 59 de la Ley N° 19.880.

¹⁶ Por su parte el artículo 4° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que *“el Estado será siempre responsable por los daños que causen los órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que lo hubiese ocasionado”*.

¹⁷ “El Caso Itata, Sobre el Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica a Través del Recurso de Protección”, en Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Año I, N° 1, diciembre 2003.

2 ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL

Con fecha 09 de marzo del año 1994, durante el gobierno del Sr. Patricio Aylwin Azocar, se dictó la LBGMA, cuerpo legal que constituyó un hito importante en nuestra legislación, toda vez que con anterioridad a dicha fecha no existían normativas legales en nuestro país que de manera sistémica se hicieran cargo de regular tópicos medio ambientales¹⁸.

Uno de los objetivos que se tuvo en vista al dictar la referida ley, fue precisamente el de *“darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”*, buscando *“dar un marco general en el cual se deba desarrollar el actuar del sector público y el privado. El sector público, tanto como ente fiscalizador y regulador de las actividades productivas, y, en muchas ocasiones como contaminante, esto es, en el papel de un particular más”*¹⁹.

El ente fiscalizador a que se refiere el mensaje de la referida Ley, esta constituido por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, CONAMA, servicio público funcionalmente descentralizado que se desconcentra territorialmente a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, COREMAS²⁰.

¹⁸ Si bien ya existían normativas legales con contenido ambiental con anterioridad a la LBGMA, éstas, a diferencia del carácter genérico y sistémico de la LBGMA, tenían un sesgo netamente sectorial, p.e., la Ley N° 3.133 de 1916, sobre Neutralización de los Residuos Provenientes de Establecimientos Industriales y el D.S. N° 4363 de 1931, Ley de Bosques, entre otras.

¹⁹ Mensaje de la LBGMA, Título IV, Objetivos del Proyecto.

²⁰ Es del caso señalar que precisamente en materia institucional, la LBGMA, sufrió una modificación a través de la reforma introducida por la Ley N° 20.173 de 27 de marzo de 2007, en orden a elevar a la categoría de Ministro de Estado al Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

De acuerdo al artículo 70, letra e), corresponde en particular a la Comisión, **“administrar el sistema de evaluación de impacto ambiental a nivel nacional, coordinar el proceso de generación de las normas de calidad ambiental y determinar los programas para su cumplimiento”**.

Por otro lado y tal como veremos mas adelante, el SEIA constituye un procedimiento multisectorial, en donde participan una variada gama de organismos públicos, denominados *Órganos del Estado con Competencia Ambiental*²¹, cuyas competencias difieren entre si dependiendo del componente ambiental, impacto ambiental o efecto adverso significativo que están llamados a regular y/o fiscalizar. En este contexto, el Reglamento del SEIA es claro al disponer que los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participarán en la calificación ambiental del proyecto o actividad, serán aquellos que *“cuenten con atribuciones en materia de otorgamiento de permisos ambientales sectoriales respecto del proyecto o actividad en particular”*, siendo facultativa la participación de los demás órganos de la Administración del Estado *“que posean atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dictará la resolución de calificación ambiental del proyecto o actividad en particular”*.

Termina señalando que *“los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que no cuenten con atribuciones en materia de otorgamiento de permisos ambientales sectoriales respecto de un proyecto o actividad en particular,*

²¹Es el *“Ministerio, servicio público, órgano o institución creado para el cumplimiento de una función pública, que otorgue algún permiso ambiental sectorial de los señalados en este Reglamento, o que posea atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dicta la resolución calificatoria de un proyecto o actividad”* (artículo 2°, Letra e) del Reglamento del SEIA).

deberán comunicar por escrito su decisión de no participar en la evaluación del Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según corresponda” (artículo 22, Reglamento del SEIA).

2.1 Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

La LBGMA, consagra diversos instrumentos de gestión ambiental, tales como, la educación e investigación (ambiental), el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la participación de la comunidad en el SEIA, las Normas de Calidad, de Emisión y los Planes de Manejo, de Prevención o Descontaminación.

De todos ellos, nos interesa desarrollar desde la óptica de análisis propuesta por el presente trabajo, al SEIA.

En este contexto, es del caso señalar que, por haberlo así dispuesto expresamente el artículo 1º transitorio de la referida Ley, *“el sistema de evaluación de impacto ambiental que regula el Párrafo 2º del Título II de esta ley, entrará en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial el reglamento a que se refiere el artículo 13”*; es decir, la vigencia del SEIA quedaba en suspenso hasta que se dictase el correspondiente Reglamento que se encargara de regular el referido procedimiento administrativo²².

Dando cumplimiento al referido mandato legal, con fecha 03 de abril de 1997, se dictó el D.S. N° 30, Reglamento del SEIA, cuyo texto refundido, coordinado y

²² El artículo 13, letra c) de la Ley dispone que el referido Reglamento, contendrá a lo menos “el procedimiento administrativo para la tramitación de los EIAs”.

sistematizado fue fijado en definitiva por el D.S. N° 95 de fecha 07 de diciembre de 2002, ambos del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, MINSEGPRES.

2.1.1 Concepto y Alcances del SEIA

Resulta de suma importancia delimitar el concepto y ámbito de aplicación del SEIA, puesto que existen pocas figuras legales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, que tienen *“la difícil tarea de armonizar las siguientes garantías constitucionales: (a) el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8); (b) el derecho a desarrollar cualquier actividad económica respetando las normas legales que la regulan, (art. 19 N° 21), y (c) el derecho de propiedad en sus diversas especies, sin perjuicio de su función social que también comprende la conservación del patrimonio ambiental (art. 19 N° 24)”*²³.

Conforme al artículo 8° de la LBGMA, los proyectos o actividades que ella misma singulariza y que se encuentran desarrollados en detalle en el artículo 3° del Reglamento del SEIA, *“sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”*²⁴. En otros términos, la materialización de los proyectos o actividades económicas que ella misma enumera y que la ley considera susceptibles de generar impactos ambientales en cualquiera de sus fases (construcción, operación y abandono/cierre), quedan

²³ Gabriel del Fávero y Ricardo Katz, Resultados y Consecuencias del SEIA, Revista Centro de Estudios Públicos N° 73, verano de 1999.

²⁴ Los artículos referidos enumeran un listado taxativo de actividades económicas, productivas y de infraestructura de la mas amplia gama p.e. actividades pesqueras, mineras, forestales, agroindustriales; obras de infraestructura tales como acueductos, embalses, líneas de transmisión eléctrica, autopistas, entre otras.

condicionados a la evaluación ambiental favorable por parte de la CONAMA respectiva.

De acuerdo al artículo 2º, letra J) de la LBGMA, **evaluación de impacto ambiental**, “*es el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes*”.

Dicha definición²⁵ la estimamos deficitaria, toda vez que en la praxis y sobretodo tratándose de proyectos de gran envergadura que ameriten la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, EIA²⁶, no será difícil al titular de un proyecto o actividad cualquiera, acreditar el cumplimiento de la normativa legal ambiental vigente. En otros

²⁵ En nuestra opinión, dicha definición guarda mayor consistencia con la definición de Declaración de Impacto Ambiental (DIA), que con la de Estudio de Impacto Ambiental (EIA). En efecto, y conforme a lo señalado por la LBGMA, DIA es “el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente **evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes**” (artículo 2, letra f).

²⁶ El artículo 11 de la Ley en cuestión señala que los proyectos o actividades requerirán la elaboración de un EIA, si generan o presentan a lo menos uno de “*los siguientes efectos, características o circunstancias:* a) *Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;* b) *Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;* c) *Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;* d) *Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;* e) *Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y* f) *Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural*”.

términos, tratándose de la evaluación ambiental de megaproyectos, los aspectos técnicos así como los potenciales impactos ambientales a generar por el mismo, muchos de los cuales pueden no encontrarse precisamente regulados, adquieren una relevancia de suma importancia, por lo que no solo bastara a la autoridad determinar si el proyecto “*se ajusta a las normas ambientales vigentes*”.

A mayor abundamiento, la LBGMA, define EIA como “*el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos*” (artículo 2, letra i); es decir, y aun cuando no señala expresamente que el referido documento ambiental debe cumplir con la normativa legal ambiental vigente, requisito que debe subentenderse en función de la propia definición de Evaluación de Impacto Ambiental dada por la ley en cuestión, el énfasis esta dado por los aspectos técnicos, es decir, en la predicción, identificación e interpretación de los impactos ambientales y las acciones para impedir o minimizar tales efectos. De ahí la necesaria discrecionalidad administrativa con que debe contar la autoridad ambiental y que analizaremos en detalle a futuro.

A modo de resumen, la autoridad ambiental no sólo deberá determinar que el proyecto en cuestión cumpla con la normativa legal ambiental vigente, sino que además, utilizando la propia nomenclatura utilizada por el Reglamento del SEIA a propósito de la emisión de una Resolución de Calificación ambiental favorable respecto de un EIA, deberá certificar que el mismo, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley, propone “*medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas*” (artículo 37), en otros términos, debe evaluar y ponderar debidamente los aspectos técnicos del proyecto cuyos impactos ambientales no se encuentran normados.

2.1.2 Nociones Básicas del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental

Como hemos señalado anteriormente, el SEIA constituye un procedimiento de carácter administrativo destinado a calificar ambientalmente un proyecto o actividad de manera previa a su materialización.

Su naturaleza *sui generis*, atendido el objeto y alcance del presente trabajo, amerita tener en vista alguna de sus características esenciales, a saber:

- **Autoridad Ambiental Coordinadora:** CONAMA en dicho procedimiento tiene un rol de coordinador entre los distintos organismos con competencia ambiental que participan en el SEIA. En efecto, esta característica “*deriva de que la concepción del medio ambiente es un tema eminente transectorial, en donde la autoridad ambiental no se satisface sólo por la instancia administrativa del Sistema (CONANA), sino que también por el conjunto de organismos del Estado con competencia ambiental, denominados Organismos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental y que corresponden básicamente a aquellas instituciones que cuentan dentro de sus facultades, el otorgamiento de permisos de relevancia ambiental*”²⁷;
- **Carácter Preventivo:** El SEIA tiene un marcado carácter preventivo, ya que dicho procedimiento está destinado (entre otros aspectos) a identificar antes de la puesta en marcha de un proyecto o actividad, los potenciales impactos ambientales o efectos adversos significativos sobre el medio ambiente que el mismo pueda generar, con el objeto de adoptar las medidas necesarias para impedir o minimizar tales efectos;

²⁷ Eduardo Astorga Jorquera, Derecho Ambiental Chileno, Parte General, 2ª Edición, Abril de 2007.

- **Participación Ciudadana:** Tratándose de la evaluación ambiental de proyectos que ameriten en conformidad al artículo 11 de la LBGMA, de la presentación de un EIA, el SEIA contempla la posibilidad de que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes y las personas naturales directamente afectadas, participen en el respectivo proceso de evaluación, formulando observaciones que deben ser *ponderadas* por la autoridad ambiental (artículo 53 inciso 1°, en relación con el artículo 52 del Reglamento del SEIA);
- **Ventanilla Única Verde:** Es la relación vinculante que se genera entre la resolución que califica ambientalmente viable un proyecto o actividad y los permisos ambientales sectoriales²⁸ identificados en el Reglamento del SEIA. En efecto, y conforme lo dispone el citado cuerpo legal, el efecto de la ventanilla única verde la podemos analizar desde diferentes puntos de vista, a saber:
 - *Todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de la Ley y de este Título (artículo 65, inciso 1°)*²⁹;
 - *Tratándose de permisos cuyo contenido sea únicamente ambiental, la resolución de calificación ambiental favorable dispondrá su*

²⁸ Siguiendo al profesor Eduardo Astorga, el citado efecto presenta dificultades, destacando entre ellas la “*compleja determinación de cuales son los permisos de relevancia ambiental*” y que por lo mismo se encuentran identificados como tales en el Reglamento del SEIA. En efecto, “*prácticamente ningún permiso corresponde a un permiso puramente ambiental*” y en consecuencia “*resulta extraordinariamente difícil identificar los contenidos propiamente técnico ambientales de los permisos*”.

²⁹ Producto de esta disposición, se produce en el SEIA un efecto nocivo que tiende precisamente a producir el efecto contrario al esperado por el legislador, dejando en la praxis en letra muerta el efecto de ventanilla única verde. Como bien señala el profesor Eduardo Astorga, los permisos “*que no sean incorporados al SEIA quedan desambientalizados –al menos teóricamente- y, en consecuencia, no pueden ser negados por razones de carácter ambiental para aquellos proyectos que hayan ingresado al Sistema*”.

otorgamiento por parte de los organismos del Estado competentes, bajo las condiciones o cargas que en ella misma se expresen. Para estos efectos, bastará que el titular del proyecto o actividad exhiba la resolución de calificación ambiental como requisito suficiente para que el organismo competente entregue el permiso sin más trámite (artículo 67, inciso 1°);

- *Tratándose de permisos que contemplen, además, contenidos no ambientales, los organismos del Estado competentes podrán pronunciarse sobre los demás requisitos legales, una vez afinada la resolución de calificación ambiental favorable. En todo caso, no podrán denegar las correspondientes autorizaciones o permisos en razón de su impacto ambiental, ni imponer nuevas condiciones o exigencias de carácter ambiental que no sean las establecidas en la resolución de calificación ambiental (artículo 67, inciso 2°);*
- *Si la resolución de calificación ambiental es desfavorable dichas autoridades quedarán obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales, en tanto no se les notifique de pronunciamiento en contrario (artículo 67, inciso 3°).*

Como podemos observar, la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que al efecto se pronuncie sobre un proyecto o actividad, esta sujeto a un procedimiento administrativo *sui generis y complejo*; en efecto, dicho procedimiento constituye una instancia *multisectorial*, en donde participarán organismos del Estado con competencia sobre diferentes componentes ambientales (aire, suelo, agua, flora y fauna, entre otros), los que a su vez están sujetos a estatutos jurídicos diversos, muchas veces bastantes ambiguos y contradictorios y cuyas autoridades máximas son designadas en función de criterios políticos, aspectos que en su conjunto contribuyen crear un sistema de evaluación ambiental de proyectos o actividades en donde criterios técnicos dispares y factores extra ambientales (gubernamentales) podrán presentarse con frecuencia al momento de resolver la viabilidad ambiental de los mismos.

De ahí, la necesidad de introducir cambios significativos en nuestra institucionalidad ambiental, con el objeto de *“reordenar el puzzle ambiental, evitar superposiciones de autoridad, criterios dispares frente a un mismo asunto, leyes inconexas, falta de cooperación entre instituciones y celos de la autoridad tan propios de la Administración Pública”*³⁰.

Al respecto, se debe señalar que la LBGMA ha sido recientemente modificada por la Ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010, y que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, la que contiene una serie de disposiciones que importan precisamente un nuevo tratamiento respecto de las potestades decisorias con que cuenta actualmente la administración ambiental, y que serán analizadas en los numerales 4.5 y siguientes de la presente AFET.

2.1.3 Facultades de CONAMA en el Contexto del SEIA

Tanto la LBGMA, así como, el D.S. N° 30/97, Reglamento del SEIA, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado en definitiva por el D.S. N° 95/02, ambos del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, MINSEGPRES, identifican una serie de facultades respecto de la CONAMA/COREMAS y de los Organismos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental en el contexto del SEIA.

No obstante, cabe señalar que la referida Ley, en su artículo 9°, inciso 5°, se encarga de definir un límite jurídico preciso en lo que se refiere a los Organismos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental que participan en el SEIA al señalar que *“el proceso de revisión de las Declaraciones de Impacto Ambiental y de*

³⁰ Pedro Fernández Bitterlich, Manual de Derecho Ambiental Chileno, Segunda Edición, Enero 2004.

calificación de los Estudios de Impacto Ambiental considerará la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental, en las materias relativas al respectivo proyecto o actividad, para lo cual la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, requerirá los informes correspondientes"; a contrario sensu, debe entenderse que las opiniones de los organismos con competencia ambiental que sean caprichosas o carentes de fundamentos, en suma, arbitrarias, no deberán considerarse por la CONAMA.

A mayor abundamiento, y reafirmando el criterio expuesto precedentemente, en orden a rechazar todo atisbo de arbitrariedad durante el proceso de evaluación ambiental de los proyectos sometidos al SEIA, el artículo 5º de la Ley en cuestión señala expresamente que *"las medidas de protección ambiental que, conforme a sus facultades, dispongan ejecutar las autoridades no podrán imponer diferencias arbitrarias en materia de plazos o exigencias"*. De ahí que en su artículo 23 señale, que para efectos del SEIA *"...la Comisión Nacional del Medio Ambiente procurará uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los Ministerios y demás organismos del Estado competentes"*³¹.

Efectuado un análisis de las normativas legales de referencia, a continuación singularizaremos las principales facultades que la autoridad ambiental y los Organismos del Estado con competencia ambiental poseen en el contexto del SEIA. Desde ya es necesario hacer presente que la gran mayoría de ellas, al emanar de un proceso administrativo reglado como es el SEIA, responden a las denominadas

³¹ En esta línea debe entenderse el Instructivo para la Adecuada Fundamentación de los Informes Sectoriales, de los Acuerdos y de las Resoluciones de Calificación Ambiental Adoptados en el Contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, emitido por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA a través de Oficio Ordinario N° 070983/07, de fecha 14 de marzo de 2007 y que será analizado en el capítulo tercero de este trabajo.

potestades regladas. Otras, en cambio, consagran a favor de la Administración Ambiental potestades discrecionales, o al menos, podríamos señalar que los elementos de hecho que sirven de sustento para ejercer la respectiva potestad, no están del todo definidos en la norma atributiva de la respectiva competencia. La distinción entre estas dos concepciones de facultades/potestades, lo abordaremos en el capítulo siguiente.

En este contexto, podemos señalar que existen facultades genéricas que son comunes a la evaluación ambiental de DIAs y EIAs; en cambio, existen otras que sólo resultan procedentes tratándose de la evaluación ambiental de uno sólo de los referidos documentos ambientales, ya sea de DIAs o, en su caso, de EIAs:

- **Facultades Generales Aplicables a Evaluación de DIAs/EIAs:** Las competencias en cuestión, corresponden a las siguientes, a saber:
 - **Admisibilidad DIA/EIA:** Se refiere a la posibilidad de la CONAMA para no admitir a tramitación una DIA/EIA, si ésta no cumpliera con los requisitos formales señalados por la Ley y el Reglamento para su ingreso (artículo 20, Reglamento del SEIA).
 - **Informar Fundadamente sobre DIA/EIA:** Se refiere a la obligación que pesa sobre los órganos de la Administración del Estado competentes para informar/indicar fundadamente si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los permisos ambientales sectoriales y:
 - para el caso de EIAs, opinar fundadamente si las medidas propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental se hacen cargo de los efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley;
 - para el caso de las DIAs, opinar fundadamente si el proyecto o actividad requiere o no de la presentación de un Estudio de Impacto

Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento (artículo 23, inciso 1° y 2°, en relación con el artículo 29, incisos 1° y 2°, Reglamento del SEIA).

- **Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones DIA/EIA:** Se refiere a la posibilidad de los órganos de la Administración del Estado competentes de solicitar fundadamente las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se estimen pertinentes para la adecuada comprensión de dicho EIA/DIA (artículo 23, inciso 3°, en relación con artículo 29, inciso 3°, Reglamento del SEIA).
- **Elaboración de Informe Consolidado de Evaluación (ICE) por Falta de Información Relevante y Esencial o Infracción Manifiesta de Normativa Ambiental Aplicable:** Se refiere a la facultad que tiene CONAMA de elaborar el Informe Consolidado de la Evaluación, si en base a los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes, se estime que dicha DIA/EIA adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiere subsanarse mediante Adenda (artículo 24, inciso 2°, en relación con artículo 29, inciso 5°, Reglamento del SEIA)³².
- **Elaboración de Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA):** Se refiera a la obligación que pesa sobre CONAMA para elaborar el ICSARA en base a las opiniones fundadas y dentro de las respectivas competencias que emitan los órganos de la Administración del Estado que participan en el SEIA, y que se refieran a materias relativas a acreditar que el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los permisos ambientales

³² Hacemos presente que esta facultad ha sido modificada por la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, por lo que en el numeral 4.5.3 del presente trabajo, nos hacemos cargo de abordar su nuevo estatuto normativo.

sectoriales, si fuere el caso, o que correspondan a opiniones respecto de las medidas propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental para hacerse cargo de los efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley, o tratándose de una DIA, de si el proyecto o actividad requiere o no de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (artículo 25, inciso 3°, en relación con el artículo 30, inciso 2°, Reglamento del SEIA).

Sin embargo, CONAMA podrá incluir la solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que el mérito de los antecedentes requiera (artículo 25, inciso 1°, en relación con el artículo 30, inciso 1°, Reglamento del SEIA).

- **Facultades Relacionadas con la Evaluación de EIAs:** Están asociadas al **ámbito de aplicación de la solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones de Adendas** y se refiere en definitiva, a la obligación que pesa sobre los órganos de la Administración del Estado competentes en orden a que las nuevas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al EIA, **sólo podrán referirse a los antecedentes presentados en el Adenda respectivo** (artículo 26 inciso 4° y 5°, Reglamento del SEIA).
- **Facultades Relacionadas con la Evaluación de DIAs:** Están asociadas al **ámbito de aplicación de la solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones de Adendas** y se refiere a la obligación que pesa sobre los órganos de la Administración del Estado competentes de opinar fundadamente respecto de si los errores, omisiones o inexactitudes de la Declaración han sido subsanados, por una parte, y por la otra, en orden a que las nuevas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la DIA, sólo podrán referirse a los antecedentes presentados en el Adenda respectivo (artículo 31 inciso 3° y 5°, Reglamento del SEIA).

2.1.4 La Resolución de Calificación Ambiental.

Conforme lo señala el Reglamento del SEIA, “una vez transcurrido el plazo para la visación del ICE, tratándose de un EIA, o una vez elaborado dicho Informe, tratándose de una DIA, y en caso que los mismos se hubieren presentado ante una COREMA, se deberá convocar a los integrantes de dicha Comisión a una sesión, a objeto de decidir sobre la calificación ambiental de dicho proyecto o actividad, la que considerará, entre otros antecedentes, el ICE y deberá constar en una resolución fundada de la Comisión Regional del Medio Ambiente, la que será firmada por el Presidente y el Secretario de la Comisión Regional del Medio Ambiente, este último en calidad de ministro de fe” (artículo 34, inciso 1° y 3°)³³.

2.1.4.1 Concepto y Características de la Resolución de Calificación Ambiental

Siguiendo al profesor Mario Galindo Villarroel, “la Resolución de Calificación Ambiental es un acto administrativo terminal que se pronuncia sobre la viabilidad ambiental de un proyecto o actividad”³⁴, la que respondería a las siguientes características, a saber:

- **Es un acto administrativo.** En efecto y conforme a la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Órganos de la

³³ Tratándose de un proyecto o actividad cuyo Estudio o Declaración de Impacto Ambiental se hubiere presentado ante la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, el Director Ejecutivo de esta Comisión dictará una resolución fundada que califique favorable o desfavorablemente el proyecto o actividad, teniendo en consideración, entre otros antecedentes, el Informe Consolidado de la Evaluación (artículo 35, Reglamento del SEIA).

³⁴ Mario Galindo Villarroel, Apuntes Medios de Impugnación Resoluciones de Calificación Ambiental, Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2006.

Administración del Estado (LBPA), son actos administrativos “*las decisiones formales (escritas) que emiten los órganos de la Administración en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*”.

- **Es un acto administrativo terminal.** Puesto que con su emisión se pone término al proceso de evaluación de impacto ambiental.
- **Puede Ser Favorable o Desfavorable.** Es decir, puede calificar viable o inviable ambientalmente al proyecto o actividad en cuestión.
- **Puro y simple o sujeto a condiciones o exigencias.** Tratándose de un EIA, la RCA puede adoptar ambas modalidades, en cambio, respecto de las DIAs, la RCA sólo puede ser pura y simple³⁵ (Artículo 37 y 38 del Reglamento del SEIA).
- **Genera efectos relativos:**
 - **Sólo autoriza el proyecto en la forma evaluada.** Si cambian las circunstancias ambientales conforme a la cual se aprobó el proyecto, o se introducen en él cambios de consideración, se requerirá potencialmente de un nuevo ingreso al SEIA a fin de evaluar el escenario actual.
 - **Es inoponible a terceros.** Es decir, no los grava ni los favorece.
 - **Tiene límites territoriales.** Los proyectos aprobados están sujetos a un ámbito de aplicación espacial o área de influencia directa e indirecta.
- **Vincula a todos los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental.** Ningún organismo del Estado puede negar por motivos ambientales los permisos ambientales sectoriales concedidos en la RCA. En caso de ser desfavorable la RCA, dichos organismos estarán obligados a denegar las referidas dispensas en razón de su impacto ambiental,

³⁵ Al menos debiera ser así por mandato de los artículos 37 y 38, pero en la práctica es habitual al imposición de condiciones en las RCAs aprobatorias de DIAs.

aún cuando se satisfagan los demás requisitos técnicos de la autorización en cuestión.

- **Genera una relación permanente entre el titular del proyecto y la Administración del Estado.** De ahí la facultad establecida en el artículo 64 de la LBGMA y del Reglamento del SEIA, en orden a que los órganos del Estado con competencia ambiental que participaron en la evaluación ambiental de un proyecto o actividad, podrán fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el mismo.

2.1.4.2 Contenido de la Resolución de Calificación Ambiental

El artículo 36 del Reglamento del SEIA, señala los contenidos mínimos que deberá contener la respectiva RCA, a saber:

- La indicación de los elementos, documentos, facultades legales y reglamentarias que se tuvieron a la vista para resolver;
- Las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución;
- La ponderación de las observaciones formuladas por las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y por las personas naturales directamente afectadas, si corresponde; y
- La calificación ambiental del proyecto o actividad, aprobándolo, rechazándolo o, si la aprobación fuere condicionada, fijando las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado.

Sin perjuicio de aquello, tanto la LBGMA, como su Reglamento, establecen una serie de consideraciones especiales (*certificaciones* en caso de aprobación del

proyecto) que debe contener la RCA que se dicte al efecto, para lo cual debe distinguirse los siguientes escenarios:

a) Si la RCA califica ambientalmente viable el proyecto.

En este caso debemos igualmente distinguir el tipo de documento ambiental que la RCA aprueba, a saber:

- Si se aprueba ambientalmente un EIA, la RCA respectiva, ya sea pura y simple, o sujeta a condiciones, deberá certificar lo siguiente:
 - Que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables;
 - Que el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental,
 - Cuando corresponda, que cumple con los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales que se señalan en el Título VII de este Reglamento,
 - Que, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley, se proponen medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas (artículo 37, Reglamento del SEIA, en relación con el artículo 24, inciso 2º) y
 - Cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad (artículo 25, inciso 1º, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente).
- Si se aprueba ambientalmente una DIA, la RCA respectiva, deberá certificar lo siguiente:
 - Que se cumplen con todos los requisitos ambientales aplicables y
 - Que el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales que se señalan en el Título VII de este Reglamento (artículo 38, Reglamento del SEIA).

b) Si la RCA califica ambientalmente inviable el proyecto.

Si bien, ni la Ley ni el Reglamento en cuestión, a diferencia de lo que sucede cuando se aprueba un proyecto o actividad, señalan expresamente las menciones específicas que debe contener la RCA en caso de rechazo, si se regulan los efectos que esta producirá. En efecto, en caso que la RCA sea desfavorable, “*no se podrá ejecutar o modificar el proyecto o actividad*”, por lo que los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participaron en la evaluación ambiental, “*quedarán obligados a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales, en tanto no se les notifique de pronunciamiento en contrario*” (artículo 24, inciso 3º de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, en relación con el artículo 39, Reglamento del SEIA).

Sin embargo, dicho rechazo, no obsta a que el titular del proyecto, pueda reformularlo, haciendo suya las observaciones técnicas realizadas por las autoridades pertinentes, elaborando un nuevo documento ambiental a fin de someterlo al SEIA.

2.1.4.3 Naturaleza Jurídica de la RCA

Como hemos señalado con anterioridad, la RCA es un acto administrativo terminal que se pronuncia sobre la viabilidad ambiental de un proyecto o actividad. En efecto, es la propia Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Órganos de la Administración del Estado, quien se encarga de señalar que “*los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones*” (artículo 3º, inciso 3º).

Dicha calidad, es decir, que la RCA constituya un acto administrativo, trae aparejada una serie de consecuencias jurídicas, siendo la principal de ellas, su sometimiento (en carácter supletorio) a las disposiciones de la Ley N° 19.880, lo que implicaría los siguientes aspectos a tener presente:

- *Los actos administrativos gozan de una “presunción de legalidad”, de imperio y de exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa...(artículo 3º, inciso 8º);*

Tratándose de la RCA, los destinatarios del mismo constituyen una dualidad de entidades. Por una parte, el destinatario per se, será el titular del proyecto o actividad, quien adquiere a través de la RCA una autorización para desarrollar su proyecto o actividad en los términos definidos en dicha Resolución, y por la otra, los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que deberán entregar los permisos ambientales sectoriales que requiera el mismo.

- *Los actos administrativos gozan de estabilidad y crean derechos a favor del destinatario del mismo*³⁶, puesto que:
 - Queda prohibido a la autoridad administrativa revocar los actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente (artículo 61, letra a);
 - Sólo se autoriza la invalidación de los actos administrativos por parte de la Administración cuando son contrarios a derecho (artículo 53, inciso 1º), y
 - Se limita la potestad de invalidación de la Administración para subsanar vicios del acto administrativo si con ello se afecta intereses de terceros (artículo 13, inciso 3º).

³⁶ Julio Lavín Valdés, Apuntes “RCA y Derechos Adquiridos”, en Seminario “La Resolución de Calificación Ambiental: Su real naturaleza y consecuencias”, UANDES, año (200-).

Ahora bien, y como hemos señalado en reiteradas ocasiones, dicha resolución en la práctica lo que hace es permitir el desarrollo de una actividad económica, es decir, se trata de una autorización de funcionamiento de un proyecto o actividad³⁷, por lo que el titular del mismo podrá ejecutar su proyecto o actividad en la medida en que se mantengan las condiciones en virtud de las cuales se entregó dicha autorización. Ello, sostiene Eduardo Correa Martínez, *explica las distintas disposiciones de la ley que hacen referencia al seguimiento, monitoreo y fiscalización de los proyectos aprobados, y explica la posibilidad incluso de revocar la autorización ambiental como sanción por el incumplimiento de las normas o las condiciones en virtud de las cuales se aprobó el proyecto*³⁸.

En otros términos, **la RCA concede al titular el derecho a desarrollar el proyecto o actividad respectivo**, pero al amparo de un régimen jurídico condicionado, es decir, podrá ejecutarlo conforme a los términos, condiciones y exigencias contenidas en la respectiva RCA, lo que implica que de manera muy excepcional, su contenido pueda revisarse conforme a los criterios que analizaremos a continuación. En otros términos, la RCA no otorga a su titular derechos perpetuos e inmutables en el tiempo, sino que por el contrario, y teniendo en vista los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico (directamente, si el proyecto o actividad da cumplimiento a la normativa legal ambiental; latamente, velar por la salud de las

³⁷ De acuerdo al profesor Mario Galindo Villarroel, Apuntes de Clases Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile, es posible distinguir entre autorizaciones “por operación” y “por funcionamiento”. Ambas (a diferencia de lo que se entiende por “permiso”), se refieren a materias que por naturaleza son lícitas y que por tanto están sujetas a la garantía constitucional del artículo 19 N° 21; sin embargo, determinadas autorizaciones tienen implícito un interés público, que es lo que ocurre precisamente en materia ambiental y por ende, el otorgamiento de la RCA, dará lugar a una relación permanente entre la Administración y el particular, a fin de que la primera pueda fiscalizar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgó la autorización. Este hecho marca una diferencia de la “autorización por operación” en que la dictación de la misma, no genera una relación permanente particular-Administración debido a que no hay intereses públicos comprometidos.

³⁸ Ver “El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Certeza Jurídica: Elementos para una Discusión Necesaria”, III Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Octubre 2006.

personas, la calidad de vida de la población, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, entre otros, valores que se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico ambiental), el contenido de dicha Resolución, y por ende los derechos otorgados y las condiciones conforme al cual los mismos deben ejercerse, pueden ser objeto de modificaciones a posteriori.

Conforme lo expone el profesor Julio Lavín Valdés³⁹, la RCA otorga a sus titulares los siguientes derechos, a saber:

- **Derecho a ejecutar el proyecto evaluado ambientalmente**, lo que trae aparejada las siguientes consecuencias, a saber:
 - Podrá deducir recurso de protección, en contra de actos u omisiones arbitrarios o ilegales de autoridad o terceros, que amenacen, perturben o priven este derecho.
 - El derecho a ejecutar el proyecto, constituirá para su titular un derecho de propiedad sobre una cosa incorporal que pasa a incorporarse a su patrimonio.
 - Si este derecho es desconocido por la autoridad, el titular tendrá derecho a ser indemnizado por los perjuicios patrimoniales.
- **El derecho a recabar de las autoridades sectoriales los permisos ambientales sectoriales**, puesto que dichas autoridades no pueden negar su otorgamiento bajo argumentos de índole ambiental. La denegación sólo puede fundarse en razones técnicas o procedimentales;
- **El derecho a que la RCA no sea vea alterada o modificada⁴⁰**. Esto producto del efecto “desasimiento” que afecta a CONAMA una vez emitida la

³⁹ Julio Lavín Valdés, Apuntes “RCA y Derechos Adquiridos”, en Seminario “La Resolución de Calificación Ambiental: Su real naturaleza y consecuencias”, UANDES, año (200-).

⁴⁰ De acuerdo al Dictamen N° 20.477, de fecha 25 de mayo de 2003, pretender que las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, la Dirección Ejecutiva o el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del

correspondiente RCA, en términos de que dicha institución no podría modificar dicha resolución. Sin embargo, esta regla general, esta sujeta a ciertas excepciones, a saber:

- Cuando el propio titular del proyecto o actividad solicita a CONAMA la modificación de la RCA, debido a la implementación de modificaciones menores o rectificaciones consideradas de mínima consideración⁴¹;
- Cuando las variables ambientales no se comporten de la manera prevista en el respectivo proceso de evaluación (artículo 64 de la LBGMA y de Reglamento del SEIA).

Al respecto, el Dictamen N° 20.477 de fecha 25 de mayo de 2003, señala que si es posible modificar una RCA en el contexto de los planes de seguimiento ambiental, cuando las variables ambientales no evolucionen según lo previsto, con el sólo objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir tal situación.

- Cuando se generen impactos no previstos. No obstante, consideramos que esta variante, se encontraría comprendida por el Dictamen N° 20.477, ya analizado anteriormente, por lo que ante su hallazgo, la autoridad debe propender a adoptar las medidas necesarias para enmendar la situación.

Medio Ambiente puedan, fuera de los casos en que ello es procedente, modificar el contenido de una resolución de calificación ambiental, implica una transgresión al procedimiento reglado previsto por el ordenamiento jurídico para la evaluación de los proyectos o actividades sometidos al Sistema, lo cual vulnera el principio de juridicidad a que, por mandato de la Constitución y de Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, están sujetos los órganos de la Administración. De igual forma, afecta el principio de seguridad o certeza jurídica, al dejar a los involucrados en el Sistema en la indefinición respecto de sus intereses.

⁴¹ En caso de que se pretenda implementar cambios de consideración al proyecto, en los términos definidos en el artículo 2°, letra d) del Reglamento del SEIA, el titular requerirá evaluar ambientalmente las mismas de manera previa a su materialización, criterio que guarda plena consistencia con el Dictamen N° 20.477, emitido por la Contraloría General de la República.

Es preciso reconocer, que las RCA generalmente contienen una cláusula tipo que se hace cargo de regular esta situación, conminando al titular del proyecto a dar el correspondiente aviso a la CONAMA ante la eventualidad de generación de impactos no previstos.

- Modificación sobreviniente de legislación ambiental aplicable al proyecto. A través del SEIA, se determina si un proyecto o actividad cumple con la legislación ambiental aplicable, por lo que resulta lógico que si el marco regulatorio cambia, la correspondiente RCA se ajuste a la nueva realidad normativa. Siguiendo a Felipe Guzmán⁴², ¿como debiera la autoridad exigir el cumplimiento de la nueva regulación al titular del proyecto?
 - Tratándose de una modificación de legislación que establezca criterios más flexibles, las nuevas exigencias se harían valer ipso facto.
 - Tratándose de una modificación de legislación que establezca exigencias más rigurosas, pareciera ser prudente aplicar el Principio de la Gradualidad, que es precisamente el mecanismo adoptado por las autoridades al momento de publicar normativas de emisión de contaminantes.
- **El derecho a ser fiscalizado y sancionado al amparo de la RCA.** Así como la RCA constituye el **estatuto normativo** conforme al cual el titular desarrollará su proyecto, las autoridades sólo pueden fiscalizar, y por ende, en su caso, sancionar administrativamente, las infracciones cometidas conforme al mismo **estatuto normativo**.

⁴² Apuntes “Algunos Aspectos de la Relación entre RCA y Normativa Legal Vigente, en Seminario “La Resolución de Calificación Ambiental: Su real naturaleza y consecuencias”, UANDES, año (200-).

CAPITULO II

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA ANTE LA DOCTRINA

3 PODERES JURIDICOS DE LA ADMINISTRACION

Uno de los Principios esenciales que informan la organización administrativa del Estado en nuestro país es el de la competencia, concepto que en si mismo conlleva la idea de una buena gestión, en virtud de la cual, cada autoridad poseerá un cierto grado de atribuciones o potestades con respecto a determinadas materias específicas.

Al respecto la doctrina española señala que *“las potestades y competencias que en cada momento tengan atribuidas la Administración del Estado y sus Organismos Públicos....por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de unos y otros...La competencia no es más que la medida de la potestad que corresponde a cada ente, y dentro de éste, a cada órgano”*⁴³.

En efecto, y conforme al artículo 7º de nuestra carta magna, *“Los órganos del Estado actúan válidamente 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 aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

⁴³ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Conforme a la referida disposición constitucional, los órganos del Estado que no actúen dentro de su competencia, y que por lo tanto, ejerzan atribuciones o potestades que por Ley o la Constitución no le correspondan, tornarán su quehacer inconstitucional, por lo sus actos no serán validos, ya que adolecerán de la sanción de nulidad de derecho público⁴⁴.

⁴⁴ Aún cuando no esta dentro de los alcances de nuestro trabajo, debemos señalar que existen opiniones encontradas respecto de las características de la nulidad de derecho público. En efecto, y de acuerdo a los profesores Eduardo Soto Kloss e Iván Aróstica, la referida nulidad contaría con 3 características fundamentales, a saber:

- a) **Operaría de pleno derecho**, los tribunales de justicia se limitarían a constatar la nulidad y no a declararla, así como un médico al examinar un cadáver, se limita a constatar la muerte de una persona y no a declararla;
- b) **Es insanable**, el acto nulo de derecho público, no se puede sanar o *volverse jurídico*, es decir, el acto nulo no se puede convalidar, y
- c) **Es imprescriptible**, es decir, el acto nulo no se puede convertir en jurídico debido al hecho de transcurrir un lapso determinado de tiempo.

Sin embargo, tales caracteres han sido objeto de un fuerte cuestionamiento por parte de nuestros publicistas, en donde la corriente contraria sostiene que la nulidad de derecho público operaría de pleno derecho sólo en caso excepcionales y grotescos, como en el caso de actos provenientes de órganos manifiestamente incompetentes (p.e. el caso de que un alcalde dictará una norma de emisión o de calidad ambiental). Igual sanción correspondería respecto de actos de objeto imposible o delictual o en los casos que se prescinde total y absolutamente del procedimiento legal, o de las normas esenciales para la formación del consentimiento.

En opinión de esta corriente de publicistas (Arturo Aylwin, Patricio Aylwin, Enrique Silva Cimma, Domingo Hernández, Pedro Pierry), si se tiene en cuenta una visión hermenéutica armónica de nuestra carta magna, en virtud de la cual se tenga una visión de conjunto de cada una de sus disposiciones, la nulidad de derecho público no operaría siempre de pleno derecho debido a que:

- El inciso final del artículo 7° de la Constitución política de la República (CPR) no lo dice expresamente (*todo acto en contraversión a este artículo es nulo*), por lo que el sentido de dicha norma no es claro. El sólo empleo de la expresión “nulo”, no implica que se consagre la nulidad de pleno derecho;

-
- Texto expreso del inciso 3° del artículo 6° de la CPR (la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley), puesto que se desprende que el constituyente de 1980, ha preferido que por la vía de la Ley -y salvo algunas excepciones- se establezcan las diferentes sanciones, sean nulidades u otras y con posibilidad de proceder en forma diferente para actos legislativos, jurisdiccionales, administrativos, contralores u otros;
 - Texto del artículo 12 de la CPR que consagra el Recurso de Reclamación en materia de nacionalidad, el que señala en lo pertinente que la “*interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos*”. En consecuencia, se desprende de esta afirmación que el acto impugnado, pese a ser inconstitucional, igualmente generaría efectos jurídicos y por ende sería válido, ya que la interposición del Recurso “suspendería sus efectos”;
 - Texto del artículo 94, inciso 3° de la CPR que consagra expresamente el efecto de nulidad de pleno derecho respecto de los Decretos Supremos impugnados ante el Tribunal Constitucional por invadir materias propias de Ley. Al respecto sostienen que si en este caso el constituyente previó expresamente la sanción de nulidad de derecho público operando ipso iure, es porque en otros casos la sanción puede ser distinta.

Según esta corriente, la regla general en materia de vicios del acto es la anulabilidad, esto es, para todas aquellas causales que no dan lugar a nulidad de derecho público y respecto de la cual procede tanto la figura jurídica de la conversión como la de la convalidación del acto viciado y aún la incomunicabilidad de la parte viciada a otras sanas del mismo acto. La acción para solicitarla sería asimismo prescriptible. Todas citas de Jorge Reyes Riveros, La Nulidad de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, segunda edición, año 2000.

A mayor abundamiento, cabe citar asimismo, dentro de esta corriente reaccionaria de la visión clásica de la nulidad de derecho público esgrimida por los profesores Soto Kloss y Aróstica, al tratadista Jaime Jara Schnettler, quien en su obra “La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia” (Editorial Libromar, año 2004), no duda en calificar a la nulidad de derecho público y su eventual efecto ipso iure como un típico caso de “mito jurídico”, puesto que su origen radicaría “*en un desacierto doctrinal transmitido hasta nuestra época: la confusión entre dos técnicas distintas que posibilitan esa ineficacia: la inaplicación tácita y la nulidad propiamente dicha*”; de esta forma, sostiene Jara Schnettler, Hunneus habría sido mal interpretado en su obra “La Constitución ante el Congreso”, quien a propósito del análisis del artículo 160 de la Constitución de 1833, se habría referido a la técnica de la inaplicabilidad normativa, y en caso alguno a una nulidad ipso iure. La inaplicabilidad normativa a la que aludía Hunneus, añade Jara, implicaría un “*mecanismo de control reglamentario mediante su rehusamiento aplicativo*”; es decir, se prescinde de la aplicación de la norma para la resolución de un caso concreto en el que tiene vocación de ser aplicado (básicamente lo que hoy constituye la figura de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

En respaldo de esta tesis, en orden a que la nulidad no operaría de pleno derecho, señala que existe jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. En efecto, nuestra Corte Suprema a propósito del fallo

del caso “Edgardo Henry Ríos c/ Universidad de Chile, sostiene en lo pertinente que *“no es procedente fundar una acción de responsabilidad extracontractual en un acto cuya invalidez no fue reclamada ni menos declarada en la instancia...de manera, pues, que bien puede inferirse que las disposiciones que sancionaron con nulidad la contravención del Principio de Legalidad y que sucesivamente se contuvieron en los artículos 160 de la Constitución de 1833, 4° de la carta de 1925 y en el aludido precepto del artículo 7° del texto constitucional vigente no reconocieron eficacia ipso iure a dicha sanción”*.

En lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, Jara Schnettler señala que si bien es cierto que nuestra Constitución Política no ha establecido plazos perentorios en lo que se refiere al ejercicio de las acciones constitucionales de amparo y protección, *“de ahí a deducir un pretendido repudio del constituyente a las instituciones extintivas de la caducidad y de la prescripción, existe una sensible diferencia...el propio sistema positivo desmiente esa conclusión al sujetar a un régimen de prescripción el ejercicio de genuinas potestades, como el poder sancionatorio o la potestad tributaria. Como se ha señalado, las potestades como tales son imprescriptibles, pero la legitimidad de su ejercicio cada vez que se verifica su presupuesto de hecho siempre queda acotada a un plazo”*.

A mayor abundamiento, cabe señalar que esta tendencia ha sido acogida por nuestra jurisprudencia, toda vez que la Corte Suprema señaló a propósito del caso Hugo Robles c/ Fisco, rol 3192-01, en sentencia de 23 de enero de 2003 que *“el artículo 38 de la Constitución se limita a distinguir entre la acción dirigida contra el Estado y aquella que busca hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios, pero no tiene los alcances que le da la recurrente. La norma establece el derecho de los particulares para accionar en contra del Estado ante los tribunales ordinarios en caso que sean lesionados sus derechos, pero no se refiere en forma específica a la acción de nulidad de derecho público, ni puede suponerse que establezca un estatuto constitucional de imprescriptibilidad”*.

Asimismo, Jara Schnettler pone en entredicho la afirmación que sustenta parte de la escuela clásica de la nulidad de derecho público, en orden a que dicha sanción tiene un efecto universal o de aplicación genérica respecto de todos los órganos del estado. Al respecto, dicho autor postula una tesis relativista puesto que **la nulidad de derecho público sólo operaría respecto de los órganos de la administración del Estado**, *“quedando marginada de su esfera la actuación del poder legislativo y la judicatura”*, puesto que respecto de éstos últimos poderes del Estado, operarían instituciones que les son propias. En efecto, tratándose del poder ejecutivo, existen controles preventivos de constitucionalidad de la ley obligatorios, otros que operan previo requerimiento ante el Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 3, Constitución Política de la República), existiendo asimismo un control represivo de legalidad ante la misma institución (artículo 93 N° 6 y 7, Constitución Política de la República).

En lo que se refiere al Poder Judicial, la sanción anulatoria, si bien resulta procedente, ella *“adopta rasgos y atributos propios que la distinguen como un instituto especial”*, entre ellos la conservación y sanabilidad de los actos procesales, caracteres que la distinguen de la nulidad de derecho público. Al respecto nuestros tribunales han rechazado *“la posibilidad de extender la nulidad de derecho público al ámbito jurisdiccional y el criterio de que en éste sólo puede tener cabida las nulidades procesales, se conforma*

Lo anterior viene a ser una manifestación plena en derecho público del denominado **Principio de Legalidad**. En efecto, dicho Principio opera respecto de la Administración “*en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima. El Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse*”⁴⁵.

Siguiendo al profesor Iván Aróstica⁴⁶, la competencia “*es el conjunto de poderes con que el derecho dota o habilita a un órgano para que actuando éste en la vida del derecho como sujeto jurídico, impute los actos de su actuación y pueda así cumplir los*

con la naturaleza propia de la función judicial y la naturaleza de las actuaciones que se llevan a cabo en su ejercicio y que hace que la institución de las nulidades procesales tenga una fisonomía propia y singular en el amplio campo de la teoría de la nulidad de las actuaciones de los órganos estatales, que sanciona la infracción de las normas constitucionales conducentes al cabal cumplimiento del principio de legalidad que deben observar dichos organismos” (caso Machasa S.A., Corte Suprema, sentencia en causa rol 1.217 de 2001, de fecha 20 de julio de 2001).

Por último, el profesor Jara Schnettler, sostiene, nuevamente en contradicción con la escuela clásica de la nulidad de derecho público, que no sólo corresponde al poder judicial su declaración. En efecto, a propósito de la figura de la invalidación administrativa regulada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado, señala que se está frente a un caso regulado en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del cual, la propia Administración del Estado, ya sea de oficio, o a petición de parte, y previa audiencia del interesado, podrá invalidar los actos contrarios a derecho, entendiéndose por tales, a aquellos actos que vulneran el artículo 7° de la Constitución Política de la República.

⁴⁵ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005.

⁴⁶ Apuntes de la Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, Año 1998. Se hace presente que la utilización del término *competencia* y no *potestad*, en algunos párrafos de esta sección de nuestra AFET, se justifica precisamente por tratarse de la transcripción de los apuntes de dicho profesor, quien emplea dicha terminología siguiendo a nuestra Constitución Política.

finés (satisfacción de necesidades públicas) que le asigne la Ley'. De acuerdo a esta definición, la competencia⁴⁷ reviste las siguientes características, a saber:

- **Es Irrenunciable:** En efecto, cabe recordar que de acuerdo a nuestra carta magna, **la soberanía reside esencialmente en la nación**. Su ejercicio se realiza por el pueblo...y, también, por las autoridades que esta constitución establece (artículo 5°, inciso 1°).

Asimismo, nuestra CPR consagra en el artículo 1°, inciso 4°, el Principio de Servicialidad del Estado al consagrar que *"el Estado esta al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común"*, *"atendiendo las necesidades públicas de manera **continua y permanente**"* (artículo 1, inciso 3° Ley de Bases Generales de la Administración del Estado);

En términos simples, si los fines de la Administración del Estado, esto es, promoción del bien común y satisfacción de necesidades públicas, no se pueden suspender, por cuanto deben de satisfacerse de manera continua y permanente, así también la competencia y potestades públicas que la CPR y las leyes entregan a la Administración no se pueden suspender, por lo que evidentemente la Administración no puede renunciar o renegar de ellos, sobremanera por el bien superior que están llamadas a satisfacer;

- **Es expresa:** Dice relación con el Principio de Legalidad, en orden a que toda competencia de un organismo público, debe ser dada a través de una ley previa y expresa. En otros términos, las competencias y potestades públicas, no se pueden subentender por lo que *"ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias*

⁴⁷ Siguiendo a Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005, las potestades administrativas al tener su origen en la Ley y no en un acto jurídicos determinados, son inalienables, inmodificables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho Objetivo supraordenado al mismo.

extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (artículo 7°, inciso 2°);

- **Es Específica:** Puesto que si bien la competencia tiene por finalidad la promoción del bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente, lo que hace el legislador es entregar a cada sujeto de derecho público, un conjunto de potestades a fin de que el mismo se haga cargo de satisfacer las necesidades públicas en el ámbito de su especialidad, es decir, debido a que las necesidades públicas se encuentran presentes en todo tipo de actividad humana, a saber, en el sector agrícola, forestal, sanitario, ambiental, entre otros, el organismo público deberá satisfacer sólo las necesidades públicas que la ley le encomiende⁴⁸;
- **Es exclusiva:** Quiere decir que las competencias administrativas deben estar radicadas única, exclusiva y excluyentemente en un solo órgano, de ahí que el artículo 5° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, señale que *“los órganos del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”*. En otros términos, nuestro ordenamiento jurídico rechaza la duplicación o transferencia de funciones, es decir, que existan 2 órganos con la misma competencia⁴⁹;

⁴⁸ Que la competencia sea específica, no implica en caso alguno que ésta no pueda ser genérica. Así por ejemplo, a CONAMA, en su calidad de órgano especialista en temas ambientales (aspecto específico), se le ha concedido facultades de análisis y consulta en dichos tópicos, facultades genéricas cuyo contenido no se han delimitado por su propio estatuto legal.

⁴⁹ Que las competencias sean exclusivas, no obsta a la existencia de competencias concurrentes, es decir, aquella situación en que varios órganos convergen, confluyen o satisfacen una necesidad pública, pero cada uno de éstos órganos actuando dentro de sus privativas atribuciones, situación que se presenta tratándose de los *planes de seguimiento ambiental*, en virtud de la cual los organismos del Estado que participaron de la evaluación ambiental de un proyecto o actividad, podrán solicitar a CONAMA la imposición de sanciones al titular que no esté desarrollando su proyecto o actividad conforme a lo señalado en la RCA.

- **Es indefinida:** Es decir, no tiene fin, ya que el legislador al consagrar una potestad administrativa a favor de algún órgano de la Administración del Estado, no le pone término a esa potestad, lo que no quiere decir que la competencia sea perpetua, toda vez que la ley que otorga una competencia, puede ser derogada.

Que la competencia sea indefinida, apunta más bien a la idea de que la misma no tiene (en principio) un plazo de vigencia o una condición definida en la misma Ley que la consagra hasta la cual se entiende concedida la competencia al órgano en cuestión⁵⁰.

- **Reglada o discrecional:** En cuanto a la extensión o amplitud, las potestades se pueden clasificar en reglada o discrecional. En efecto, cuando el legislador ha previsto a priori y con todo detalle, quien, como, cuando, porque y para que se va a ejercer la competencia, estamos en presencia de una potestad reglada, en donde el órgano administrativo, titular de la respectiva potestad, es un mero ejecutor del mecanismo de competencia definido detalladamente por la Ley.

En cambio, la potestad discrecional es aquella en que el legislador le otorga un cierto nivel de flexibilidad al organismo titular de la potestad, para efectos de definir su aplicabilidad y extensión.

Dada la importancia de esta fórmula administrativa, en el numeral siguiente nos avocaremos a su estudio en detalle.

⁵⁰ Por ejemplo el artículo 29, inciso 2° de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que establece la potestad del Ministerio de Economía de fijar tarifas telefónicas de teléfonos estáticos “hasta que las condiciones existentes en el mercado no aseguren un régimen de libertad tarifaria”.

3.1 La Potestad Discrecional

De acuerdo a los profesores españoles Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández⁵¹, *“la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución previa de potestades a la Administración, ésta no puede actuar simplemente.*

*El concepto de potestad se perfila a través de su contraste dialéctico con el concepto de derecho subjetivo. Ambas figuras son especies del género **poderes jurídicos** en sentido amplio, esto es, facultades de querer y obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos”. Sin embargo, y como bien anotan dichos autores, esa característica es la única que las une, puesto que las potestades no comparten ninguno de los otros elementos asociados a los derechos subjetivos.*

En efecto, y a diferencia de los derechos subjetivos que por regla general son analizados pormenorizadamente en el derecho privado (Derecho Civil), las potestades:

- No se generan en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios, etc., sino que procede directamente del ordenamiento jurídico;
- No recaen sobre ningún objeto específico o determinado, sino que tienen un carácter genérico, es decir, se refieren a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas;

⁵¹ Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005.

- No consisten en una pretensión particular, sino en la posición abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares, y
- No corresponde a ningún deber, sea positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos del ejercicio de la potestad.

Pues bien y como ya adelantáramos en el numeral anterior, la Administración podrá contar con potestades regladas o de mera aplicación legal automática, escenario en el cual la ley le señala pormenorizadamente lo que debe hacer ante un supuesto de hecho determinado (p.e. jubilar a un funcionario por edad); no obstante, en muchas ocasiones, la Administración contará con potestades discrecionales, en cuyo ejercicio utilizará criterios de apreciación que no están en la Leyes y que ella sola es libre de valorar (el nombramiento o remoción de un cargo de exclusiva confianza o la construcción de una carretera).

En este contexto, “no toda actividad administrativa tiene precisos límites establecidos en el orden jurídico. En efecto, la actividad administrativa no se concibe sin cierto margen de discreción en la solución de los asuntos sometidos a su competencia. Tal facultad entraña la concesión de un grado de libre apreciación a favor de los órganos de la Administración a fin de que puedan decidir sobre la eficacia y la oportunidad de los actos que dictan. De ahí la distinción teórica y práctica que dentro del Derecho Administrativo se hace entre actividades regladas (o vinculadas) y actividades discrecionales (o libres) de la Administración.”⁵².

La potestad reglada, si bien es la formula que más certeza jurídica genera, tanto al titular de la potestad administrativa, así como al destinatario (s) de la misma,

⁵² Diego Fernando Cañizares Abeledo, Lo Reglado y lo Discrecional en lo Administrativo”, www.fgr.cu.

constituye una formula excepcional al momento de definir potestades por parte del legislador. En efecto, el establecimiento de tal formula de potestad, implica por parte del legislador, el conocimiento cabal de la realidad que pretende regular, lo que en la práctica no suele suceder debido a que ésta es compleja y sumamente cambiante, y por ende, resulta difícil intentar colocar esa realidad bajo el supuesto de una norma.

No obstante, quien si conoce la realidad, por contar con profesionales y expertos prácticamente en todo el abanico del quehacer nacional, es la Administración del Estado. Una aproximación interesante que se puede desarrollar en torno a la extensión de la Administración en el ámbito nacional, se puede deducir de los Ministerios existentes. Así la Administración esta presente en la hacienda pública, en la economía, fomento y reconstrucción, en la defensa nacional, en la agricultura, en el medio ambiente, en la Minería, en la energía, etc. Siguiendo el mismo análisis a nivel de servicios públicos descentralizados, el quehacer de la Administración se multiplica sobremanera⁵³.

Precisamente, y a raíz de esta última característica, se ha venido adoptando una tendencia en orden a otorgarle a la Administración del Estado, conocedora *per se* de la realidad que esta llamada a regular, potestades de naturaleza discrecional, es decir, potestades cuyo contenido, oportunidad y alcances no han sido definidos detalladamente y de antemano por el legislador, otorgándosele en consecuencia a la autoridad un margen de libertad para decidir respecto de su ejercicio.

⁵³ Servicio Agrícola y Ganadero, Corporación Nacional Forestal, Servicio Nacional de Geología y Minería, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Dirección General de Aguas, Servicio Nacional de Vivienda y Urbanismo, Comisión Nacional de Riego, por solo nombrar a algunos.

Siguiendo al profesor Iván Aróstica⁵⁴, podemos describir 4 teorías en relación al concepto y alcance del concepto de discrecionalidad administrativa, a saber:

- **Teoría N° 1:** Existe discrecionalidad administrativa cuando un órgano de la Administración puede actuar según su libre arbitrio. Sin embargo, esta teoría, no tiene cabida en el derecho público chileno. En efecto, y como señalamos en su oportunidad, a propósito del recurso de protección, en el derecho chileno un acto puede ser antijurídico (genero), ya sea porque el mismo es ilegal o arbitrario (especies), de ahí que la referida acción constitucional procede en su aspecto genérico en contra de actos u omisiones ilegales o arbitrarios.

Si bien la ley no ha definido que se entiende por arbitrariedad, si lo ha hecho la jurisprudencia, en especial aquella referida al recurso de protección, la que ha señalado al efecto que un acto arbitrario es aquel que carece de fundamentos o razones que hayan motivado al mismo, es decir, el acto administrativo en cuestión carece de ¿un porque?; asimismo, se ha señalado que un acto será arbitrario cuando sea calificado de desproporcionado.

Tanto los tribunales de justicia, así como la Contraloría General de la República (CGR) han sido enfáticos en orden a rechazar la posibilidad de la Administración de dictar actos “sin expresión de causa”.

- **Teoría N° 2:** Hay discrecionalidad administrativa, allí donde la ley no le prohíba a un órgano actuar. En otros términos, conforme a esta teoría, la Administración podría actuar en todo ámbito que no esté prohibido por la ley, por lo que conforme al Principio de Legalidad anteriormente analizado, debe descartarse de plano su aplicabilidad en nuestro sistema jurídico, puesto que conforme al referido principio, la potestad, ya sea reglada o discrecional, debe ser establecida expresa y previamente por la ley. No caben en nuestro derecho las competencias tácitas o subentendidas.

⁵⁴ Apuntes de la Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Central de Chile, Año 1998.

- **Teoría N° 3:** Señala que estamos en presencia de discrecionalidad administrativa cuando existen “conceptos jurídicos indeterminados”⁵⁵, es decir, cuando la ley condiciona el ejercicio de la potestad a un supuesto de hecho que no define (del todo), por lo que la ley le da un amplio margen a la Administración para actuar. Ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados encontramos en la CPR tratándose de los estados de excepción constitucional, tales como el estado de catástrofe (en caso de calamidad pública), el estado de emergencia constitucional (en caso de grave alteración del orden público o

⁵⁵ No obstante, la doctrina española acota y restringe bastante el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados, en relación a la visión del profesor Iván Aróstica. En efecto, advierten que “*los conceptos utilizados por las leyes, pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca (p.e. la mayoría de edad se produce a los 18 años, la jubilación se produce a los 60 años (mujeres) o a las 65 años en el caso de los hombres). En cambio, en los conceptos jurídicos indeterminados, la ley se refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones; buena fe, falta de probidad. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un ámbito de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. En otros términos, la indeterminación del enunciado no se traduce en la indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso (hay buena fe o no la hay, el precio es justo o no lo es), a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetable por tanto, y no de volición*”. En cambio, la potestad discrecional, permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho. Así el ascenso de funcionarios por elección permite considerar igualmente justas, en principio, la designación de Juan como la de Pedro o la de Antonio, precisamente porque se trata de una discrecionalidad, la decisión en cuestión constituye un indiferente jurídico; en cambio, si se tratase de aplicar el concepto jurídico indeterminado de falta de respeto en un procedimiento disciplinario no sería igualmente justo que se reprochase a uno o a otro funcionario, o que se calificase una misma conducta alternativamente como respetuosa o irrespetuosa; sólo una única solución será la justa, con exclusión de toda otra. **En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados responden a una técnica legal distinta de la potestad discrecional, por ende, su configuración y alcances resultan del todo distintos.** Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005.

grave daño para la seguridad de la nación), entre otros, los que no han sido definidos por el legislador, por ende será la Administración (en la especie el poder ejecutivo), quien ejercerá la respectiva potestad cuando a su juicio se presentaren situaciones de hecho que ameriten tal calificativo.

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados tiene un sano propósito en el derecho público, toda vez que tiene por finalidad que la norma legal no sea sobrepasada por la realidad.

De acuerdo a esta teoría ¿en donde radica la discrecionalidad administrativa? La discrecionalidad de acuerdo a esta teoría, dice relación con que ninguna autoridad podría revisar la calificación jurídica realizada por el organismo que emitió su acto administrativo en conformidad a un concepto jurídico indeterminado, es decir, el referido órgano en forma exclusiva y excluyente puede evaluar si los hechos en cuestión encuadran dentro del respectivo concepto jurídico indeterminado.

Consideramos que una interpretación en tal sentido, esto es, que la decisión del organismo en cuestión, no sea susceptible de revisión a posteriori, convierte en la praxis la discrecionalidad administrativa en inmunidad, por ende, no tendría cabida en nuestro derecho.

- **Teoría N° 4:** Señala que estamos en presencia de potestad discrecional cuando la ley (que es la creadora del órgano), no lo condiciona necesariamente a someterse a una decisión que esta (la ley) ha previsto o elegido de antemano. En otros términos, hay potestad discrecional, cuando la ley no indica “la medida o decisión” que debe adoptar la autoridad en cada caso, por lo que la ley le otorga un “catálogo” de posibilidades a la Administración para actuar.

De acuerdo a la presente hipótesis, la ley le da un margen de flexibilidad a la Administración para adoptar una entre varias decisiones posibles. Por lo mismo, la discrecionalidad administrativa de acuerdo a esta teoría, no estriba en el calificación jurídica que el organismo le otorgué a un hecho en específico,

sino que mas bien dice relación con adoptar “la mejor medida” que la Administración pueda escoger atendida las circunstancias específicas.

Esta teoría podría manifestarse con mayor intensidad, en aquellas situaciones en que se otorguen potestades abiertas o de índole genérica a la Administración, puesto que en dicha situación, no se ha definido por parte del legislador ni el contenido, ni la oportunidad ni los límites del ejercicio de las referidas potestades.

De todas las teorías anteriormente analizadas, la que guarda mayor consistencia con nuestro ordenamiento jurídico, CPR y las normas legales dictadas conforme a ella, es la cuarta. En efecto, y aún cuando, en nuestra legislación ambiental se evidencia la utilización de conceptos jurídicos indeterminados (teoría N° 3), no cabe sostener en caso alguno, la improcedencia de una revisión a posteriori del acto administrativo en cuestión, ya sea en sede administrativa o en sede judicial. Sostener lo contrario, implicaría la vulneración de una amplia gama de normas constitucionales y legales ya analizadas anteriormente, y de paso, desconocer una serie de instrumentos establecidos por nuestro derecho público, que precisamente fueron creadas con dicho propósito, como lo es el Recurso de Protección.

Ahora bien, es necesario hacer presente que el elemento subjetivo contenido en la potestad discrecional, no siempre se presenta de la misma forma en la estructura de la norma legal que atribuye dicha potestad. En efecto, y como bien señalan Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, la estimación subjetiva que cabe aplicar a la Administración podrá referirse en un caso al supuesto de hecho llamado a regular (concesión/construcción de obra pública, ascenso), o bien respecto del contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (fijación del porcentaje de una subvención, contenido de un reglamento), o bien de ambos elementos.

Sin embargo, y como veremos en el siguiente numeral, esta estimación subjetiva de la Administración no implica una libertad frente a la norma, por el contrario, “la

*discrecionalidad es un caso típico de remisión legal; no hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida que la Ley haya dispuesto*⁵⁶.

3.1.1 El Control de la Discrecionalidad Administrativa

Siguiendo al profesor Mariano Bacigalupo⁵⁷, la discrecionalidad del poder ejecutivo (léase Administración del Estado), *“ha sido, es y seguirá siendo el o al menos uno de los grandes problemas del derecho en su unidad, es decir, de aquellos que se sitúan en la vasta zona de confluencia del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional. Y es que, al fin y la cabo, la discrecionalidad administrativa – esto es, la “independencia doble de la Administración respecto de los otros poderes del Estado, el legislativo y el judicial”, no es sino la categoría dogmática del Derecho Público en torno a la que gira cabalmente la delimitación de los respectivos ámbitos funcionales de los tres poderes del Estado”*.

Si bien en España, la figura de la discrecionalidad administrativa, ha sido ampliamente debatida en la doctrina y la jurisprudencia, los aspectos más álgidos están estrictamente relacionados con la posibilidad de controlar las decisiones discrecionales que emita la Administración. Esto, básicamente, en atención a que se sostiene por variados administravistas, que siendo el organismo administrativo, el perito o el especialista en el área específica en que se le ha otorgado su competencia, no puede o no resultaría óptimo que un tribunal, especialista sólo en temas legales y

⁵⁶ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005

⁵⁷ Mariano Bacigalupo, La Discrecionalidad Administrativa, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

jurídicos, pretenda anular o modificar esa decisión y de esta forma abarcar (o intrometerse) en áreas técnicas que por naturaleza no maneja.

Sin embargo, somos de la opinión que un tribunal, si podría revisar un acto administrativo dictado al amparo de facultades discrecionales, es más, constituye un deber ineludible de la judicatura conocer de los reclamos de particulares que se sientan agravados en sus derechos a propósito de la emisión de actos administrativos, aún cuando éstos se amparen en potestades discrecionales. El punto está en dilucidar, ¿cual será el alcance de la revisión? En otros términos, como ocurre en nuestro derecho a propósito de la resolución que resuelve los recursos de casación en la forma y en el fondo ¿podría el tribunal anular y dictar el acto administrativo de reemplazo?

A mayor abundamiento, y a fin de justificar la procedencia absoluta de la revisión de un acto administrativo amparado en una potestad discrecional, por muy técnica o especializada que sea la materia específica sobre la cual se pronuncia, cabe precisar que el origen mismo de toda potestad discrecional se encuentra en **la Ley**. En efecto, y considerando que es la propia Ley la fuente de creación de dichas potestades, como bien apuntan Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, *“esa Ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos de dicha potestad y que la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad”*⁵⁸.

De lo expuesto, cabe colegir que la revisión de la potestad discrecional, sólo resulta procedente respecto de alguno de los elementos del acto administrativo en cuestión, no de todos, es decir, dicho examen no constituye ni puede llegar a constituir una revisión integral del referido acto en cuestión: sólo alcanzará como veremos a

⁵⁸ Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005.

continuación a los elementos jurídicos o legales del acto, mas no al mérito u oportunidad del mismo.

3.1.1.1 Extensión de la Facultad de Revisión

Toda facultad discrecional, como lo hemos señalado, constituye una formula legal que le otorga al organismo de la Administración titular de la misma una mayor flexibilidad a su accionar, toda vez que, en dicha hipótesis el ordenamiento jurídico no le ordena a la repartición pública a actuar de una manera determinada (o positiva). Como bien lo señala la doctrina española, *“lo cierto es que, por lo general, tanto los derechos y principios constitucionales como los principios generales del derecho sólo vinculan negativamente las decisiones administrativas. Es decir, se limitan a **excluir** aquellas soluciones que desconozcan los valores jurídicos en ellos consagrados, pero no indican **positivamente** cual es la que se ha de adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio.*

*Consecuentemente, resulta harto complicado – cuando no imposible en la mayoría de los casos – articular un control jurídico **positivo** de la actividad administrativa con apoyo (exclusivo) en genéricos principios constitucionales o principios generales del derecho. En efecto, dado que, por ejemplo, ni el principio de interdicción de la arbitrariedad ni el de proporcionalidad son capaces de indicar **positivamente** en un caso concreto cual es la solución más razonable o más adecuada entre todas aquellas que no aparezcan, al menos como (manifiestamente) irrazonables o desproporcionadas, se rebasarían los límites (intrínsecos) del control jurídico (negativo) si los jueces contencioso-administrativos entendieran que solamente se*

sustraen a la tacha de irrazonabilidad o desproporcionalidad aquellas soluciones que ellos mismos estimen en cada caso más razonables o más adecuadas⁵⁹.

Como bien apunta el referido jurista español, a la complejidad del proceso de revisión, debe sumársele el hecho de que los límites al quehacer de la Administración, muchas veces encuentran su justificación, precisamente, en otra serie de conceptos jurídicos indeterminados, tales como, la arbitrariedad, racionabilidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, etc. Es decir, no existe certeza jurídica ni el ejercicio de las facultades discrecionales por el órgano administrativo en cuestión, ni tampoco en examen de los actos administrativos que han sido impugnados, puesto que su revisión se fundamenta también en conceptos jurídicos abiertos, genéricos o indeterminados, lo que dificulta sobremanera el examen a realizar por la judicatura.

Si bien, participamos de tal afirmación, es necesario realizar ciertos alcances. En efecto, debemos tener presente que de acuerdo al Derecho Público chileno, el quehacer de la Administración se torna antijurídico a través de 2 causales básicamente, las que precisamente se encuentran recogidas en nuestro recurso de protección: **ilegalidad** y **Arbitrariedad**. En nuestro sistema legal, ambos conceptos, si bien son genéricos, se encuentran delimitados en cuanto a su alcance.

Incurrirán en vicio de ilegalidad, los actos administrativos que se hayan dictado en contraposición a la competencia otorgada al órgano en cuestión o excediendo sobremanera los límites establecidos en aquella; por su parte, los actos administrativos se considerarán arbitrarios, cuando se emitan sin fundamentos o sean meramente caprichosos, por una parte, y por la otra, cuando sean desproporcionados. Si bien estos conceptos por su propia naturaleza, constituyen conceptos abiertos, cuyo alcance será determinado caso a caso por nuestros tribunales, nos parece sano y del

⁵⁹ Mariano Bacigalupo, La Discrecionalidad Administrativa, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

todo apropiado, que en determinadas situaciones, quizás de suyo complejas, sean los tribunales de justicia los llamados a determinar el sentido y alcance de los mismos.

Sin embargo, y en carácter complementario de lo señalado en los párrafos precedentes, hemos de volver a reiterar que la fuente de toda potestad discrecional esta en la Ley; este hecho resulta de importancia capital, puesto que podemos afirmar con propiedad que en toda norma legal atributiva de potestades discrecionales otorgadas a cualquier repartición pública, al menos deberían encontrarse “*cuatro elementos reglados*”⁶⁰, a saber:

- *La existencia misma de la potestad;*
- *Su extensión (que en caso alguno puede ser absoluta);*
- *Entidad y organismo dentro de aquella, habilitado para ejercerla, y*
- *El fin, puesto que todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica”.*

Añaden, que “*además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad: forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación de un quantum pero dentro de determinadas magnitudes, etc.). De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un compositum de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora”.*

⁶⁰ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005

Estos elementos reglados, a juicio de los autores españoles en cuestión, pueden controlarse fundamentalmente a través de tres técnicas, a saber:

- **La técnica de la desviación de poder (control del fin):** Toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y, por tanto, elemento necesariamente reglado), por la norma que atribuye la potestad para actuar. Dicho esto, hay desviación de poder cuando el ejercicio de potestades administrativas se utilice para fines (públicos o privados) distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico, por ejemplo, cuando la autoridad reduce las áreas verdes definidas en un Instrumento de Planificación Territorial para ahorrarse los dineros de la mantención de dichas áreas;
- **La técnica del control de los hechos determinantes:** Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata (existencia de la vacante; emplazamiento del proyecto en un área determinada), y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo. En este contexto, la valoración de la realidad podrá ser objeto de una potestad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente o no ha sido así;
- **La técnica del control por los Principios Generales del Derecho:** Como sostienen dichos autores, *“la Administración no es un poder soberano, sino una organización subalterna al servicio de la persona humana, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en un caso concreto, bajo el amparo de una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que emana del respecto irrestricto de algún Principio General del Derecho”*.

A mayor abundamiento, cabe precisar que esta técnica de control de la actividad administrativa, se encuentra expresamente consagrada en nuestro Ordenamiento Jurídico, en el inciso 2° del artículo 3 de DFL N° 1/01, que fija el

texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que reza expresamente: *“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”*.

En este orden de ideas, y como bien expresan los referidos tratadistas españoles, *“la Administración puede, en efecto, suspender de empleo y sueldo a un funcionario público durante la tramitación de un expediente disciplinario, pero esta suspensión, por muy discrecional que sea la potestad en que tiene su origen, no puede prolongarse durante siete años, ya que la suspensión es, en todo caso, una medida provisional, cautelar, y es injustificada a todas luces e incluso contraria a toda razón que una medida de ese carácter perdure y se mantenga durante tan largo espacio de tiempo”*.

Pues ahora bien, conociendo los tribunales de justicia respecto de un reclamo en contra de un acto administrativo, ¿Cuál es el alcance de la revisión?, ¿podrían los tribunales modificar, sustituir e inclusive dictar una resolución en reemplazo del acto administrativo impugnado?

Respecto de estos tópicos, se hace necesario definir el tipo de control que puede ejercer la Administración, distinguiendo al efecto entre una *jurisdicción plena*, en la que los tribunales si podrían dictar el acto de reemplazo y otro denominado *jurisdicción limitada*, en donde los tribunales, se limitarían solamente a declarar la nulidad del acto, remitiendo a la Administración, la emisión del correspondiente acto conforme los criterios establecidos en su sentencia.

Los que propugnan la jurisdicción plena de la Administración, sostienen que *“el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sometimiento que corresponde verificar, en toda su plenitud y sin limitación alguna, a los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa”*⁶¹.

De acuerdo a lo anterior, esta doctrina postula que la emisión de una resolución de reemplazo del acto impugnado por parte de los tribunales de justicia, no puede verse como sostiene parte de la doctrina contraria, como una infracción al principio de separación de poderes, convirtiéndose el poder judicial, como señala el jurista Pedro Dormi, *en un legislador y en un administrador*, puesto que como sostiene Eduardo García Enterría, *“el control judicial de la discrecionalidad no es,..., una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades”*⁶².

Por su parte, la corriente que postula una *jurisdicción limitada* del órgano revisor, no admite la modificación, sustitución o conversión judicial del acto administrativo en ningún caso, puesto que la jurisdicción sólo “confirma o anula”, total o parcialmente, el acto impugnado, puesto que constituye una instancia “revisora”, no sustitutiva, que sólo comprueba o controla lo actuado con el marco jurídico.

A mayor abundamiento, Joaquín Tornos sostiene en defensa de esta doctrina que, *“se puede controlar lo razonable, pero ya es mucho más difícil controlar lo más razonable. Las técnicas jurídicas empiezan a mostrar sus posibilidades y sus límites. Tratar de definir lo más razonable desborda los límites propios del discurso del juez.*

⁶¹ Tomás Ramón Fernández, De la Arbitrariedad de la Administración, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

⁶² Eduardo García de Enterría, La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1974.

*Por ello su examen debe contenerse en este nivel de examen y anular la decisión arbitraria, remitiendo a la Administración la solución más razonable (..). El razonamiento propio de la actividad jurisdiccional puede detectar que la decisión no es razonable, que es arbitraria, pero no puede ayudar a prefigurar la decisión más razonable*⁶³.

Previo a exponer nuestra posición, y siguiendo al profesor Mariano Bacigalupo, consideramos importante realizar un distingo respecto de lo que se entiende por un control del acto impugnado, o en otros términos **¿que es lo que se controla del acto?**

Al respecto, resulta apropiado realizar un distingo respecto de los elementos de todo acto impugnado que pueden ser objeto de un control por parte de la judicatura. En efecto, *“es necesario distinguir entre el control de ejercicio de las potestades discrecionales (cuyo alcance se rige por los límites intrínsecos del control jurídico, sólo determinables, como se ha subrayado anteriormente, en el marco de una investigación jurídico-metodológica) y, por otro, el control de su atribución (el cual se rige por los límites a los que la Constitución sujeta la atribución de potestades discrecionales)*⁶⁴.

De acuerdo a esta distinción, una cosa es el control del ejercicio de la potestad discrecional, que podríamos decir, constituye el fondo del acto administrativo, y otra cosa, es la forma de dicho acto, a nuestro entender, el examen respecto de si efectivamente el órgano cuenta con la debida competencia para dictar el acto en cuestión.

⁶³ Joaquín Tornos Más, “Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial”, Primer Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas, 1996.

⁶⁴ Mariano Bacigalupo, La Discrecionalidad Administrativa, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

Como bien apunta dicho autor, “*se trata de dos controles distintos estrechamente relacionados que conviene no mezclar. Sólo así se podrá evitar planteamientos de quienes postulan un mayor alcance del control del ejercicio de las potestades discrecionales con argumentos relativos a la legitimidad constitucional de su atribución, y viceversa*”.

Teniendo en vista esta distinción, podremos percatarnos que en realidad el problema que se suscita en relación a la extensión del control por parte de los tribunales de justicia, esta directamente asociado con el denominado *control del ejercicio de la potestad discrecional* o control de fondo⁶⁵, puesto que este aspecto apunta precisamente a determinar si el contenido del mismo se ajusta a la potestad que le ha servido de fuente, es decir, si el acto se encuentra debidamente encausado a la norma jurídica que le sirve de fundamento mediante un análisis de mérito, conveniencia o razonabilidad.

Teniendo en cuenta estos aspectos, consideramos que nuestros tribunales tienen plena competencia para conocer y revisar la impugnabilidad de un acto administrativo, desde el punto de vista formal, de atribución o examen de los elementos reglados de la potestad (a través de algunas de las técnicas precedentemente analizadas); mas no tendrían competencia en nuestra opinión para realizar el examen de fondo o de mérito, razonabilidad o conveniencia técnica. En efecto, y como hemos explicado en el presente capítulo, la potestad discrecional es aquella que otorga a la Administración la posibilidad de escoger entre variadas alternativas, todas legalmente validas ante el derecho, de ahí que la solución que en definitiva escoja el organismo competente en cuestión, constituye un indiferente jurídico respecto del tribunal que ejercerá el control de la potestad, es decir, el tribunal no podrá revisar el mérito o conveniencia de la referida potestad porque ese margen subjetivo de apreciación ha sido entregado

⁶⁵ El control de forma o de la atribución, constituye un análisis externo destinado a determinar si el órgano que dictó el acto tenía facultades para hacerlo. Nuestra judicatura siempre podrá ejercerla, por lo que ninguna parte de la doctrina se divide en este sentido.

precisamente por la Ley a la Administración. No obstante, en caso de detectarse que el ejercicio de la potestad discrecional ha vulnerado alguno de los elementos reglados que se encuentran presentes en la respectiva norma atributiva de poder, la judicatura se encontrará obligada a anular el acto administrativo en cuestión dejando al órgano competente, la emisión del correspondiente acto administrativo de reemplazo.

De ahí que se hable de un **control negativo** de la potestad discrecional, puesto que si bien (asumiendo nuestra posición), los tribunales de justicia no podrían dictar el acto administrativo de reemplazo del acto impugnado (control positivo), la Administración al momento de ejercer nuevamente la potestad discrecional en cuestión, deberá internalizar las razones que llevaron en definitiva a los tribunales a declarar que el acto discrecional se emitió vulnerando el ordenamiento jurídico.

“Sin perjuicio de aquello, no cabe descartar la posibilidad de que una programación jurídica de carácter en principio negativo se transforme –en un supuesto concreto- en una programación positiva. En efecto, se puede dar el caso de que –no obstante la naturaleza discrecional (in abstracto) de la decisión administrativa impugnada- sólo sea posible considerar conforme a derecho una única solución, al ser cualquiera otra imaginable en el caso concreto incompatible con la Constitución o el Derecho, esto es, con derechos o principios constitucionales o principios generales del derecho. Son estos los caso en que la doctrina alemana habla de reducción a cero de la discrecionalidad, la cual comporta, como lógica consecuencia en el plano procesal, la viabilidad, no ya de un procedimiento anulatorio de cualquier decisión administrativa distinta de la única conforme a Derecho, sino de un pronunciamiento positivo que condene a la Administración a adoptar esta última o, incluso –cuando exista base para ello en los autos-, imponga directamente la única solución ajustada a derecho por vía sustitutoria”⁶⁶.

⁶⁶ Mariano Bacigalupo, La Discrecionalidad Administrativa, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

3.1.2 La Discrecionalidad Técnica

“La prevención de los daños ambientales exige, ante todo, conocer los efectos que sobre el medio ambiente pueden tener las actividades humanas a fin de poder evitar, o paliar al menos, su incidencia negativa en el entorno. Por ello una de las técnicas de protección del medio ambiente que adquiere cada vez mayor arraigo en los países industrializados consiste en la evaluación o análisis de los efectos ambientales de determinadas actuaciones públicas o privadas potencialmente dañinas del entorno, a fin de adoptar las decisiones o tomar las medidas que permitan optimizar dichas actuaciones desde la perspectiva del logro de un desarrollo sostenible”⁶⁷, técnica que en nuestro país se encuentra consagrada a nivel legal a través del SEIA.

Como hemos señalado en el capítulo anterior, respecto de proyectos o actividades sometidos al SEIA a través de un EIA, la CONAMA no solo deberá velar porque el mismo se ajuste a la legislación ambiental aplicable, sino que también, deberá velar porque el mismo, **haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas** (artículo 16, inciso final, LBGMA).

En función de este artículo, así como del análisis sistémico de otras disposiciones del Reglamento del SEIA, podemos asumir que el propio ordenamiento jurídico consagra a favor de la Administración facultades discrecionales. En efecto, y considerando el carácter eminentemente técnico del tema (evaluación ambiental de proyectos o actividades), la doctrina española ha empleado la terminología **discrecionalidad técnica** para referirse a la discrecionalidad consagrada a la Administración en estos tópicos. En todo caso, debemos tener presente que a nuestro

⁶⁷ Blanca Lozana Cutalda, Derecho Ambiental Administrativo, Editorial Dykinson, Madrid, 2001.

juicio, se trata de una variante dentro de un mismo concepto, por lo que la discrecionalidad técnica, estará sometida a los mismos límites de la discrecionalidad administrativa en general.

Como señala Miguel Sánchez Morón, la discrecionalidad técnica se refiere a *“aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica”*⁶⁸; en otros términos, aplicando el referido concepto a la temática medio ambiental, *“la ley da el marco regulatorio general, dejando a la discrecionalidad de la Administración el establecimiento de las exigencias específicas que permitan, en cada caso particular, asegurar la sustentabilidad ambiental del proyecto”*⁶⁹.

Al respecto, sostiene la doctrina que la discrecionalidad administrativa, importa la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos, es decir, criterios técnicos o de oportunidad o conveniencia, según los casos, para optar entre una u otras de las soluciones posibles cuando debe tomarse una decisión, por lo que, sólo las valoraciones administrativas que excedan claramente de los límites de la potestad atribuida, esto es, que incurran en la llamada “zona de certeza negativa” serán contrarias a derecho, por haber infringido los límites específicos de la discrecionalidad. Se trata de aquellos casos en que la ley ha atribuido un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza técnica, por lo que la materia debe reducirse a controlar si la solución técnica ha estado debidamente fundamentada.

En este sentido, el necesario respeto al resultado de toda decisión técnica plausible debe combinarse con un control estricto del cumplimiento de las garantías

⁶⁸ Citado por Mario Galindo Villarroel, en artículo “El Caso Itata, Sobre el Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica a Través del Recurso de Protección”, en Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Año I, Nº 1, Diciembre, 2003.

⁶⁹ Mario Galindo Villarroel, El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia, 1996-2000, Edición María Claude Plumer, CONAMA 2001.

organizativas y procedimentales, incluido el control de la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión, si es que tales criterios están definidos en una norma jurídica, reconociendo en síntesis, los siguientes límites, a saber⁷⁰:

- La inexistencia o inexactitud de los hechos sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante de la invalidez de la decisión.
- La valoración de los hechos, aún no siendo una operación reglada, tiene también unos límites jurídicos generales, ya que no puede llevar a consecuencias absurdas, manifiestamente injustas o claramente desproporcionadas o irrazonables.
- Sólo hay abuso de la discrecionalidad en la apreciación de los hechos allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser desvelado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable.

La discrecionalidad administrativa (técnica) está también limitada por los principios generales en la determinación de la medida aplicable (o consecuencia jurídica), si la Administración puede optar entre varias, asociado a principios de buena fe, igualdad jurídica o proporcionalidad.

⁷⁰ Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial* Editorial Tecnos S.A., 1994.

CAPITULO III

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SEIA

4 LO REGLADO Y LO DISCRECIONAL EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. UN DISTINGO NECESARIO.

Como analizamos en su oportunidad, el SEIA constituye un procedimiento administrativo multisectorial, en orden a que a través de él participarán una serie de organismos con competencias en materia ambientales respecto de la evaluación de un proyecto o actividad determinado. De ahí, que el rol coordinador de CONAMA adquiera una gran relevancia, toda vez que será dicha repartición pública, la que al cumplir con dicha función, realizará la selección de las observaciones que en definitiva formarán parte del ICSARA y del correspondiente ICE.

Como bien señalamos en el numeral 2.1.3 del presente trabajo, tanto la CONAMA así como los órganos de la Administración del Estado con competencias ambientales, disponen de una serie de facultades en el contexto del SEIA, las que podemos agrupar bajo los siguientes criterios rectores, a saber:

- Facultades asociadas a la Etapa de Admisibilidad de DIAs/EIAs (Control Formal);
- Facultades asociadas a la Etapa de Tramitación de DIAs/EIAs (ICSARAS, ICE);
- Facultades Relativas a la Etapa Resolutiva de DIAs/EIAs (RCA).

En este capítulo abordaremos el análisis de cada una de las referidas facultades, sin embargo, las que revisten mayor interés a los objetivos de la presente actividad

formativa, son aquellas asociadas a pronunciamientos de fondo o sobre la viabilidad ambiental del proyecto o actividad en cuestión, ya sea respecto de la adecuación de las medidas de mitigación, reparación y compensación contenidas en el EIAs, así como respecto de la suficiencia de la información proporcionada en los documentos ambientales presentados (información relevante y esencial en DIAs/EIAs), a las que hemos denominado potestades decisorias o de fondo, las que se pueden presentar tanto en la etapa de tramitación del proyecto o actividad, como en la etapa resolutive, es decir, en la misma RCA.

En este orden de ideas, podemos señalar -en términos generales-, que la naturaleza jurídica a la que responden la mayor parte de las facultades asociadas a los dos primeras etapas administrativas del procedimiento de evaluación (admisibilidad y tramitación), constituirían potestades regladas; más no sucede lo mismo, tratándose de las potestades asociadas al tercer grupo (Etapa Resolutive), puesto que las causales de aprobación o rechazo de proyectos, en especial las asociadas a la adecuación de medidas de mitigación, reparación y compensación, así como respecto de la configuración legal de la falta de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente un proyecto o actividad, como veremos en su oportunidad, responderían a la naturaleza de las potestades discrecionales.

En lo que se refiere a este último grupo de facultades, cabe hacer una salvedad, en orden a que todo lo concerniente a la emisión y contenidos de la RCA, acto administrativo que pone fin a la evaluación ambiental, fue analizado en el numeral 2.1.4 de este trabajo, por lo que nos remitimos en este aspecto a lo señalado en dicho apartado.

Previo al estudio de la discrecionalidad administrativa en el SEIA, nos detendremos en el análisis de dos instructivos emitidos por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, y que precisamente, tienen una injerencia de suma importancia en las materias y tópicos a desarrollar.

Nos referimos a los siguientes instructivos, a saber:

- Instructivo para la adecuada fundamentación de los Informes Sectoriales, de los Acuerdos y de las Resoluciones de Calificación Ambiental adoptados en el contexto del SEIA, e
- Instructivo sobre Condiciones y Exigencias Respecto de Proyectos o Actividades Contenidos en una Declaración de Impacto Ambiental.

Lo anterior, debido a que suele confundirse en ocasiones el ejercicio de la potestad discrecional con el concepto de arbitrariedad. Como hemos señalado en los capítulos precedentes de este trabajo, cabe tener en cuenta que la arbitrariedad, esto es, el actuar infundado o desproporcionado de la Administración, constituye un acto antijurídico, que como tal, es repudiado por nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto, se debe tener muy presente que cualquiera sea la potestad en base a la cual la Administración Ambiental, o en su defecto, las reparticiones públicas que participen en el proceso de evaluación ambiental, emitan sus actos, éstos SIEMPRE deben ser fundados al efecto (y proporcionales), no importando en lo absoluto, si el acto proviene de una potestad reglada o de una discrecional. En otros términos, la potestad discrecional, no es una puerta de entrada a la arbitrariedad o a lo antijurídico.

Por último, debemos hacer presente que la LBGMA ha sido recientemente modificada por la Ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, la que contiene una serie de disposiciones que importan precisamente un nuevo tratamiento respecto de las potestades decisorias con que cuenta actualmente la administración ambiental, específicamente respecto del ICE, de las condiciones o exigencias ambientales contenidas en una RCA y de la

figura información relevante y esencial, tópicos que serán analizadas en los numerales 4.5 y siguientes de la presente AFET.

4.1 Instructivo sobre Fundamentación de Informes Sectoriales, Acuerdos y RCA

CONAMA emitió a través de su Dirección Ejecutiva el Ordinario N° 70983 de fecha 14 de marzo de 2007, que consagró el Instructivo para la adecuada fundamentación de los Informes Sectoriales, de los Acuerdos y de las Resoluciones de Calificación Ambiental adoptados en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en virtud del cual se establecen orientaciones en cuanto a la forma en que los antedichos Informes, Acuerdos y Resoluciones deben ser elaborados y/o adoptados, según corresponda.

Conforme lo señala el numeral primero del referido Ordinario, “la CONAMA, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, ha desplegado esfuerzos dirigidos a fijar reglas y criterios con la finalidad de sentar bases claras en la evaluación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al SEIA y, paralelamente, destinadas a cumplir con los principios de eficiencia y eficacia establecidas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

Como ya hemos analizado, tanto la LBGMA, como el D.S. N° 95, Reglamento del SEIA, son claros en orden a señalar que los actos que deben emitirse en el contexto de dicho procedimiento administrativo, deben ser motivados o fundados. Dentro de esta perspectiva, podemos reproducir diversas disposiciones tales como aquellas referidas a que los informes e indicaciones que deben elaborar los órganos de la Administración del Estado competentes debe ser **fundados** (artículo 23, inciso 1° y 2°, en relación con el artículo 29, incisos 1° y 2°, Reglamento del SEIA); asimismo, la decisión que adopte la Comisión Regional del Medio Ambiente respecto a la

calificación ambiental de un proyecto o actividad debe ser **fundada** (artículo 34, incisos 2° y 3°), entre otras disposiciones analizadas en los capítulos anteriores de este trabajo.

En este contexto, ¿cual es el valor jurídico que debe otorgársele a los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes? Previo a resolver esta interrogante, debe abordarse la naturaleza jurídica de los informes técnicos que emiten los órganos con competencia ambiental.

Del examen de diferentes procesos de evaluación de impacto ambiental, la primera conclusión que debe hacerse presente dice relación con la tipología de norma jurídica que emiten las reparticiones públicas que participan en el SEIA para realizar sus observaciones: **un Ordinario**. Dicho tipo de normas jurídicas, están destinadas básicamente a comunicar una opinión de la Administración sobre diferentes puntos sometidos a su conocimiento, por ejemplo, la CONAMA emite Ordinarios frecuentemente a propósito de los Informes de Pertinencia al SEIA que presentan los particulares.

De acuerdo al artículo 3° de la LBPA, los ordinarios no constituirían actos administrativos, al menos desde una concepción restringida, característica fundamental, en virtud de la cual, se generan las siguientes consecuencias jurídicas, a saber:

- El Ordinario, al no constituir acto administrativo, no goza de presunción de legalidad;
- Su contenido no puede ser exigible al agente privado al cual esta dirigido, es decir, no gozan de imperio y exigibilidad, y
- No puede deducirse en su contra Recurso de Reposición o Jerárquico (artículo 15, LBPA).

Esta situación reviste la mayor importancia, porque suelen generarse exigencias para los agentes privados a través de esta tipología de instrumentos jurídicos (no necesariamente en el contexto del SEIA). Siguiendo el ejemplo dado anteriormente, referido a la solicitud de pertinencia al SEIA, que pasa si CONAMA en definitiva dispone que el proyecto en cuestión debe someterse al SEIA, el agente privado ¿puede desconocer ese pronunciamiento?, ¿es vinculante esa “comunicación” efectuada por la Administración al particular?

Pues bien, el Instructivo en análisis, tiende a zanjar este tema. En efecto, según el mismo “*las opiniones técnicas que emiten los órganos de la Administración del Estado*” constituyen jurídicamente, “*informes*”, materia que se encuentra regulada en los artículos 37 y 38 de la LBPA.

Conforme a dicha normativa legal, “*para los efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que señalen las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de requerirlos. En cuanto a su valor, salvo disposición expresa en contrario, “los informes serán facultativos y no vinculantes”*”.

A modo de resumen, y en virtud de las disposiciones legales analizadas, los informes que emitan los órganos con competencia ambiental en el contexto del SEIA, no son vinculantes para CONAMA, institución que en su carácter de organismo administrador del SEIA, puede omitir alguno de dichos informes al momento de elaborar, ya sea el respectivo ICSARA, el ICE o la respectiva RCA, “*toda vez que no existe ninguna norma legal o reglamentaria que establezca tal tipo de vinculación*”⁷¹.

⁷¹ Apartado III, Letra a), Numeral 2°, Instructivo para la adecuada fundamentación de los Informes Sectoriales, de los Acuerdos y de las Resoluciones de Calificación Ambiental adoptados en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En definitiva, las instrucciones precisas que el mencionado Instructivo establece, son las siguientes, a saber:

- *“Los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participen en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, deberán ser adecuadamente fundados y formulados estrictamente dentro de la esfera de sus respectivas competencias;*
- *El ICSARA que deben elaborar las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, han de recoger sólo aquellos pronunciamientos emanados de los respectivos órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participen en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, que se encuentren adecuadamente fundados y realizados dentro del correspondiente ámbito de sus competencias. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad que legal que tiene la Comisión para plasmar, en el ICSARA, el requerimiento de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que el mérito de los antecedentes requiera (Artículos 25, inciso 1° y 30, inciso 1°, ambos del RSEIA);*
- *Los Acuerdos de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, deben ser fundados. En particular, en el evento que uno o más integrantes de dichas Comisiones, sea o no que constituyan mayoría, optaren por desestimar las conclusiones plasmadas en el Informe Consolidado de Evaluación respectivo, o el contenido de algún Informe Sectorial en particular, deberán fundamentar adecuadamente su voto”.*

4.2 Instructivo Sobre Condiciones y Exigencias Respecto de DIAs

Como señalamos en su oportunidad, las RCA deben contener, entre otras menciones, *“la calificación ambiental del proyecto o actividad, aprobándolo, rechazándolo o, si **la aprobación fuere condicionada**, fijando las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y*

aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado” (artículo 36, letra d), Reglamento del SEIA).

A mayor abundamiento, y en conformidad al artículo 25 de la LBGMA, la RCA deberá certificar **“cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad”**.

Sin perjuicio de aquello, y atendiendo a la naturaleza intrínseca y finalidades de los documentos ambientales establecidos en nuestra legislación, DIAs y EIAs, sólo es dable establecer (en principio) un régimen condicionado de aprobación respecto de la evaluación ambiental de proyectos sujetos a EIAs, puesto que en tales casos la CONAMA respectiva deberá verificar no sólo si el proyecto en cuestión cumple con la normativa legal ambiental asociada, hecho que se puede demostrar objetivamente a través de estudios técnicos tales como modelación de ruido y emisiones de contaminantes a la atmosfera, análisis de contaminantes en los efluentes generados por el proyecto o actividad, entre otros, sino que además, deberá evaluar si respecto de los efectos, circunstancias y características que originaron la presentación de un EIA, se han adoptado medidas de mitigación, reparación y compensación apropiadas, por lo que precisamente a través del análisis de esta variable, la autoridad ambiental podría establecer condiciones o exigencias respecto del modo o ejercicio de alguna de las referidas medidas sugeridas por el titular del proyecto.

La realidad no obstante, difiere sobremanera del marco teórico expuesto precedentemente, puesto que como bien reconoce el Instructivo sobre Condiciones y Exigencias Respecto de Proyectos o Actividades Contenidos en una Declaración de Impacto Ambiental⁷², *“se ha comprobado que en algunos casos las respectivas*

⁷² Dicho Instructivo fue aprobado a través de Ordinario N° 081748, de fecha 27 de mayo de 2008, emitido por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA.

COREMAS han establecido condiciones y/o exigencias para la ejecución de los proyectos o actividades” sujetos a DIA. Por lo mismo, el referido instructivo, “tiene por objetivo reiterar el sentido y alcance de ciertas disposiciones en orden a llevar adelante los procedimientos de evaluación de las DIAs conforme con la naturaleza que esta modalidad de presentación detenta”.

El instructivo en análisis, concluye que **si es posible excepcionalmente** establecer condiciones o exigencias en una RCA respecto de un proyecto o actividad contenido en una DIA, cuando concurren copulativamente los siguientes requisitos, a saber:

- Que el objeto de las mismas sea sola y exclusivamente el **cumplimiento de la normativa legal ambiental aplicable, o bien de los permisos ambientales sectoriales aplicables;**
- Sean de carácter **ambiental** y
- Su imposición se encuentre **fundada**.

Termina señalando que *“no se podrán establecer condiciones, requisitos o exigencias, ni aceptar compromisos voluntarios, que digan relación con efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo 11 de la LBGMA”,* afirmación que es del todo lógica y consistente con nuestra legislación ambiental, puesto que, en tal escenario, lo que corresponde es el rechazo de la DIA debido a que el proyecto o actividad en cuestión, al originar cualquiera de los efectos, características o circunstancias contenidos en el artículo 11 de la LBGMA, debió haberse presentado a través de un EIA, por lo que en definitiva el titular deberá presentar al SEIA nuevamente su proyecto, a través del documento ambiental idóneo, EIA.

4.3 La Ilegalidad en el SEIA

Así como señalamos anteriormente que potestad discrecional y arbitrariedad, aún cuando a veces se confunden, se trata de conceptos disímiles, el primero del todo jurídico, el segundo, por el contrario, antijurídico, asimismo, en determinadas ocasiones, suelen confundirse los actos ilegales con aquellos que han sido emitidos al amparo de una potestad discrecional.

El acto ilegal es aquel que es contrario a la ley, ya sea porque excede el margen de competencia entregado al órgano (va mas allá), o porque derechamente se emite en contradicción con dicha competencia. Sería el caso por ejemplo, en que CONAMA incorporara dentro del respectivo ICSARA, observaciones de órganos que no tienen competencia para abordar dichos tópicos o cuando los mismos son emitidos infundadamente. En cambio el acto amparado en una potestad discrecional, constituye en principio un acto legal, y para que tenga validez en el mundo del derecho, debe haberse emitido respetando todos los límites que el legislador le ha impuesto al consagrarla (nos referimos al control de los elementos reglados existentes en toda potestad discrecional).

Es del caso señalar que conforme al Dictamen N° 44.032, de fecha 29 de octubre del año 2002, emitido por la CGR, el procedimiento administrativo que da origen al SEIA, tiene un carácter reglado, *“en el que se han contemplado las instancias necesarias para que, además del titular del proyecto, puedan intervenir en él las organizaciones ciudadanas y personas naturales interesadas, y los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental”, estableciendo normas acerca de la presentación de los Estudios y Declaraciones, los documentos y antecedentes que deben acompañarse, el análisis que debe efectuar la autoridad, las consultas a los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, las formas de dar publicidad a los Estudios y Declaraciones, los mecanismos de aclaración, rectificación*

y ampliación, los informes que deben elaborarse, la forma de participación de las organizaciones ciudadanas, la forma de realizar la calificación, el contenido de la resolución que califica el proyecto o actividad, y, en fin, la forma de notificar las diversas actuaciones que adopta la autoridad en el transcurso del procedimiento”.

En otros términos, nuestra entidad de control ha señalado que los actos de procedimiento constituyentes del SEIA, al encontrarse regulados en sus aspectos formales, dan lugar a un procedimiento reglado, puesto que ha sido la misma ley la que ha regulado de antemano todas sus etapas y las instancias de participación, tanto de las autoridades, de la comunidad así como del propio titular del proyecto.

A mayor abundamiento y conforme al Dictamen N° 20.477, emitido por la Contraloría con fecha 20 de mayo de 2003, *“la normativa que se analiza configura un procedimiento reglado, es decir... un conjunto de actos administrativos vinculados a una determinada decisión de la autoridad, a cuyo respecto la ley establece reglas precisas que deben ser respetadas por el órgano emisor, el que en este ámbito carece de facultades discrecionales, sin que pueda apartarse de tales normas en lo concerniente a los requisitos de forma y fondo de cada uno de dichos actos ni en cuanto a la secuencia procesal que los vincula”.*

Continúa señalando al respecto que *“la incorporación de trámites no previstos en dicho procedimiento, que en cualquier forma alteren esa ordenación, infringe el principio de juridicidad”.*

La consecuencia de esta interpretación, radica en que al constituir el SEIA un procedimiento reglado, no es dable a CONAMA, en su calidad de órgano administrador del SEIA, ni tampoco a los organismos públicos que participan en él, alterar o modificar las etapas de dicho procedimiento o agregar nuevas instancias que no encuentren su correlato en la normativa legal ambiental que le sirve de fuente,

ocupando la terminología del Dictamen en comento, “*no procede modificar discrecionalmente los actos administrativos que son el resultado de procedimientos reglados*”.

A modo de resumen, el procedimiento del SEIA, al constituir un procedimiento reglado, cuyas etapas se encuentran íntegramente reguladas por la normativa legal ambiental que le sirve de sustento, difícilmente podrá presentarse la figura de la discrecionalidad en este aspecto formal. No ocurre lo mismo en el aspecto sustantivo o de fondo, es decir, en las decisiones adoptadas por la autoridad, puesto que si bien se consagran a favor de la autoridad ambiental facultades expresas, en su mayoría regladas, existen otras, sin embargo, genéricas o amplias, quedando en tal caso a favor de la Administración Ambiental, un margen libre de decisión conforme a lo que se señalará en el numeral 4.4 y siguientes de esta actividad formativa.

Sin perjuicio de aquello, debemos tener presente que en nuestro derecho todo órgano de la Administración debe actuar dentro de su **competencia**, ya sea que ésta le otorgue potestades regladas o discrecionales. Asimismo, sus actos deben ser **fundados**, es decir, el organismo público en cuestión, debe identificar en su informe respectivo (que como lo hemos señalado anteriormente, tomará por lo general la forma de Ordinario), las causas o motivos, tanto de orden legal, así como técnico, que le han permitido llegar a dicha conclusión.

Con el mérito de los antecedentes expuestos, a continuación nos avocaremos a analizar el ejercicio de las facultades que tanto CONAMA, así como los organismos con competencia ambiental detentan a propósito del SEIA, abordando en primer término, las ilegalidades que a nuestro juicio se producen con mayor frecuencia en el SEIA (y que en ocasiones se confunden con actos discrecionales), para posteriormente abordar derechamente el tema de la discrecionalidad administrativa en el SEIA.

4.3.1 El Examen de Admisibilidad en el SEIA o acerca del Control Formal

Conforme al artículo 20 del Reglamento del SEIA, la CONAMA podría no admitir a tramitación una DIA/EIA, en la medida que el referido documento ambiental no cumpliera con los requisitos formales señalados por la Ley y el Reglamento para su ingreso.

Los requisitos formales que la Ley y el Reglamento identifican para la admisión a trámite de DIAs/EIAs, son los siguientes, a saber:

- Numero de ejemplares suficientes, en función del número de organismos con competencia ambiental a participar, así como en relación a requerimientos de la participación ciudadana (en su caso);
- Extracto EIA (en su caso)
- Antecedentes que acrediten que la presentación se hace por la persona facultada legalmente para ese efecto.

En cuanto a la elaboración y el contenido que deben contener los EIAs, se señala que estos deben comprender entre otros aspectos, *“un plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable”* (artículo 12, letra g), LBGMA), *“el que deberá incluir, cuando corresponda, la indicación de la normativa de carácter general aplicable al proyecto o actividad, las normas de carácter específico asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de los recursos naturales, la fiscalización y los permisos ambientales sectoriales que el proyecto o actividad requiera para su ejecución o modificación”* (artículo 12, letra d), Reglamento del SEIA).

En cuanto a las DIAs, de acuerdo al artículo 16, inciso 1° del Reglamento del SEIA, el titular del proyecto o actividad, deberá acompañar la documentación y los antecedentes necesarios para acreditar el cumplimiento de la normativa de carácter ambiental y de los **requisitos y contenidos de los permisos ambientales sectoriales** contemplados en los artículos del Título VII de este Reglamento.

Pues bien, del examen de las disposiciones transcritas, podemos concluir que en la praxis las facultades relacionadas con la admisibilidad o inadmisibilidad de documentos ambientales, están encaminadas a realizar un control meramente formal o externo, tendiente a determinar si en los mismos se han incluido los tópicos que de acuerdo a la Ley y el Reglamento se deben desarrollar en los referidos documentos ambientales.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, como aconteció a propósito de la evaluación ambiental de los planteles de engorda de cerdos en la VIII Región de Bio-Bio, la autoridad ambiental ha excedido sobremanera la naturaleza meramente formal de la facultades concedidas respecto del ingreso a trámite de dichos proyectos en el SEIA, trasformando dichas facultades legales meramente formales, en facultades de fondo o propiamente de evaluación ambiental del proyecto, es decir, excediendo sobremanera el margen de competencia adoptado por la normativa legal en análisis. En efecto, durante el periodo 2006 y 2007, los referidos proyectos fueron constantemente rechazados por la autoridad ambiental regional, en su etapa de admisibilidad.

A mayor abundamiento, el Proyecto “Construcción de 16 Pabellones e Infraestructura de Engorda de Cerdos” o “Plantel de Engorda de Cerdos, Fundo San Guillermo” (cambió de nombre a posteriori), fue rechazado 2 veces consecutivas por los motivos que a continuación examinaremos, y recién, en su tercera presentación fue admitido a trámite y en definitiva aprobado, previa aceptación de las “observaciones” formuladas por la autoridad ambiental en la etapa de admisibilidad.

Al momento de presentarse el referido proyecto, la CONAMA no lo admitió a trámite puesto que **“el documento presentado no cumple con todos los requisitos formales señalados en el Art. 16 del D. S N° 95/01, Reglamento del SEIA”**, esgrimiendo las siguientes razones, a saber⁷³:

a) **No se cumple con el Art. 16 del D.S. N° 95/01, pues esta DIA no acompaña la documentación y los antecedentes Técnicos, en lo referido a la presentación de los requisitos y los contenidos de los Permisos Ambientales Sectoriales del Reglamento del SEIA.**

En efecto, no se acompañan los antecedentes mínimos y necesarios relacionados con el Permiso Ambiental del Art. 90 del D.S. 95/01 referido al “Permiso para la Construcción, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a la evacuación, tratamiento o disposición final de residuos industriales o mineros, a que se refiere el artículo 71 letra b) del D.F.L. 725/67, Código Sanitario”, dado que los antecedentes presentados en esta DIA, no respaldan lo afirmado por el Titular del proyecto. Lo anterior, referido principalmente a las fuentes utilizadas para caracterizar los parámetros físico-químico y microbiológico del residuo industrial del proyecto y la composición química de los lodos provenientes de la laguna anaeróbica.

Tampoco se acompañan los antecedentes que respalden los contenidos del Art. 91 del D.S. 95/01 referido al “Permiso para la Construcción, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a la evacuación, tratamiento o disposición final de desagües y aguas servidas de cualquier naturaleza, a que se refiere el Art. 71 letra b) del D.F.L. N° 725/67, Código Sanitario”, en lo relativo, principalmente, a las especificaciones técnicas de la profundidad de la napa, el plano de ingeniería básica del sistema de tratamiento de las aguas servidas, así como las fuentes

⁷³ Resolución N° 028, de la COREMA VIII Región del Bio-Bio, de fecha 21 de enero de 2005.

utilizadas para caracterizar estas aguas y los Lodos generados por dicho sistema.

*Por otro lado, tampoco se hace referencia al **Permiso Ambiental Sectorial del Art. 94 del D.S. 95/01 referido a la “Calificación de establecimientos industriales o de bodegaje a que se refiere el artículo 4.14.2. del D.S. N° 47/92, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones***⁷⁴.

⁷⁴ En relación a este permiso, la Resolución en comento agrega que:

En la Declaración se deberán señalar las características del establecimiento, en consideración a los siguientes requisitos:

a) Memoria técnica de características de construcción y/o ampliación; (detallando el área de acopio, almacenamiento o bodegaje de las materias primas, insumos, productos y residuos industriales). Este detalle debe incorporar, entre otros, tipo de suelo, infraestructura, materiales usados en la construcción, etc.

Presentación de documentos procedentes de otros organismos a saber: Certificado del o los prestadores del servicio sanitario para provisión y/o factibilidad de Agua Potable y Alcantarillado.

b) Plano de planta; incluyendo un Plano de distribución espacial de equipos (Layout). Las escalas de los planos deben ser adecuadas al tipo de detalle u obras que representan, es decir, aquellas que permitan su clara, rápida y completa comprensión. Los formatos y escalas deben escogerse en función a lo establecido en la Norma Chilena N.Ch 13 Of.65, Dibujos Técnicos, donde se debe indicar la simbología empleada.

c) Memoria técnica de los procesos productivos y su respectivo flujograma; (Se deberá incluir una descripción general del proceso y de cada una de sus etapas, incluyendo la descripción de los principales equipos utilizados, así como las emisiones, descargas y residuos generadas en cada etapa. Materias primas empleadas, Insumos usados, Suministros (electricidad, agua, gas, combustibles líquidos, etc.), Productos y subproductos, Ritmo de proceso (continuo o discontinuo) y Horarios de Funcionamiento.

d) Anteproyecto de medidas de control de contaminación biológica, física y química; Se deberán incorporar: Planes de emergencia asociados a los riesgos biológicos, físicos y químicos de la actividad.

e) Caracterización cualitativa y cuantitativa de las sustancias peligrosas a manejar; si es que las hay.

f) Medidas de control de riesgo a la comunidad: Es importante incluir un plano de ubicación de la industria, dentro de un radio perimetral mínimo de 300 metros del sector colindante, indicando puntos vecinos relevantes como: viviendas, establecimientos educacionales, establecimientos asistenciales (Salud), establecimientos de elaboración de alimentos, cursos de agua, líneas de alta tensión, oleoductos, gasoductos, líneas ferroviarias, estaciones de servicios, etc.

En virtud de los argumentos recientemente mencionados, la CONAMA VIII Región del Bio-Bio, resuelve no admitir a trámite el citado documento ambiental.

Cabe mencionar que el aspecto crítico que preocupaba a la autoridad era que en la DIA respectiva, el titular del proyecto no identificaba como Permiso Ambiental Sectorial (PAS) aplicable al proyecto al permiso de calificación industrial. En efecto, los otros

En este mismo sentido se deberá incluir un Análisis de riesgos ante emergencias y catástrofes asociados al funcionamiento de la industria, que puedan afectar la vida o la salud de la comunidad en el área de influencia de la misma. Además, se debe contar con un plan de emergencia que incluya las medidas de control y/o prevención hacia la comunidad.

Asimismo, el inciso 3º del artículo 94 del Reglamento del SEIA establece que “los proyectos o actividades que requieren esta calificación, deberán acompañar, junto a la Declaración o el Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda, el anteproyecto de medidas de control de riesgos de accidente y control de enfermedades ocupacionales, para efectos de la calificación integral del establecimiento”. Con el fin de aclarar este requisito, se propone que el contenido del anteproyecto sea el siguiente:

1. Para ambiente laboral:

1.1 Evaluación o reconocimientos de riesgos potenciales e inherentes a la actividad económica y la descripción de los elementos de protección personal que se utilizarán de acuerdo a dichos riesgos, efectuado por el organismo administrador de la Ley 16.744, a la cual está afiliado el titular del proyecto, o por un Experto en Prevención de Riesgos debidamente acreditado. Dicha evaluación debe incluir: a) Las áreas de trabajo, b) Los riesgos laborales potenciales e inherentes y c) Las medidas de control y prevención definidas para los riesgos detectados.

1.2 Un informe por cada fuente de ruido que incluya la descripción del equipo, su ubicación, el tipo de ruido (según lo establecido en el D.S Nº 594/99 del MINSAL y su modificación) y el nivel de presión sonora (NPS) medido de acuerdo al tipo de ruido (según lo establecido en el D.S Nº 594/99 del MINSAL y su modificación), o estimados según las características del equipo generador. Este informe debe contener además, una descripción de los puestos de trabajo expuestos a las fuentes de ruido, señalando el tiempo de exposición.

2. Declaración de Equipos Críticos de Acuerdo la Legislación Vigente, según Corresponda:

2.1 Calderas, autoclaves y generadores de vapor, en base al D.S Nº 48/84 del MINSAL, Reglamento de Calderas y Generadores de Vapor.

Por otro lado, cabe señalar que la presente Declaración adolece de información mínima y relevante, para efectos de evaluar íntegramente el proyecto, referido especialmente al Plan de manejo agronómico de Purines y Guano de Cerdo; Programa para el control de vectores (considerando productos, dosis, frecuencias de aplicación, etc.), entre otros aspectos.

dos permisos aludidos en la Resolución 028, sobre tratamiento de residuos industriales o mineros y tratamiento de aguas servidas, si fueron debidamente identificados y desarrollados en el referido documento ambiental⁷⁵.

No obstante, y sin entrar a analizar si resulta aplicable o no la referida dispensa al proyecto en cuestión, lo relevante es la interpretación extensiva que realiza la autoridad ambiental respecto de las facultades otorgadas en la etapa de admisibilidad de un proyecto o actividad determinada.

Realizar cuestionamientos de fondo a un proyecto o actividad en la etapa de admisibilidad, resulta del todo improcedente y de suyo arbitrario, puesto que es en la etapa de tramitación del documento ambiental en donde precisamente se deben hacer valer los reparos que el proyecto pueda presentar por parte de la autoridad sectorial que efectivamente tenga la competencia en los ámbitos que observa; además, de esta forma se puede hacer valer de manera más apropiada el principio de contradictoriedad que nuestra legislación consagra respecto de todo procedimiento administrativo (artículo 10, LBPA).

Recordemos que conforme al artículo 20 del Reglamento del SEIA, la CONAMA podrá rechazar la admisibilidad de un proyecto o actividad, si la presentación no cumple con alguno de los requisitos a que se refiere la Ley y el Reglamento, es decir, estamos frente a una potestad reglada, es decir, si cumple con dichos contenidos (examen formal), se admite a tramitación, de lo contrario se deniega, por lo que el proceder de CONAMA en el caso particular, excediendo sobremanera los límites de la facultad reglada contenida en el artículo 20 del Reglamento y que como

⁷⁵ Exacta suerte tuvieron la DIA Plantel Porcino Peumo II, puesto que la Resolución N° 10, de 16 de enero de 2006 de la CONAMA VIII Región, declara inadmisibles dichos proyectos por no identificar el PAS de Calificación Industrial y la DIA Plantel Porcino Agrícola, Ganadera y Comercial Río Ñiquén, a través de la Resolución de Inadmisibilidad N° 055, de 23 de febrero de 2006, que se pronuncia en el mismo sentido.

hemos señalado apunta a un examen meramente formal del documento ambiental acompañado y no de las medidas, condiciones o exigencias que éste debiera o no cumplir, implica una violación flagrante al Principio de Legalidad, al obrar por sobre la competencia otorgada, y desde cierto punto de vista, desnaturalizándola.

4.3.2 La Tramitación de Proyectos o Actividades en el SEIA. Más que Discrecionalidad, Arbitrariedad.

Como hemos señalado en diversas ocasiones a lo largo de esta actividad formativa, el SEIA responde en su concepción legal a un procedimiento administrativo de naturaleza reglada, por lo que la infracción de la mayor parte de sus disposiciones, implicará, ya sea, la comisión de actos ilegales, o en su defecto, de actos arbitrarios, o inclusive, actos que respondan a ambos caracteres de antijuricidad. Al efecto, debe señalarse que será en esta etapa administrativa en donde precisamente los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental harán efectiva su participación en el SEIA observando (informado) fundadamente respecto de tópicos que sean de su propia competencia, por lo que no es de extrañar que en determinadas ocasiones, emitan observaciones, ya sea infringiendo o excediendo la competencia sectorial que se les ha asignado por ley, o en su caso, emitiendo observaciones infundadas o desproporcionadas. Sin embargo, se debe hacer presente que también existen ciertas facultades en esta etapa administrativa, en donde se discutirán los temas de fondo o de viabilidad ambiental de un proyecto o actividad, ligadas básicamente a las llamadas potestades decisorias, las que al responder a la naturaleza de potestades discrecionales, serán tratadas en el numeral 4.4. y siguientes.

En lo que se refiere a las competencias de CONAMA como persona jurídica de derecho público encargada de velar por el cumplimiento de la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, podemos señalar que la LBGMA

y el D.S. N° 95/02, Reglamento del SEIA, le otorgan una serie de facultades a dicha institución, algunas de carácter genérico o abiertas, y otras de índole más específicas relacionadas particularmente con el proceso de evaluación ambiental.

En cuanto a las competencias de orden genéricas, podemos mencionar que conforme al artículo 70 de la LBGMA, cuenta con las siguientes, a saber:

- Actuar como órgano de consulta, análisis, comunicación y coordinación en materias relacionadas con el medio ambiente (letra c), y
- Administrar el SEIA a nivel nacional, coordinar el proceso de generación de las normas de calidad ambiental y determinar los programas para su cumplimiento (letra e).

Que a CONAMA se les hayan atribuido competencias para constituirse en un órgano de consulta y análisis en materia medio ambiental, implica el otorgamiento de atribuciones genéricas o amplias, toda vez que ni la ley ni el reglamento se encargan de señalar en que consisten las mismas o cuales son sus límites. Será la referida institución, la que caso a caso, ejercerá las facultades conferidas conforme a los lineamientos o criterios generales contenidos en la LBGMA.

Siguiendo las reglas de interpretación establecidas por nuestro Código Civil, ante la ausencia de definiciones legales respecto de determinados vocablos, debemos acudir al significado otorgado por el Diccionario de la Real Academia Española. En efecto, y debido a que no contamos con definición legal de los términos **consulta** y **análisis**, nos apoyaremos en dicho diccionario a fin de delimitar los alcances de los mismos.

Análisis esta definido como la *“distinción y separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos”* o como *“examen que se hace de una obra, de un escrito o de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual”*.

De lo expuesto podemos colegir que CONAMA, en su carácter de órgano de análisis, puede realizar exámenes, estudios e investigaciones respecto de los diferentes tópicos ambientales o de sus interrelaciones.

Por su parte **consulta** dice relación con “*parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo*” o como “*dictamen que los consejos, tribunales u otros cuerpos daban por escrito al rey, sobre un asunto que requería su real resolución, o proponiendo sujetos para un empleo*”.

De acuerdo a lo señalado, en virtud de esta facultad CONAMA puede emitir razonamientos, juicios u observaciones, ya sea de oficio, por ejemplo, en el contexto del SEIA, o a petición de parte, por ejemplo, tratándose de la presentación de una pertinencia de ingreso al SEIA.

Lo señalado por la RAE guarda plena consistencia con el estatuto de facultades que por lógica debiera tener un servicio público descentralizado como CONAMA. Lo contrario, sería sostener, por ejemplo que CONANA, no tiene facultades para hacer observaciones en el contexto del SEIA o a nivel particular, puesto que del estudio de la Ley y el Reglamento en cuestión, no hay ningún artículo que señale expresamente que dicha institución pueda realizar observaciones a un proyecto o actividad sometido al SEIA; debido a ello dicha facultad debe entenderse formar parte de las competencias genéricas mencionadas en el párrafo anterior, toda vez que no tendría ningún sentido que CONAMA producto de su facultad de análisis resolviera que el proyecto deba cumplir con una exigencia específica y no pudiese realizar la correspondiente observación en orden a que el titular deba cumplirla, lo que efectivamente podrá realizar al amparo de su facultad de consulta.

Asimismo, cabe hacer presente que tanto la CONAMA, como a los órganos del Estado con competencia ambiental, cuentan con una serie de competencias

específicas en el contexto del procedimiento de evaluación ambiental, las que fueron singularizadas en el numeral 2.1.3 del presente trabajo, y que dicen relación con informar fundadamente sobre las **DIA/EIA**, solicitar aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la **DIA/EIA**, elaboración del ICSARA, elaboración de ICE, entre otras.

Si bien en el capítulo primero, numeral 2.1.2, **Nociones Básicas del Procedimiento de Evaluación Ambiental**, enunciamos las características más relevantes de dicho procedimiento ambiental desde una concepción más bien teórica, a continuación enunciamos los principales aspectos críticos que se suceden en la praxis durante el desarrollo del SEIA, y que suelen originarse a propósito de facultades genéricas mal entendidas o encausadas indebidamente (ilegalidades) o derechamente (quizás) por ausencia de regulación (falta de competencia del órgano). Asimismo, existirán situaciones, en donde si bien el órgano en cuestión, cuenta con la debida competencia, ésta no se ejerce fundadamente (arbitrariedad) o, en su defecto, se ejerce sin respetar los fines tenidos en vista por el legislador al otorgarle las referidas facultades.

Nos referimos a los siguientes aspectos críticos, a saber:

- a. Imposición de exigencias o condiciones emanadas de documentación técnica sin validez legal;
- b. Emisión de informes sobre tópicos ambientales por organismos que carecen de competencia en dichos ámbitos;
- c. Emisión de informes sobre tópicos ambientales por organismos que cuentan con la debida competencia y que actúan arbitrariamente;
- d. Extensión de normativa legal ambiental a hechos o situaciones que no se encuentran dentro del ámbito normativo del referido cuerpo legal;
- e. Inconsistencia del voto de un organismo con competencia ambiental en la respectiva reunión de COREMA, en relación a los informes que fueron emitidos por dicho órgano durante la respectiva evaluación ambiental;

- f. Exigencia de obtención de permisos sectoriales no ambientales como prerequisite para la dictación de la correspondiente RCA;
- g. Intromisión de factores políticos en el proceso de toma de decisión ambiental;
- h. Evaluación de aspectos y tópicos no ambientales vinculados a los proyectos o actividades sometidos al SEIA;
- i. Exigencia de cumplimiento de normativas legales que aún no han entrado en vigencia.

De los referidos aspectos críticos, nos interesa desarrollar atendido al contexto del presente documento, aquellos señalados en las letras a, c y f.

4.3.2.1 Imposición de exigencias o condiciones emanadas de documentación técnica sin validez legal

Tal es el caso de la imposición de algunas normas chilenas e informes preparados sobre diferentes tópicos ambientales (e inclusive de salud y seguridad ocupacional) por diversas reparticiones públicas y que son establecidas con carácter coactivo por diferentes entes estatales, y en su caso, la CONAMA a través del SEIA.

Respecto de las normas chilenas, cabe hacer un distingo, que si bien, no convierte a la referida norma técnica en normativa de naturaleza legal, al menos, su exigibilidad proviene directamente de una mención o referencia contenida en una normativa legal. Nos referimos a los casos en que diferentes leyes (expresión que debe ser tomada en su sentido amplio), se remiten a una norma chilena en relación a como debe abordarse la regulación específica de determinados tópicos que no se encuentran regulados a cabalidad por la primera.

Dicho tipo de *remisión normativa* podemos encontrarla usualmente en diferentes ámbitos ambientales. En efecto, y tratándose de la emisión de residuos industriales líquidos, tanto el D.S. N° 90, Norma de Emisión para la Regulación de Asociados a las Descargas de Residuos Líquidos a Aguas Marinas y Continentales Superficiales, como el D.S. N° 46, Norma de Emisión de Residuos Líquidos a Aguas Subterráneas, señalan en lo que se refiere a los métodos de análisis de los contaminantes, que éstos deberán efectuarse de acuerdo a las pautas establecidas en las normas chilenas oficializadas y que singularizan expresamente (artículo 1°, N° 25 y artículo 26, respectivamente).

Sin entrar en el análisis de legalidad de esta figura, por de pronto nos interesa mas bien analizar aquella situación que se presenta cuando la autoridad ambiental, exige el cumplimiento de normas chilenas o técnicas sin que exista una figura de remisión normativa concretamente⁷⁶.

Al respecto, creemos que es pertinente distinguir entre la evaluación de DIAs y EIAs. En efecto, tratándose de la evaluación de éstos últimos, el titular deberá detallar la respectiva línea base, esto es, *la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución* (artículo 2°, letra I).

En este contexto, la LBGMA señala expresamente en su artículo 11, inciso final, que para efectos de evaluar los riesgos que ocasiona el proyecto en cuestión, respecto de la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; o para evaluar los efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes y *a falta de tales*

⁷⁶ A título ejemplar, esto sucede respecto de proyectos agroindustriales, en muchos de los cuales, se exige el cumplimiento de las NCh 2880, Compost – Clasificación y Requisitos.

normas, se utilizarán como **referencia** las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

En otros términos, la ley permite expresamente la utilización de normas extranjeras a título referencial para efectos de evaluar los citados efectos, circunstancias o características generados por un proyecto amparado en un EIA.

No obstante, no debemos olvidar que la línea base de un proyecto o actividad, es una fotografía del momento, por lo mismo, su descripción y desarrollo deben contener **todos** los elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales que se encuentren presentes en el mismo, por lo que cabe preguntarse si es lícito al titular de un proyecto o actividad no describir alguno de estos factores o elementos o algún impacto sobre el medio ambiente, so pretexto de inexistencia de normativa legal en Chile y de referencia en alguna de las legislaciones que identifica el artículo 7° del D.S. N° 95, Reglamento del SEIA⁷⁷.

Estimamos, aún cuando no estamos frente a un tema del todo zanjado, que tratándose de la evaluación ambiental de un EIA, CONAMA, en su calidad de **órgano de consulta y análisis en materias relacionadas con el medio ambiente y administrador del SEIA** (facultad genérica consagrada en el artículo 70, letra c), si podría solicitar para efectos de una descripción acabada de una línea base, el análisis

⁷⁷ Señala expresamente dicho artículo: "Las normas de calidad ambiental y de emisión que se utilizarán como referencia para los efectos de evaluar si se genera o presenta el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), ambas del artículo 11 de la Ley, serán aquellas vigentes en los siguientes Estados: República Federal de Alemania, República Argentina, Australia, República Federativa del Brasil, Confederación de Canadá, Reino de España, Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de Norteamérica, Nueva Zelandia, Reino de los Países Bajos, República de Italia, Japón, Reino de Suecia y Confederación Suiza. Para la utilización de las normas de referencia, se priorizará aquel Estado que posea similitud, en sus componentes ambientales, con la situación nacional y/o local".

de normativa técnica como son las Normas Chilenas⁷⁸, lo anterior a fin de caracterizar de la manera mas objetiva posible todos los efectos que el proyecto pudiese generar sobre el medio ambiente, y de esta forma, poder imponer adecuadas medidas de mitigación, reparación y restauración.

Por todo lo explicado, y atendido la distinta naturaleza de un proyecto o actividad contenido en una DIA (en donde no se describe línea base), rechazamos la extensión de dicho criterio interpretativo en la evaluación ambiental sustentada en dichos documentos ambientales.

Otra variante que se debe considerar dentro de este aspecto crítico, dice relación con las exigencias que suelen imponerse a titulares de proyectos o actividades, independientemente del documento ambiental que los ampare, en base a documentos elaborados por CONAMA o por los propios organismos con competencia ambiental. A titulo ejemplar, mencionaremos a la **Guía para la Estimación de Emisiones de Proyectos Inmobiliarios**.

Previo al análisis de dicho documento, es del caso señalar que conforme al artículo 98 del D.S. N° 66, Revisa, Reformula y Actualiza Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana, PPDA; los proyectos nuevos que se instalen en la región, o modificaciones de proyectos existentes, cuyas emisiones superen los límites que el mismo artículo establece, deberán compensar dichas emisiones en 150 por ciento.

⁷⁸ A titulo ejemplar podemos señalar la evaluación de impacto ambiental de diversos EIAs de autopistas, en donde, ante la ausencia de normativa legal de ruido respecto de fuentes móviles (vehículos), y muchas veces la inaplicabilidad de la Norma Suiza de referencia por ser muy restrictiva (no se cumple con el ruido existente en la línea base), suele utilizarse, a veces, por propia voluntad del titular, a veces, por imposición en el SEIA, el análisis de la NCh 1619, sobre "Evaluación de Ruido en Relación a la Comunidad".

En esta orden de ideas, es del caso señalar que la citada guía ha sido elaborada *“en consideración a que existe una falta de uniformidad en las metodologías aplicadas para la estimación de emisiones”*, por lo mismo dicha guía *“presenta las **metodologías de estimación de emisiones** que CONAMA acepta”*, siendo aplicable a todo tipo de proyectos (y no sólo inmobiliarios) en su fase de construcción.

Pues bien, en dicha Guía se regulan los denominados **factores de emisión**, los que para el caso de las faenas constructivas representan *“el conjunto de actividades que se realiza en un proyecto de este tipo, es decir, considera las actividades de demolición y preparación del terreno, excavaciones, construcción, tránsito al interior del lugar, entre otras”*.

De esta forma, en esta Guía tratándose de las actividades de excavación, así como respecto de las actividades de transferencia de material, carguío y volteo de camiones, se exige **por defecto** una humedad del material de 2,5%, lo anterior fundado en que ese era el factor señalado por el estudio INTEC (1994) considerado por CONAMA, cuyos valores fueron tomados del Environment Pollutant Agency (EPA), en su *“Compilation of Air Pollutant Emission Factors”*, AP 42: Chapter 13 (la que constituye normativa de referencia de acuerdo al artículo 7°).

La exigencia por defecto del porcentaje de humedad del material de 2,5% en las referidas actividades, ha sido cuestionada en variadas ocasiones por *“resultar poco objetiva”*, toda vez que esos valores no representarían siempre apropiadamente el porcentaje promedio de humedad de dichos materiales, lo que implica en la práctica que una gran cantidad de proyectos que en principio no debieran compensar, si lo deberán hacer, o en su defecto, deberán hacerlo en una cantidad bastante mayor por la aplicación vinculante que se realiza de la referida Guía. No obstante, se debe hacer presente que siempre el titular tendrá la opción de asignar valores diferentes de humedad a los referidos materiales, para lo cual deberá recurrir a estudios técnicos que sustenten el valor propuesto.

Si bien CONAMA tiene facultades para analizar la información ambiental, y obviamente dentro de ese contexto, comparar y procesar dicha información, concluyendo criterios y resultados respecto de determinados componentes ambientales, pudiendo al efecto elaborar publicaciones con el fin de orientar a los agentes privados, lo que resulta del todo armónico con su propio estatuto jurídico; otra cosa, muy diferente, es exigir en base a tales publicaciones (que ni siquiera responden a normativa técnica y que a diferencia de las Normas Chilenas, son elaboradas a puertas cerradas), determinadas condiciones o requisitos⁷⁹.

Justificar en base a las facultades genéricas de CONAMA, el cumplimiento de condiciones o exigencias contenidas en documentación técnica (informes, manuales, guías), constituye un criterio riesgoso que puede llegar a quebrantar el principio constitucional de seguridad jurídica que existe en nuestro país, y sus efectos sobre nuestro sistema legal ambiental podrían llegar a ser amplísimos.

⁷⁹ En base al mismo documento, CONAMA exige como valor por defecto de carga de fino en la superficie un 0,18 g/m² para vías con flujo superior a 10.000 vehículos día, exigiendo un valor 10 veces mayor que el establecido en la norma EPA que le sirve de modelo y que establece un valor de 0,015 g/m² aproximadamente respecto de vías de similares características. Esto sucedió por ejemplo con la evaluación ambiental del proyecto DIA “Centro de Distribución Lo Aguirre”, en que la SEREMI de Salud RM señaló a través del Ordinario N° 6708 de 1° de octubre de 2008, que *“el titular deberá estimar para la etapa de operación, las emisiones atmosféricas generadas por la circulación de vehículos. Para efectos de cálculo, deberá considerar como metodología de estimación los criterios y formulas establecidos en el documento “Guía para la Estimación de Emisiones Atmosféricas de Proyectos Inmobiliarios” de CONAMA RM”*.

4.3.2.2 *Emisión de informes sobre tópicos ambientales por organismos que cuentan con la debida competencia y que actúan arbitrariamente*

Para explicar este aspecto crítico, tomaremos a título ejemplar, el análisis del PAS sobre Cambio de Uso de Suelo (CUS), dispensa cuyo otorgamiento corresponde en definitiva a la SEREMI de Agricultura.

De acuerdo a lo señalado en lo pertinente por el artículo 55 del DFL N° 458/76, Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), *“fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación agrícola del inmueble, o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores, o para la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado.*

*Corresponderá a la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, **no originen nuevos núcleos urbanos** al margen de la Planificación urbana-regional.*

Igualmente, las construcciones industriales, de equipamiento, turismo, y poblaciones, fuera de los límites urbanos, requerirán, previamente a la aprobación correspondiente de la Dirección de Obras Municipales, del informe favorable de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y del Servicio Agrícola que correspondan”.

Conforme al citado artículo, requieren del informe favorable de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y del SAG, las construcciones industriales y de equipamiento,

ubicados fuera de los límites urbanos, es decir, que se encuentren ubicados en áreas rurales.

De acuerdo a lo expuesto, y en el entendido de que la facultad concedida a la Administración resulta genérica, en términos de que el citado artículo 55 no establece excepciones, cada vez que se presente un proyecto industrial en área rural, la SEREMI de Agricultura, puede exigir al respectivo proyecto la solicitud y cumplimiento de la referida dispensa.

Sin perjuicio de aquello, el presente permiso, además, está destinado a cumplir una determinada finalidad, que si bien no está expresamente establecida en el artículo 55 de la LGUC, es precisamente el motivo por el cual se la estableció. En efecto, y conforme lo señala el Ordinario N° 8616 de fecha 07 de octubre de 1999 del Ministerio de Agricultura, que instruye la **Pauta de Procedimiento para la Autorización de Cambio de Uso de Suelo**, la referida dispensa persigue 2 finalidades concretas:

- Ordenar el territorio rural;
- Proteger los terrenos de valor agrícola, es decir, suelos con capacidades I, II y III.

A mayor abundamiento, y conforme a la información proporcionada en la página Web del SAG, el objetivo del permiso dice relación con **proteger el suelo arable o de especial interés agropecuario de su pérdida, destrucción o alteración por cambio de uso para actividades ajenas al quehacer agropecuario**, mediante la aplicación de la legislación vigente y de políticas y normas técnicas sobre ordenamiento territorial, en forma coordinada con otros Ministerios y Servicios.

Decimos esto, porque si bien, el SAG tiene las facultades de conceder y, por ende, de solicitar el referido permiso en el contexto del SEIA a todo proyecto industrial o de equipamiento, dicha solicitud de obtención debe inevitablemente estar estrechamente

coligada con la finalidad que persigue el mismo, puesto que en nuestro derecho todos los actos de la Administración deben ser fundados. Una cosa es la legalidad del acto en cuestión y otra muy diferente es su motivación, de no presentarse este último aspecto, el acto deviene en arbitrario, puesto que carece de fundamentos.

Por su parte, el D.S. N° 95, Reglamento del SEIA, establece expresamente en su artículo 96, a propósito de la regulación ambiental de la presente dispensa, que en el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberán señalar las medidas y/o condiciones ambientales adecuadas, en consideración a:

- la pérdida y degradación del recurso natural suelo, y
- que no se generen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional.

Considerando lo anterior, resulta al menos cuestionable (desde el punto de vista de su motivación) que a los proyectos que se emplazan en áreas rurales en suelos que no cuenten con propiedades agrícolas, la autoridad les solicite cumplir con el referido permiso ambiental, puesto que en dicho escenario no existe suelo con propiedades arables que proteger (clase I, II y III), por lo que la Administración al solicitar su cumplimiento, se desliga absolutamente del fin que justificó la creación del mismo y que la propia autoridad ha reconocido, tanto a través de su pauta como de su respectiva página Web, deviniendo el actuar de la Administración a nuestro juicio en arbitrario.

En efecto, cabe hacer presente que la SEREMI de Agricultura, a menudo da curso a solicitudes de CUS respecto de proyectos mineros que se emplazan en zonas

desérticas e inclusive en pleno desierto de Atacama, lugares en donde claramente el suelo no posee aptitudes arables o agrícolas que proteger⁸⁰.

4.3.2.3 Exigencia de obtención de permisos sectoriales no ambientales como prerequisite para la dictación de la correspondiente RCA

Para analizar este aspecto crítico, examinaremos el caso del permiso sectorial (no ambiental) denominado Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, EISTU. En efecto, y conforme al artículo 2.4.3. del D.S. N° 47/92, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), *“los proyectos residenciales y los proyectos no residenciales que consulten en un mismo predio 250 o más y 150 o más estacionamientos, respectivamente, requerirán de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano”*.

Esta exigencia, se encuentra íntimamente ligada al desarrollo de proyectos inmobiliarios (residenciales) o de equipamiento (centros comerciales, hospitales, malls,

⁸⁰ Consideramos justo, sin embargo, señalar que a veces es el propio titular quien identifica como aplicable la referida dispensa en el documento ambiental respectivo, quizás para evitar una confrontación con la autoridad que dilate sobremanera el proceso de evaluación ambiental. Así por ejemplo, en la evaluación de la DIA “Planta de Óxidos Tal Tal”, la SEREMI de Agricultura observó a través de Ordinario N° 73 de 17 de mayo de 2007 que *“Con respecto al permiso sectorial ambiental referido en el Artículo 96 del D.S. N° 95/01 Reglamento del SEIA referido al Cambio de Uso de Suelo, el titular señala que el proyecto requerirá un total de 264 Hectáreas, por lo que se solicita al titular entregar un listado de los vértices en coordenadas UTM (PSAD 56, Huso 19) de las áreas que determinan las obras de la Planta de Óxidos de Taltal, entendiendo estas como: área de Lixiviación , área de botadero, piscina (Refino, PLS, ILS, Emergencia), botadero de rípios agotados, piscinas de agua de mar, estanques, planta (SX-TK-EW), patio salvataje, Planta de osmosis (y piscinas) y toda obra industrial de tipo permanente, así como un plano georeferenciado en donde se estipule claramente las áreas afectas al Cambio de Uso de Suelo”*.

entre otros), toda vez que dicha tipología de proyectos suelen consultar la construcción de un número determinado de estacionamientos.

El EISTU, a su vez, constituye una autorización asociada al permiso de edificación del respectivo proyecto que le sirve de sustento. En efecto, y conforme a la OGUC, “*a la solicitud de permiso de edificación... se deberá acompañar un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, suscrito por un profesional especialista y aprobado por la Unidad de Tránsito y Transporte Públicos de la correspondiente Municipalidad o por la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones, según corresponda, de acuerdo a la metodología*”.

Concluye la OGUC señalando que “*la Dirección de Obras Municipales, de acuerdo al resultado del Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, establecerá las adecuaciones que el propietario deberá efectuar en la vialidad afectada por el proyecto, **cuyo cumplimiento se hará exigible a la recepción definitiva de la edificación***”.

De acuerdo a lo señalado, la presentación de un EISTU, da lugar a un procedimiento administrativo propio, diferente del SEIA, denominado Sistema de Evaluación de Impactos sobre el Sistema de Transporte Urbano, SEISTU, constituyendo una verdadera ventanilla única en la materia, en virtud del cual, se establecerán las medidas de mitigación viales que eventualmente el proyecto deberá cumplir conforme a los impactos que pueda generar sobre el transporte y tráfico circundante y cuyo cumplimiento se harán exigibles en la recepción definitiva de las obras por parte de la municipalidad respectiva.

Pues bien, independientemente de lo señalado, en la evaluación ambiental de proyectos inmobiliarios y de equipamiento, suelen originarse una serie de observaciones de la SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones (MITT), y en

algunas ocasiones de la propia CONAMA en orden a que el proyecto o actividad sujeto a evaluación, debe contar con el EISTU aprobado, previo a la dictación de la correspondiente RCA; es más, en ocasiones, la propia autoridad de transporte, se niega a emitir su conformidad con el proyecto o actividad en cuestión, so pretexto de que el mismo no cuenta con el EISTU aprobado⁸¹.

Asimismo, en la evaluación ambiental de otros proyectos, la autoridad de transportes, contraviniendo expresamente el artículo 2.4.3 de la OGUC, anteriormente reproducido, ha señalado que las medidas de mitigación que deriven de la eventual aprobación de un EISTU, deben implementarse y quedar consignadas en la correspondiente RCA, no obstante, que la OGUC es clara en establecer que el cumplimiento de las mismas se debe hacer efectivo en la recepción definitiva de las obras en cuestión⁸².

El criterio adoptado por la SEREMI MITT, atenta gravemente tanto contra la naturaleza del SEISTU, así como del SEIA, puesto que desnaturaliza el carácter de ventanilla única que tienen ambos procedimientos administrativos dentro de sus respectivas temáticas. Si bien la autoridad de transportes, constituye un órgano de la

⁸¹ El Ordinario N° 860/09, dictado por la SEREMI MITT a propósito de la evaluación ambiental del proyecto “Planta Renca Embotelladora Andina”, señala expresamente que: “*Cabe hacer presente que asociado al proyecto en cuestión, esta Secretaría Regional está en proceso de evaluación del Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano correspondiente al proyecto, y por lo tanto no puede entregar un pronunciamiento favorable mientras no se concluyan medidas satisfactorias en el SEISTU. Sin perjuicio de lo anterior, y dada la información entregada en la Adenda en revisión, esta Secretaría emite sus observaciones en los párrafos precedentes*”.

⁸² Así en la evaluación ambiental del proyecto inmobiliario “Jardín del Eden”, la autoridad de transportes, a través del Ordinario N° 8087/06, señala que el proyecto “*deberá implementar las medidas de mitigación que establezca esta Secretaría Regional y que resulten de la evaluación del Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, las que deberán quedar establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), salvo aquellas respecto de las cuales se haya determinado un período de implementación distinto*”. En el mismo sentido se pronuncia el Ordinario N° 5975/07, emitido por la misma autoridad a propósito de la evaluación ambiental del proyecto inmobiliario “Los Bravos”.

Administración del Estado que participa en el proceso de evaluación ambiental, y por ende, puede formular observaciones (informes) dentro de los tópicos de su competencia, en caso alguno puede (desde la perspectiva legal), pretender *transformar en ambiental* un permiso sectorial de naturaleza eminentemente técnica y que, por lo mismo, no ha sido definido en tal categoría por nuestra legislación, lo que puede implicar en la práctica un mecanismo de paralización de la evaluación ambiental respectiva, y por ende de ejecución del proyecto por criterios no ambientales, es decir, criterios administrativos técnicos (discrecionalidad técnica) totalmente ajenos al SEIA.

Sin perjuicio de aquello, consideramos que CONAMA también no actúa conforme a derecho, o mas bien omite ejercer la competencia que detenta en su calidad de organismo administrador del SEIA, toda vez que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico ambiental, así como de los propios instructivos emanados de su Dirección Ejecutiva, el proceso de evaluación ambiental considerará la **opinión fundada** de los organismos en cuestión, y en caso alguno, de acuerdo a lo expuesto, pueden considerarse como fundados (o al menos legales), las exigencias planteadas por la autoridad de transportes, puesto que no existe disposición alguna ni en la LBGMA, ni en el D.S. N° 95, Reglamento del SEIA, ni tampoco en la Ley N° 18.059, que Asigna al Ministerio de Transportes el Carácter de Organismo Rector de Tránsito y le Señala Atribuciones, que permita ya sea a CONAMA o a la SEREMI MITT condicionar la emisión de una RCA a la aprobación del correspondiente EISTU, o que señalen que dicha resolución deba contener las medidas de mitigación viales asociadas al EISTU, las que de acuerdo a la OGUC, deben hacerse efectiva al momento de la recepción de obras respectiva.

4.4 Las Potestades Decisorias. Una Aproximación a las Facultades Discrecionales en el SEIA.

Como hemos señalado en los numerales precedentes, tanto en el examen de admisibilidad de proyectos o actividades sometidos al SEIA, así como durante el respectivo proceso de evaluación ambiental, la antijuridicidad, a través de sus dos variantes, ilegalidad y arbitrariedad, se podrá presentar con frecuencia en el SEIA. Lo anterior, recalcamos, en un contexto de facultades regladas otorgadas a la administración, puesto que ha sido nuestro propio órgano contralor el que ha señalado que el referido procedimiento administrativo constituye una instancia reglada o mecánica, si se prefiere al efecto.

Sin embargo, si analizamos el tenor literal, así como el contexto de alguna de las potestades decisorias que han sido otorgadas a la Administración Ambiental, nos percataremos que el contenido íntegro de la potestad no ha sido delimitado del todo por nuestro legislador, quedando a la administración activa un margen de libertad, ya sea para calificar la suficiencia o adecuación de alguna medida ambiental específica, o para decidir, ante determinados supuestos normados genéricamente, la procedencia del acto trámite conforme al cual debe seguir desarrollándose el proceso de evaluación ambiental.

En dicho contexto, y para los efectos de este trabajo, cuando hablamos de potestades decisorias, nos referimos al conjunto de facultades consagradas por nuestro ordenamiento jurídico en el contexto del SEIA a la CONAMA, en virtud de las cuales, dicha institución se pronuncia, ya sea sobre:

- La viabilidad de las medidas de mitigación, reparación y compensación señaladas en un EIA respecto de los impactos ambientales declarados por el referido proyecto;

- La viabilidad de elaborar el ICE, si en base a los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes, se estime que dicho EIA/DIA adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad.

En efecto, quedará entregado a la administración calificar jurídicamente si el documento ambiental presentado (que sólo puede ser un EIA), contempla las medidas adecuadas de mitigación, reparación y compensación respecto de los impactos ambientales declarados por el proyecto en cuestión; la LBGMA y su Reglamento, no le dicen de antemano cuáles son esas medidas, sino que la administración ponderará que las mismas sean las adecuadas caso a caso, proyecto a proyecto. Lo mismo sucederá cuando se proceda a la elaboración del ICE por falta de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, potestad que a diferencia de la anterior, resulta procedente tanto respecto de DIAs como de EIAs, por cuanto el Reglamento del SEIA no le señala a los organismos con competencia ambiental ni a la CONAMA, en su caso, cuando un proyecto presenta tal vicio, por lo que de igual manera, caso a caso, se determinará su configuración y procedencia.

En otros términos, estas potestades no responden a la naturaleza de regladas, por cuanto el legislador no ha resuelto con todo detalle los elementos o hechos que posibilitarán calificar de “adecuadas” a las medidas propuestas en el EIA o la insuficiencia de la información presentada en el respectivo documento ambiental.

4.4.1 La Suficiencia o Adecuación de las Medidas de Mitigación, Compensación y Reparación Contenidas en un EIA

Como hemos señalado anteriormente, es necesario tener presente que la potestad consagrada a la Administración Ambiental para que califique la adecuación de las medidas de mitigación, reparación y compensación (MMRC) propuestas por el titular de un proyecto o actividad sujeto a un EIA, se hace patente en 2 etapas diferentes dentro del procedimiento del SEIA, a saber:

- **Etapas de Tramitación:** En efecto, y conforme a lo señalado en el artículo 23 inciso 2° del Reglamento del SEIA, los Organismos con Competencia Ambiental, *“deberán opinar fundadamente si las medidas propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental se hacen cargo de los efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley”*, y
- **Etapas Resolutiva:** El artículo 16 inciso 4° de LBGMA señala que *“el Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado”*. Asimismo, la RCA que califique ambientalmente viable un EIA, deberá certificar que éste *“haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley, se proponen medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas”* (artículo 37, Reglamento del SEIA).

A mayor abundamiento, cabe señalar que en el Reglamento del SEIA, existe un título especialmente destinado a regular (de manera muy genérica por cierto), estos tópicos. En efecto, el Párrafo Primero del Título VI de la normativa en comento, cuyo epígrafe reza *“Del Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación”*, señala en su artículo 57 que *“el Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y*

Compensación de un proyecto o actividad deberá contener, cuando proceda, uno o más de los siguientes planes:

- a) Plan de Medidas de Mitigación.
- b) Plan de Medidas de Reparación y/o Restauración.
- c) Plan de Medidas de Compensación.

Por de pronto, cabe señalar que estas medidas sólo resultan procedentes respecto de proyectos o actividades que se sometan a evaluación ambiental a través de un EIA; de hecho la letra h) del artículo 12 del Reglamento del SEIA, señala que en el referido documento ambiental contendrá detalladamente como mínimo, entre otros aspectos, *“un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación, que describirá las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación y/o compensación que se realizarán, cuando ello sea procedente. Para tal efecto, dicho Plan estará compuesto, cuando corresponda, por un plan de medidas de mitigación, un plan de medidas de reparación y un plan de medidas de compensación, según lo establecido en el Párrafo 1º del Título VI de este Reglamento”*.

El Reglamento en cuestión, a través de sus artículos 58, 59 y 60, se encarga de precisar que debe entenderse por cada una de las medidas en cuestión, a saber:

- ***Las medidas de mitigación tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución. Se expresarán en un Plan de Medidas de Mitigación que deberá considerar, a lo menos, una de las siguientes medidas:***
 - *Las que impidan o eviten completamente el efecto adverso significativo, mediante la no ejecución de una obra o acción, o de alguna de sus partes.*
 - *Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, mediante una adecuada limitación o reducción de la magnitud o*

duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes, o a través de la implementación de medidas específicas (artículo 58).

- ***Las medidas de reparación y/o restauración tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.***

Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Reparación y/o Restauración (artículo 59).

- ***Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado.***

Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad (artículo 60).

Como primera observación cabe señalar que el legislador, tanto en el epígrafe del Título VI, como de su respectivo párrafo primero, así como del tenor literal de los artículos 57 y siguientes del Reglamento del SEIA, siempre singulariza y define cada una de esas medidas en el siguiente orden: Mitigación, Reparación y Compensación, por lo que cabe preguntarse si tal esquema obedece a un tema netamente discrecional, o si por el contrario, constituye un orden de prelación asociado al establecimiento de cada una de las referidas medidas.

Aún cuando estamos conciente de que puede ser un tema del todo debatible, puesto que la implementación de cada una de dichas medidas simplemente será posible o no dependiendo de la naturaleza del proyecto al cual acceden, si tenemos presente el alcance de cada una las medidas aludidas, que van desde la perspectiva medio ambiental, de lo más deseable (evitar o disminuir efectos adversos) a lo menos deseable (generar un efecto positivo a cambio de la generación de un impacto

concreto), estimamos que efectivamente existiría un orden de prelación entre cada una de ellas.

“Se desprende de estas definiciones que existe una prelación en la aplicación de estas medidas: primero se debe tratar de mitigar o minimizar los efectos de un proyecto, luego, en caso de ello no ser totalmente posible, se debe analizar la posibilidad de reparar o restaurar aquello que sea reparable y, finalmente, aquello que no sea reparable, debe ser compensado.

Es por esta razón que la doctrina ha sostenido que las medidas compensatorias tienen el carácter de subsidiarias en relación a las otras medidas que se denominan correctoras⁸³.

Ahora bien, es posible advertir, no obstante lo genérico de la regulación de estas medidas, puesto que no se señalan los contenidos mínimos que deben contener los respectivos planes que las consagren y los requisitos asociados a cada una de ellos, que se han precisado con mayor detalle las medidas de reparación y compensación, en desmedro de las medidas de mitigación. En efecto, y conforme lo señala el artículo 61 del Reglamento del SEIA, *“las medidas de reparación y compensación sólo se llevarán a cabo en las áreas o lugares en que los efectos adversos significativos que*

⁸³ Javier Vergara y Patricio Leyton, “Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Año I, N° 1, diciembre 2003. En dicho artículo, se cita en nota al pie N° 39 a Juan Rosa Moreno, “Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental”, el que señala en lo pertinente que “las medidas deberán orientarse hacia dos objetivos: Uno primario: suprimir o minimizar los impactos, suprimiendo o limitando la agresividad de la acción que los produce. Subsidiariamente: compensar los efectos negativos de los impactos, cuando la actuación sobre el medio lo permita”. El profesor Rosa señala que la admisión de las medidas compensatorias puede chocar de plano con la perseguida defensa del ambiente, señalando ciertos cuidados que es necesario tomar respecto de estas medidas.

resulten de la ejecución o modificación del proyecto o actividad, se presenten o generen". En otros términos, la ley consagra el **criterio de localización** de tales medidas, puesto que las mismas se deberán llevar a cabo dentro del área o lugar en que se materializarán los impactos.

Como bien hemos anotado con anterioridad, para que el respectivo EIA sea calificado ambientalmente viable por la Administración Ambiental, las MMRC deben ser apropiadas o adecuadas. Pero ¿Qué debemos entender por adecuadas?, ¿Qué requisitos deben cumplir?

Ante una falta de definición legal al respecto, acudiremos al concepto de adecuado (a) dado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Conforme al mismo, adecuado (a) significa "*apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo. Adecuado a las normas*".

De dicha definición, se desprende la idea de una equivalencia entre dos elementos distintos, es decir, una "*igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas*⁸⁴", por lo que podemos suponer que en definitiva las MMRC, buscan alternativa o conjuntamente, ya sea, evitar un desequilibrio entre los efectos del proyecto y el medio ambiente (medida de mitigación), y en su defecto, reponer o reestablecer el desequilibrio generado (o a generarse), entre el medio ambiente a impactar y el proyecto o actividad sometido al SEIA, puesto que, al menos en principio, la construcción y funcionamiento de un proyecto o actividad de grandes dimensiones, normalmente implicará una alteración del medio ambiente, tanto a nivel de línea base o área de influencia directa, como asimismo respecto del área de influencia indirecta.

⁸⁴ Lo señalado entre comillas, es la definición del concepto de equivalencia dado por la RAE. Complementariamente, la RAE entrega una acepción geométrica de dicho concepto que resulta bastante ilustrativa: *Igualdad de áreas en figuras planas de distintas formas, o de áreas o volúmenes en sólidos diferentes.*

La CGR se ha pronunciado muy escuetamente respecto de estas medidas, en concreto, sobre las medidas de mitigación. En efecto, y conforme al Dictamen N° 24332 de fecha 11 de noviembre de 2009, nuestra entidad de control señaló a propósito del reemplazo de una medida de mitigación impuesta por un proyecto sometido al SEIA por otra medida fuera de ese sistema que *“requerida de informe la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Metropolitana, lo evacuó mediante oficio N° 994, del año en curso, en el cual señala que la decisión aprobada por esa Comisión, mediante oficio N° 3.538, de 2008, relativa al reemplazo de pantallas absorbentes por reflectantes, tuvo como único fundamento el cambio de una medida de mitigación por otra, razón por la que dicho acto administrativo no debía ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental, puesto que, además, cumplía con la Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes Fijas, contenida en el decreto N° 146, de 2007, del Ministerio Secretaría de la Presidencia.*

*Asimismo, la COREMA RM, adjunta el oficio N° 7.501, de 4 de noviembre de 2008, de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, Región Metropolitana, **el cual señala, en síntesis, que el cambio de pantallas absorbentes por barreras reflectantes transparentes de polimetilmetacrilato (PMMA) de 15 mm, como medida de mitigación de ruido, cumpliría con los límites máximos permisibles establecidos para la operación del proyecto; agregando que, dicha modificación sólo se refiere a la materialidad de las citadas barreras, por lo que no debe ser ingresada al sistema de evaluación de impacto ambiental.***

Sobre el particular, cumple con manifestar que, en visita a terreno de las obras en comento, realizada por personal especializado de este Organismo de Control, se comprobó que la instalación, ubicación y altura de las barreras reflectantes de la autopista acceso nororiente a Santiago, se ciñen a lo establecido en la resolución de calificación ambiental N° 531, de 2005 y, a lo señalado en el informe "Actualización Estudio de Impacto Acústico Asociado a la Etapa de Construcción y Operación y

Proposición de Medidas de Mitigación", versión 2 de abril de 2006, emitido por la concesionaria, por lo que no se han constatado las irregularidades manifestadas por el recurrente, en su presentación".

En este orden de ideas, el referido Dictamen, más que entrar en un análisis respecto del concepto, requisitos y alcances de las medidas de mitigación, realiza un examen asociado a la pertinencia de evaluar ambientalmente el reemplazo de una medida de mitigación por otra, concluyendo al caso particular que no era necesario, sin embargo, se advierte que entre las consideraciones para legitimar el reemplazo, se tuvo en consideración la finalidad de las mismas, estos es, que ambas debían cumplir con la norma de emisión de ruidos molestos, lo que en la especie, fue refrendado por la autoridad sanitaria. En otros términos, la medida de mitigación antigua y la nueva son equivalentes en cuanto a sus efectos, esto es, cumplir con normativa legal ambiental.

Efectuado una descripción del marco legal y doctrinario existente en nuestro sistema legal ambiental asociado a la definición e imposición de las MMRC, a continuación nos avocaremos a la identificación de los requisitos que, a nuestro juicio, tales medidas deben cumplir, a fin de adquirir validez legal y eficacia en nuestro derecho, citando en lo que sea pertinente, los casos de diversos proyectos o actividades que han sido sometidos al SEIA.

Conforme a lo señalado, y considerando un estudio aleatorio respecto de diversos proyectos sometidos al SEIA, estimamos que las MMRC, deben cumplir con los siguientes requisitos, a saber:

- **EFFECTIVAS:** Es decir, deben servir concretamente para el objetivo que el legislador les ha encomendado de manera previa y expresa, esto es, evitar o disminuir efectos adversos significativos (mitigación), reponer componentes del medio ambiente (reparación) y/o generar un efecto positivo alternativo similar al impacto ambiental a generar (compensación). En otros términos, las medidas

en cuestión, tienen que estar establecidas en función de los impactos ambientales o efectos adversos significativos declarados por el titular del proyecto, no pudiendo establecerse medidas de tal naturaleza si en definitiva el proyecto no impacta sobre un componente ambiental o no genera un efecto adverso significativo.

En efecto, la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, en el contexto del Recurso de Reclamación interpuesto por SOQUIMICH (SQM)⁸⁵, en contra de la RCA N° 226/06 que calificó ambientalmente viable el proyecto “Cambios y Mejoras de la Operación Minera en el Salar de Atacama”, procedió a eliminar el Resuelvo N° 3 de la referida Resolución, acogiendo los criterios planteados por el titular, consignados en el respectivo Recurso.

En concreto, se reclamó (entre otros aspectos), respecto de la condición impuesta en la referida RCA y que conminaba a SQM a realizar un monitoreo de la evolución de las propiedades físicas, químicas y biológicas del suelo a fin de evaluar la condición del mismo y su relación con la extracción de agua, señalando el titular en su libelo que tal medida resultaba *“innecesaria y ajena a la evaluación ambiental del proyecto”*, toda vez que *“no es directamente atinente a la naturaleza de la intervención que desarrolla el proyecto de SQM Salar, ya que este no plantea alterar o modificar el suelo en forma alguna. En efecto, el proyecto no genera impactos perjudiciales sobre las propiedades del suelo, toda vez que la extracción de agua no afecta dichas propiedades, lo cual fue debidamente acreditado en el EIA y aprobado en la RCA”*.

Esta condición impuesta por la RCA, según los alcances solicitados, corresponde más bien a un estudio agronómico donde la fertilidad del suelo es un tema relevante para aquellos proyectos que pretendan dar uso al suelo (Ej.

⁸⁵ Resolución N° 56/08 de la Dirección Ejecutiva de la CONANA. En estricto rigor la RCA habla de condición, no obstante, se trata en la praxis de una medida de mitigación, en términos de que su establecimiento obedece a evitar posibles impactos sobre el componente ambiental suelo, es decir, están presentes los elementos de la definición de dicho concepto en la condicionante en cuestión.

cultivos, plantaciones, etc.). Sin embargo, este no es el caso del proyecto materia de la presente EIA”.

Continua señalando el referido Recurso que *“se estima que la condición impuesta por la RCA de elaborar un estudio de las propiedades físicas, químicas y biológicas del suelo con una frecuencia anual, **van más allá del objetivo de protección ambiental contemplado durante la evaluación ambiental** y que quedó finalmente consignado en la RCA. Además, **no guarda relación alguna con los impactos identificados y evaluados en el EIA y aceptados por la autoridad durante el proceso de calificación ambiental del proyecto en COREMA”.***

Ahora bien, el que las MMRC, sean efectivas, esto es, que tengan por objeto palear (expresión que debe ser entendida en un sentido amplio) un impacto ambiental o efecto adverso significativo, en caso alguno implica que no pueda establecerse tales medidas de manera condicionada, es decir, para el evento en que el impacto ambiental realmente se produzca.

En efecto, y conforme a Resolución Exenta N° 126/03 que acoge el Recurso de Reclamación interpuesto por la Compañía Minera Riochilex S.A., en contra de la RCA N° 308 de fecha 20 de diciembre de 2002, que califica ambientalmente viable el EIA “Proyecto Minero Spence”, se resolvió entre otras medidas la siguiente, a saber: ***“El titular deberá implementar medidas mitigatorias de producirse impactos sociales, en el entendido que por la ejecución del proyecto, éstos le sean atribuibles, en virtud de los resultados emanados de los monitoreos sociales a los cuales se ha comprometido el titular. Estas medidas serán definidas en conjunto por la CONAMA II región, el titular del proyecto minero Spence, la comunidad y el Municipio de Sierra Gorda”.***

- **AMBIENTALES:** Aún cuando este requisito está implícito en la definición de cada una de las medidas en cuestión, es necesario recalcar que su imposición debe obedecer a criterios estrictamente medio ambientales, y en caso alguno a criterios de otra naturaleza, tales como económicos, científicos, etc. En este

contexto, no responden al concepto de Medida Mitigatoria, Reparatoria y/o Compensatoria, medidas como las propuestas por la I. Municipalidad de Santa Bárbara a propósito de la evaluación ambiental de la Central Hidroeléctrica Angostura⁸⁶, en virtud de la cual dicho municipio, solicitaba entre otras medidas, la creación de un “Fondo de Fomento al Desarrollo Económico y Social”; “Construcción de un Centro de Apoyo Productivo Comunal”; “Construcción de un Mercado Local Municipal”, etc.

Al efecto, resulta interesante hacer presente lo acontecido a propósito del Recurso de Reclamación interpuesto por COPEC en contra de la RCA N° 347 de fecha 12 de junio de 2008, emitida por la CONAMA Región de Los Lagos, en virtud de la cual se rechaza el proyecto EIA “Planta de Almacenamiento de Combustibles Pureo, Región de Los Lagos”, entre otras razones debido a que el considerando 14 de la misma, letras a) y b)⁸⁷ establecían en términos

⁸⁶ Dichas observaciones fueron evacuadas por la Municipalidad en cuestión, a través de Ordinario N° 463/08, sin embargo, y aún cuando dicha evaluación ambiental fue objeto de recursos administrativos, el titular no impugno ninguna de las medidas señaladas en dicho Ordinario.

⁸⁷ Literalmente señalan que: Considerando 14. a) Respecto de la Horticultura: se señala que se trata de una actividad productiva que pudiera sufrir algún impacto, "probabilidad", por lo tanto las medidas de carácter mitigatorio debiera ser equivalente al "podría", existe la impresión que el mecanismo de aseguramiento, desde el punto de vista del proyecto ambiental del riesgo, tiene que ser mas completo que el que actualmente existe, no se trata tanto de un acuerdo formal entre los horticultores y la empresa, el tema es que **el titular debiera comprometerse a una mejora sistemática de la calidad o sistema de certificación de la calidad de los productos hortícolas, que se producen en la zona, de acuerdo a las normas que plantee INDAP, Ministerio de Agricultura u otro organismo y que será a costo pleno del titular y que la institución pública correspondiente tendrá que ponderar el modo equilibrado de hacer costear al titular lo que significa un mecanismo de aseguramiento de la calidad**, en su opinión eso no está en el proyecto, esta prometido, pero no esta establecido, se tendría que buscar la manera de que esto quede establecido. **Por otra parte nos parece indispensable, que también, dado la existencia de un riesgo productivo se establezca un seguro ambiental** y que este también sea ponderado en que característica se gatilla un seguro de este tipo y de que modo el titular lo establece, por lo tanto hay mecanismos que apuntan primero al aseguramiento de la calidad de la producción y segundo, los seguros frente a siniestros que pudieran ser atribuibles al titular del proyecto, fundamentalmente a derrames de petróleos u otro tipo de evento u contingencia.

generales el compromiso de implementar una mejora sistémica de la calidad o sistema de certificación de la calidad de los productos hortícolas y la contratación de un seguro agrícola destinado enmendar posibles siniestros, tales como derrames sobre tales actividades. Estos mismos tópicos, son replicados en la letra b) de la referida RCA a la actividad Miticultora.

Pues bien, en el Recurso en cuestión señala (en lo pertinente) a propósito del considerando 14, letra a) (Horticultura) que *“en relación con lo propuesto por la autoridad ambiental, en orden a exigir al titular del proyecto una mejora sistemática de la calidad o sistema de certificación de la calidad de los productos hortícolas y la contratación del seguro ambiental, reiteramos que la COREMA no detenta facultades para ello en el ámbito de la evaluación ambiental del proyecto.*

Lo que el titular debe incluir en su EIA es exclusivamente una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo, y, en base a ello, establecer un plan de medidas de mitigación, reparación y/o compensación que se adoptarán, lo que ha hecho.

b) Respecto de la Miticultura: En el mismo sentido que el anterior, no se trata de forzar un acuerdo entre los miticultores y la empresa, no es nuestro rol, pero desde el punto de vista de la miticultura **se requiere que haya un programa de aseguramiento de calidad de los productos y que ese programa sea certificado por alguna entidad correspondiente y que también exista un seguro de riesgo ambiental, de tal manera que el titular pudiera adquirir una responsabilidad mas importante.** El Sr. SEREMÍ de Economía, señala que se esta generando un convenio con la Asociación de Miticultores mas cercanos a la zona de emplazamiento de la planta, diciendo que no se conoce el convenio ya que no esta dentro de los antecedentes, y que es un punto necesario de verificar, pero además ese trabajo sólo complementa la realización de algunos estudios que están asociados a la calidad de aguas, si es así, éstos estudios se deben realizar en laboratorios que cuenten con certificación por parte del INN y que sean entregados a los servicios respectivos, en este caso a SERNAPESCA, además, el tema del monitoreo que se pretende realizar dice que se hará en forma periódica pero no específica como, no queda claro. El presidente le solicita al SEREMI de Economía redacte un documento en donde señale los condicionamientos planteados.

El exigir un plan de control de calidad respecto a actividades productivas existentes en el área de influencia del proyecto, y cuya responsabilidad corresponde a terceros ajenos a COPEC, excede de la esfera de las obligaciones y exigencias que se pueden imponer al titular por parte de la autoridad ambiental.

Lo anterior, en atención a que un plan de control de calidad incluye diversas variables a considerar, una de las cuales puede ser la variable ambiental, entre muchísimas otras. La gran mayoría de las variables comprendidas dentro del proceso de control de calidad de las hortalizas, o cualquier otro producto agrícola, dependen preferentemente del productor, por lo que aparece como impropio exigirle aquello al titular de un proyecto o actividad que se somete al SEIA”.

Continúa señalando el libelo que “resulta del todo impropio exigir al titular del proyecto un seguro ambiental específico asociado a la actividad hortícola. De lo contrario, lo anterior equivaldría a señalar que en cualquier lugar en que el titular diseñe y opere una Planta de combustibles, debe contratar un seguro ambiental que proteja a todas las actividades productivas que se desarrollan en el lugar, estén o no comprendidas en el área de influencia. Esto, aparte de no fundamentarse en la legalidad vigente, se aparta de toda racionalidad.

Corresponde recordar que las medidas de mitigación, compensación y reparación son en función de los efectos adversos del propio proyecto o actividad, y no están en función de cualquier otra actividad productiva que se desarrolle en su entorno.

El rechazo de un proyecto o actividad por la falta de contratación de un seguro ambiental tanto general como específico, aparece entonces sin sustento legal o técnico que lo respalde”.

El referido Recurso fue acogido en definitiva por la Resolución N° 679/09, de fecha 02 de febrero de 2009, emitida por la Dirección Ejecutiva, la cual en las letras b) y c) del considerando 5 señala expresamente que en “**relación a los seguros ambientales, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental no**

es el instrumento idóneo para imponerlos....En lo que se refiere a los sistemas de aseguramiento de calidad de productos, se debe señalar que es Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental no es el instrumento adecuado para certificar calidad de productos del proyecto contenido en el EIA a calificar, y menos aún de productos provenientes de actividades productivas que se localicen en las inmediaciones de los proyectos objeto de evaluación”.

- **PRACTICABLES O MATERIALIZABLES:** Cabe señalar que la medida de mitigación, reparación o compensación a imponer al titular, debe ser susceptible de realización práctica y legal. Resulta ilustrativo al respecto el aforismo jurídico *“a lo imposible, nadie esta obligado”*.

En efecto, y en el contexto del proyecto EIA “Relleno Sanitario Santa Marta”, calificado ambientalmente viable a través de la RCA N° 433, de fecha 03 de agosto de 2001, de la CONAMA RM, se impuso al titular del proyecto en el considerando 11 la obligación de contratar *“un seguro de Protección a la Producción Agrícola⁸⁸ por daño ambiental ante eventos de contaminación en*

⁸⁸ A mayor abundamiento, el considerando en cuestión continua señalando expresamente, lo siguiente, a saber:

“Para la determinación del valor aplicable se realizará un estudio con la autoridad técnica competente y vinculada, a objeto de determinar el daño efectivo de la virtual contaminación. Esta póliza operará hasta que se repare el daño causado y se restituya a la situación original.

Respecto de esta medida, esta Comisión establece que el titular deberá contratar, antes del inicio de la etapa de operación, el Seguro de Protección a la Producción Agrícola, por daños debido a contaminación, a toda persona jurídica y natural, público o privado, que hayan sufrido daño o perjuicio, de conformidad a lo establecido en el artículo 54 de la LBGMA. Las causales consideradas, serán, al menos, por daños producidos por remoción de masa, filtración a cauces o napas naturales con aguas contaminadas, colapso de muro u otra acción que genere impacto negativo en la producción de la zona, afectando plantaciones, cultivos, ganadería u otra actividad agrícola, y en general, cualquier infracción a las condiciones establecidas en la presente Resolución.

aguas superficiales, subsuperficiales y subterráneas, suelos y cultivos, con las siguientes características:

- *Daño directo y reparación para el área de influencia del sector agropecuario (referencia 1000 ha), incluye restitución total de la calidad de las aguas de las napas y suelos afectados, incluida la superficie de daño directo*
- *Daño y reparación de áreas de influencia indirecta del sector agropecuario (referencia 4000 ha).*
- *Vigencia del seguro por al menos el doble de la vida útil del proyecto.*
- *Respecto de esta medida, esta Comisión establece que, después del quinto año del cierre del proyecto, el titular deberá presentar los*

Se deberá establecer la situación base previa a la etapa de operación. La superficie estimada de influencia directa, amparada por este seguro, será de 1.000 ha en la zona del valle contiguo. Este Seguro se contratará en forma anual, hasta cinco años después del cierre del proyecto.

La situación base se realizará a través de un diagnóstico que acredite la situación inicial del área de influencia directa. Este diagnóstico deberá ser aprobado por la Secretaría Regional Ministerial de Agricultura, para efectos de los valores comprometidos en el seguro. En dicho diagnóstico se deberán incluir, a lo menos, los siguientes antecedentes:

- Calidad y cantidad de las aguas subterráneas, subsuperficiales y superficiales, a través de la instalación de tres sondajes aguas abajo del vertedero y dos sobre la cota máxima del Relleno. El monitoreo deberá realizarse en forma trimestral. Los parámetros a analizar son: nivel estático, temperatura, pH, sólidos suspendidos, sólidos disueltos, grasas y aceites, hexavalente, fósforos, mercurio, níquel, NH₄⁺, plomo, SO₄⁻², S⁻², zinc, aluminio y calidad bacteriológica.
- Muestreo de suelos del área de influencia directa del proyecto (1.000 ha) en el cual se midan: metales pesados, pH, conductividad eléctrica, capacidad de intercambio catiónico, materia orgánica, etc.
- Actividades públicas e inversión privada en el sector de influencia directa, determinando su valor actual (agropecuarias, agroindustriales, etc.)

En lo que respecta a la indemnización por lucro cesante, el seguro contratado deberá incorporar daños por pérdidas por paralización de la actividad agropecuaria producto de los daños detectados”.

antecedentes necesarios ante esta Comisión, para la evaluar la mantención de póliza cinco años”.

En lo que nos convoca, se debe hacer presente que la contratación del referido seguro agrícola, independientemente de que no resulta ser una medida de naturaleza ambiental, conforme a lo señalado en el punto anterior, resultó del todo impracticable, puesto que ninguna compañía del rubro ofrecía un seguro en los términos definidos por la respectiva RCA, es decir, existía imposibilidad jurídica y técnica para cumplir con dicha medida, eximente de responsabilidad que en todo caso, no constituyó un obstáculo para que se iniciaran procesos de sanción en contra de la empresa por incumplimiento del referido considerando⁸⁹.

Ante tal escenario, y con el fin de subsanar la imposición de dicha medida mitigatoria impracticable, la empresa optó por presentar una DIA a fin de evaluar ambientalmente el proyecto “Plan de Seguimiento, Mitigación y/o Reparación Ambiental”, el que ***“nace por la necesidad de Consorcio Santa Marta de encontrar una alternativa viable para ser implementada desde un punto de vista técnico, jurídico y ambiental, toda vez que resulta imposible materializar lo exigido en el considerando 11 de la Resolución de Calificación Ambiental N° 433/2001 de COREMA Región Metropolitana que aprobó el proyecto “Relleno Sanitario Santa Marta”, en adelante RCA, que establece la exigencia de contratar un Seguro de Protección a la Producción Agrícola, lo que -a mayor abundamiento- se encuentra reclamado”***⁹⁰.

⁸⁹ Al efecto, la Resolución N° 67 de la CONAMA RM, de fecha 17 de febrero de 2005, impone a la empresa titular del proyecto (Consorcio Santa Marta S.A.), una multa de 400 UTM, por una serie de infracciones cometidas en contra de la RCA en cuestión, entre ellas, la no contratación del referido seguro. Se interpuso un Recurso de Reposición en contra de dicha Resolución, el que fue rechazado en definitiva.

⁹⁰ Continúa señalado la DIA en cuestión que “a cuatro años del inicio de la operación del relleno sanitario, se considera fundamental la materialización de una alternativa como la propuesta en esta presentación, destinada a otorgar las mayores garantías a la comunidad ante determinados eventos de siniestros de

Es del caso señalar que dicha DIA fue calificada ambientalmente viable a través de RCA N° 1024 de fecha 09 de diciembre de 2009, emitida por la CONANA RM, acogiendo la propuesta del titular en orden a establecer una Fianza Nominal que comprende las mismas área definidas en la correspondiente RCA, cuyo contenido y alcances se encuentran descritos en la

muy hipotética ocurrencia asociados a la operación del Relleno Sanitario Santa Marta. Para ello, se contempla junto con esta presentación aportar elementos jurídicos, técnicos y ambientales, que ameritan modificar lo establecido en la RCA en orden a eliminar la exigencia de contratar un Seguro de Protección Agrícola ante la imposibilidad de concretarlo, así como su ineficacia. Los aspectos más relevantes que abordarán son los siguientes:

- La modificación del considerando 11 de la RCA, que establece la exigencia de contratar un Seguro de Protección Agrícola por reparación ambiental ante eventos de contaminación en aguas superficiales, subsuperficiales y subterráneas, suelos y cultivos, para un área de influencia directa de 1.000 hectáreas y para un área de influencia indirecta de 3.000 hectáreas.
- La justificación técnica y jurídica, que avala el reemplazo de la exigencia actual, por ser inviable su materialización. En efecto, la incorporación en la RCA de este seguro corresponde a una sobreexigencia, jamás propuesta ni aceptada por la empresa, supuestamente destinada a otorgar mayores garantías a la comunidad ante determinados eventos de siniestros de muy hipotética ocurrencia, que pudieran eventualmente dañar la producción agrícola de las propiedades circundantes sobre las cuales tendría impacto directo el proyecto que, no obstante, corresponde a una medida que en la actualidad no aplica a ningún otro proyecto en Chile.
- La propuesta de reemplazo del Seguro de Protección Agrícola, por una alternativa viable basada en una Determinación y Valoración de Impactos en el Área de Influencia del Proyecto denominada "Plan de Seguimiento, Mitigación y/o Reparación Ambiental" destinada a responder eficazmente ante la ocurrencia de cualquier evento de falla que sea consecuencia de la operación del relleno sanitario, del que se deriven en daños a los componentes suelo, vegetación, aguas superficiales, aguas subsuperficiales y aguas subterráneas presentes en su área de influencia.
- La propuesta contempla que en la eventualidad que se produzca un daño asociado a cualquiera de los componentes detallados en punto anterior, se asegurará mediante los mecanismos establecidos en esta Declaración, la mitigación y compensación de los daños producidos. Al efecto, se realizará una valoración económica de cada evento de falla en el área de influencia del proyecto, determinándose los mecanismos de evaluación del daño producido y de sus modalidades de reparación y compensación.

póliza acompañada en la Adenda 3 del referido proceso de evaluación ambiental.

- **LOCALIZADAS:** Tratándose de las medidas de reparación y compensación, éstas deberán llevarse a cabo dentro del área o lugar en donde se generará el impacto ambiental que la origina, así por ejemplo en materia de corta de bosques, el artículo 33 del DL N° 193/98, Reglamento del DL 701/74, Sobre Fomento Forestal, establece que la reforestación que deba practicarse en tal evento, debe realizarse *preferentemente* dentro de la misma provincia en que se efectuó la respectiva corta. Respecto de las medidas de mitigación, el criterio localización no constituye una exigencia legal, por ende serán válidas aquellas que deban materializarse en la localidad en donde se genere el impacto, así como aquellas destinadas a cumplirse en otra área geográfica;
- **FUNDADAS (Proporcionales):** En efecto, ya hemos señalado reiterativamente a lo largo de esta actividad formativa que la autoridad administrativa siempre debe actuar fundadamente, por lo que la imposición de medidas que obedezcan al sólo capricho de la autoridad o que resulten desproporcionadas en relación con el impacto ambiental a generar por el proyecto o actividad en cuestión, en otros términos, la imposición de medidas arbitrarias, no resultan ser válidas desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto, cabe citar el Recurso de Reclamación interpuesto por Transelec en contra de la RCA N° 67/07 que calificó ambientalmente inviable el proyecto “Línea de Transmisión Eléctrica 220 Kv El Rodeo-Chena”, arguyendo la Administración Ambiental para tales efectos, entre otros motivos, la insuficiencia de las medidas de mitigación y compensación propuesta por el proyecto en relación a los impactos declarados por el mismo. No obstante, y como bien señala la empresa en la exposición de su libelo, de las 11 reparticiones públicas que participaron en el SEIA, sólo una de ellas se manifestó inconforme con el proyecto, la Municipalidad de Calera de Tango. En efecto, dicha institución a través de Oficio N° 631/2007, emitido en la etapa de

visación del correspondiente ICE, solicita entre otras medidas de mitigación *"Exigir a la empresa Transelec mayores responsabilidades ambientales aun cuando el titular no declaro impactar significativamente sobre la biodiversidad y belleza escénica de la zona. Dicha responsabilidad ambiental empresarial debe ser reflejada en el financiamiento de proyectos de recuperación, rehabilitación y conservación de la flora y fauna de la zona donde se emplazara el proyecto tal como lo es la "Estrategia de Conservación de la Biodiversidad de los cerros Lonquén y Chena", iniciativa de nuestra Ilustre Municipalidad, con el apoyo técnico de la Universidad Católica de Chile"*. En concreto, la Municipalidad solicitaba el financiamiento de la del Programa *"Estrategia de Conservación de la Biodiversidad de los cerros Lonquén y Chena"*, condición que el titular rechaza aceptar debido a que *"a todas luces no guarda relación, tanto con los impactos que genera el proyecto, que a nuestro juicio han sido suficientemente mitigados, compensados e incluso eliminados, y desproporcionada también en relación a los costos involucrados. Es del caso señalar, que el monto de la inversión total del Proyecto asciende a US\$ 9.2 millones de dólares y el monto del financiamiento de la iniciativa de la I. Municipalidad de Calera de Tango es de US\$ 1.3 millones de dólares. Este monto equivale aproximadamente al 15% del total de la inversión del proyecto, lo que a nuestro juicio constituye una desproporción, como contribución adicional, para un proyecto que se ha hecho adecuado cargo de los impactos que genera, lo cual esta ratificado por los pronunciamientos de los servicios públicos sectoriales. Sin embargo, Transelec ofreció estudiar la propuesta de la I. Municipalidad de Calera de Tango, de manera de buscar la forma de dar apoyo económico a su iniciativa, pero dentro del marco de la responsabilidad social empresarial de la empresa, pero no dentro del marco del proceso de calificación ambiental del Proyecto (porque esta ya se hace debido cargo de sus impactos ambientales), lo que al parecer no fue aceptado"*.

Finalmente, el Recurso fue acogido por Resolución Exenta N° 0340 del 24 de enero de 2008, de la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, en virtud de la cual se califica ambientalmente viable el proyecto en cuestión, eliminándose los considerandos impugnados de la RCA que daban cuenta de la condición

reclamada, certificándose en consecuencia que el proyecto en cuestión cumple con la legislación ambiental aplicable y la suficiencia o adecuación de las medidas de mitigación y compensación propuestas.

- **EQUIVALENTES:** Este requisito resulta expresamente aplicable a la medida compensatoria y se desprende inequívocamente de la propia definición legal que el Reglamento del SEIA otorga a la presente medida: **“tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado”**. Al respecto, se señala que *“en el balance del bien perdido respecto del bien generado, no puede haber una pérdida global para el medio ambiente⁹¹”*. Como bien lo señala la Resolución de Calificación Ambiental N° 10/97, que califica ambientalmente viable el proyecto “Central Hidroeléctrica Ralco”, a propósito de las medidas de compensación, *“debe tenerse especial cuidado que las medidas exigidas, no vayan más allá del valor ambiental real perdido, y no intentar el desarrollo de otros programas que intenten generar un beneficio mayor que el impacto causado por el proyecto. Es por ello, que las condiciones que se proponen a este respecto pretenden generar un efecto positivo alternativo equivalente, a la pérdida sufrida, y no por el contrario, hacerse cargo de responsabilidades que en caso de que el Estado quisiera tomarla deberían ser de su absoluto cargo”*.

En este escenario, y dando cumplimiento a los requisitos anteriormente expuestos (efectividad, ambientales, practicables, localizadas (en su caso), equivalente (en su caso) y fundadas/proporcionales), los que se desprenden tanto de las propias definiciones legales establecidas, así como de los fines perseguidos por las mismas, además de la conciliación de estos aspectos con los Principios Rectores de nuestro Derecho Público consagrados en nuestra CPR, así como en nuestra legislación

⁹¹ Javier Vergara y Patricio Leyton, “Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Año I, N° 1, diciembre 2003.

ambiental, las MMRC propuestas en un proyecto o actividad, se deberán calificar por la CONAMA respectiva de apropiadas al efecto adverso significativo o impacto ambiental declarado; a contrario sensu, se deberán asumir por el titular, la imposición de las referidas medidas por parte de la Administración Ambiental, debido a que las mismas, aún cuando provienen de una potestad discrecional, al cumplir con los requisitos expuestos, se debe entender que su generación y configuración legal, se encontraría encausada dentro de los límites establecidos por nuestro ordenamiento jurídico para el ejercicio de potestades de dicha naturaleza.

4.4.2 La Falta de Información Relevante y Esencial en el SEIA⁹²

Como señalamos en el numeral 2.1.3 de la presente Actividad Formativa, de acuerdo a los artículos 24, inciso 2° y 29, inciso 5° del Reglamento del SEIA, la CONAMA elaborará el ICE, si sobre la base de los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la evaluación de la DIA/EIA, se estime que el respectivo documento ambiental adolece de información relevante y esencial (IRE) para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiere subsanarse mediante Adenda. Al efecto, nos interesa analizar la primera variante, esto es, cuando el proyecto o actividad en cuestión adolecerá de falta de IRE para efectos de proceder a la correspondiente calificación ambiental.

⁹² Hacemos presente que esta facultad ha sido modificada por la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, por lo que en el numeral 4.5.3 del presente trabajo, nos hacemos cargo de abordar su nuevo estatuto normativo.

Conforme a lo expuesto, lo primero que debe observarse es que la potestad en comento se encuentra radicada en el proceso mismo de evaluación ambiental del proyecto o actividad, es decir, la DIA o EIA ha sido admitida a trámite, sobrellevando con éxito la etapa de control formal o de admisibilidad, y por ende, corresponde en la etapa de fondo o de evaluación propiamente tal, a los órganos de la Administración informar dentro de las esfera de su competencia si los mismos cumplen con la normativa legal ambiental y los permisos ambientales sectoriales aplicables, y tratándose de una DIA, si el mismo no amerita un EIA, o tratándose de un EIA, que las MMRC propuestas, son apropiadas a los impactos declarados.

Este último aspecto, marca una diferencia importante con la potestad discrecional analizada en el numeral precedente, puesto que ésta es más amplia, toda vez que resulta procedente tanto respecto de DIAs como de EIAs.

En el contexto señalado, y tal como veremos en el numeral siguiente, a propósito del examen de diversos proyectos sometidos al SEIA, en virtud de los cuales se ha aplicado, o en su defecto, analizado la figura de falta de IRE, hacemos presente que ésta potestad se ha ejercido durante la etapa de evaluación ambiental, tanto respecto de la presentación misma de la DIA/EIA, así como de sus respectivas Adendas.

Resulta importante clarificar si la potestad en comento, esto es, la elaboración del ICE por parte de CONAMA por falta de IRE, resulta obligatoria en la medida que los órganos del Estado que participen en el proceso de evaluación ambiental emitan sus informes argumentando la existencia de dicha causal; previo a emitir nuestra opinión, a continuación reproduciremos textualmente los artículos en cuestión que consagran la potestad en comento, a saber:

- En caso de EIAs: *“Recibidos los informes a que se refiere el artículo anterior, si en ellos no se hubieren solicitado aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental, se elaborará el Informe Consolidado de la Evaluación a que se refiere el artículo 27 del presente Reglamento.*

Asimismo, **dicho Informe se elaborará** si sobre la base de los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, se estime que dicho Estudio adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiere subsanarse mediante Adenda” (Artículo 24).

- En caso de DIAs: “Los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, dispondrán de un plazo máximo de quince días, contados desde el envío de los ejemplares, para informar a la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o a la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, a través de su Secretario o Director Ejecutivo, respectivamente, si el impacto ambiental que genere o presente el proyecto o actividad se ajusta a las normas ambientales vigentes.

Dichos informes deberán indicar si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los permisos ambientales sectoriales, si corresponde, en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, deberán opinar fundadamente si el proyecto o actividad requiere o no de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento.

De ser necesario, se solicitarán fundadamente, las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se estimen pertinentes para la adecuada comprensión de dicha Declaración.

Recibidos los informes a que se refieren los incisos anteriores, si en ellos no se hubieren solicitado aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la Declaración, se elaborará el Informe Consolidado de la Evaluación a que se refiere el artículo 32 del presente Reglamento.

Asimismo, **dicho Informe se elaborará** si sobre la base de los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la

evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, se estime que dicha Declaración adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiere subsanarse mediante un Adenda” (Artículo 29).

El tenor literal de las disposiciones analizadas es claro. En efecto, disponen que **“dicho Informe se elaborará”** (el ICE), si los órganos de la Administración del Estado competentes estiman que la DIA/EIA en cuestión, adolece de IRE para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad. En otros términos, se desprende del elemento gramatical de la referidas disposiciones que nuestra legislación conmina u obliga a la CONAMA a elaborar el respectivo ICE de presentarse el supuesto descrito en la norma.

Sin embargo, el Reglamento en cuestión no señala un quórum determinado de informes en tal sentido para efectos de la elaboración del correspondiente ICE. En este sentido, ¿bastaría que sólo un órgano se pronunciase en tal sentido para que CONAMA proceda a la elaboración del ICE? Aún cuando, nada dice nuestra legislación, al menos queda claro del tenor literal de las disposiciones analizadas que un solo informe en tal sentido no resulta suficiente para activar la potestad en cuestión. En efecto, el Reglamento del SEIA, emplea las expresiones “si sobre la base de los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes”, por lo que al menos se debe entender que se debe tratar de una pluralidad de organismos que informen en tal sentido.

Respecto de éstos y otros tópicos nuestra entidad de control se ha pronunciado a través de Dictamen N° 45471 de fecha 21 de agosto de 2009. En efecto, la CGR en dicho Dictamen, emitido en el contexto del proceso de evaluación ambiental del EIA “Proyecto Hidroaysen”, se pronuncia a requerimiento previo efectuado por una amplia gama de Diputados y Senadores de todas las tendencias políticas, en relación a la

facultad de la CONAMA para elaborar ICSARAS o ICE, cuando un número importante de instituciones han informado en sus oficios falta de IRE.

En este sentido, el referido Dictamen señala en lo pertinente que *“en lo que se refiere a la emisión de los informes por parte de los órganos de la administración del Estado que participan de la evaluación ambiental de un proyecto o actividad sostiene que éstos y en caso “de ser necesario, solicitarán fundadamente las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se estimen pertinentes para la adecuada comprensión” del estudio de impacto ambiental.*

Por su parte, el artículo 24 del reglamento ordena que, de no solicitarse tales aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o si sobre la base de los informes antes aludidos se estima que el estudio “adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiere subsanarse mediante Adenda”, la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, elaborará un Informe Consolidado de la Evaluación, regulado en el artículo 27 de ese cuerpo normativo.

A continuación, el artículo 25 del reglamento preceptúa, en lo que interesa, que de haberse solicitado las ya mencionadas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, “se elaborará un informe consolidado de las mismas”, documento que será notificado al titular respectivo, señalándole un plazo para evacuar su respuesta, la cual, de acuerdo con lo establecido en su artículo 26, se contendrá en un documento denominado adenda.

Como es dable observar, el supuesto normativo que hace procedente la consolidación de las solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones se encuentra constituido, precisamente, por la circunstancia de que los organismos

públicos ya referidos, hayan formulado los requerimientos correspondientes, sin que obste a lo anterior el hecho de que también concurren informes que se encuentren en alguna de las hipótesis del referido artículo 24, como ocurrió en el procedimiento evaluatorio a que se refiere la consulta en estudio.

En tal sentido, cabe deducir que la decisión de elaborar el mencionado informe consolidado de las solicitudes no se encuentra sujeto a la ponderación de otros antecedentes, sino que basta, al efecto, la presencia de los ya expresados requerimientos, siendo del caso precisar que la generación de tal instrumento no impide, como afirman los ocurrentes, el examen que deben efectuar las comisiones de que se trata, en relación con las objeciones que algunas de las entidades públicas competentes hubieren planteado, tocantes a las omisiones e infracciones a que alude el artículo 24 del reglamento.

Lo anterior, comoquiera que, una vez respondidas por el titular las solicitudes de que se trata, la autoridad ambiental deberá ordenar la confección del antes mencionado Informe Consolidado de la Evaluación, instrumento que necesariamente incluirá, de conformidad con el anulo 27 del citado Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, entre otros tópicos, "las conclusiones respecto a cada uno de los aspectos que digan relación con el cumplimiento de la normativa de carácter ambiental", en base a la opinión de los órganos de la Administración del Estado que participan en la calificación del proyecto o actividad y que se enviará a tales órganos ya sea para su visación final o para que den razón fundada de su negativa".

En otros términos, y a diferencia de lo sostenido inicialmente por nosotros, en orden a que la elaboración del ICE podría resultar obligatoria si se tiene presente el tenor literal de las disposiciones legales de referencia (*elaborará*, rezan los artículos en cuestión), se puede desprender de lo señalado por la CGR, que resulta del todo facultativo para CONAMA, en un escenario hipotético en donde concurrentemente se presenten informes de servicio "solicitando aclaraciones, rectificaciones o

ampliaciones del estudio”, por una parte, y por la otra, oficios informando “falta de IRE para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad”, elegir entre una y otra alternativa, es decir, queda a decisión de la CONAMA el optar por cualquiera de las dos vías de desarrollo del procedimiento, aún cuando un número importante de instituciones informen por la causal analizada en este apartado, afirmación que aún cuando no se señala expresamente en el Dictamen, debe desprenderse del mismo, por cuanto debe tenerse presente que mas de un tercio de los reparticiones públicas evaluadoras del EIA “Proyecto Hidroaysen” y que dio origen al Dictamen en cuestión, habían informado la falta de IRE para efectos de calificar ambientalmente el referido EIA.

Continua añadiendo nuestra entidad de control que *“la elaboración del informe consolidado de solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones es una actuación de mero trámite, precisamente por cuanto tiene por objetivo llevar adelante la marcha regular del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, generando los antecedentes necesarios para que la autoridad ambiental competente resuelva el asunto mediante un pronunciamiento definitivo...”*, y aún cuando no lo diga expresamente, podríamos decir lo mismo del ICE elaborado en base informes que aducen falta de IRE para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, aún cuando en este último caso, sin lugar a dudas, el aspecto decisorio o resolutorio del proyecto, se encuentra potentemente contenido en dicho acto trámite, siendo el camino lógico el rechazo del proyecto en la correspondiente RCA.

De acuerdo a lo expuesto, y en lo que dice relación con la figura de falta de IRE, se concluye de la normativa legal analizada, así como de la jurisprudencia administrativa existente, que queda sujeta a la discreción de la CONAMA ejercer la facultad en comento, puesto que dicha repartición pública puede optar entre proceder a la elaboración de un ICSARA o en definitiva optar por la elaboración del ICE, alternativa que escogerá en definitiva de acuerdo sus propios criterios soberanos. Lo anterior, en atención a que según la CGR, constituyen ambos informes (ICSARA/ICE) actos trámites.

Entrando en el fondo de esta materia, nuestra legislación ambiental, no ha señalado lo que debe entenderse, o cual es la extensión o alcance de la figura falta de IRE para efectos de calificar ambientalmente un proyecto o actividad, por lo que su configuración y procedencia, debe desprenderse primariamente de los informes de los organismos con competencia ambiental que participan del respectivo proceso de evaluación ambiental, los que constituyen por así decirlo el precedente necesario para el ejercicio de la facultad en comento, sin embargo, corresponderá a la CONAMA en definitiva calificar, en su calidad de ente administrador del SEIA, si en base a dichos informes elaborará el ICE, o, en su defecto, elaborará el correspondiente ICSARA, en función de las aclaraciones y rectificaciones que soliciten otras reparticiones públicas en un mismo proceso de evaluación ambiental.

Como hemos señalado, ni la LBGMA ni el Reglamento del SEIA establecen un concepto de dicha figura, por lo que recurriremos, a título meramente coadyudante de la presente actividad formativa a las definiciones otorgadas al efecto por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Conforme al citado Diccionario, **relevante** significa en una primera acepción “*sobresaliente, destacado*”; en su segunda variante “*importante, significativo*”. Por su parte, **esencial** significa en una primera acepción “perteneiente o relativo a la esencia”, y en su segunda, “Sustancial, principal, notable”.

Extrapolando las definiciones otorgadas por el Diccionario de la RAE a los términos analizados en el párrafo anterior, en relación a su aplicabilidad a la potestad conferida en el SEIA objeto de análisis, podemos inferir desde ya, que los órganos de la Administración del Estado, a fin de observar falta de IRE, deberán sustentar su decisión no en la falta de información de cualquier naturaleza, si no que debe tratarse de información gravitante o importante, para efectos de calificar el proyecto o actividad. Este hecho, por así decirlo, podría constituir un límite para el debido encauzamiento de la referida potestad.

Ahora bien, cabe preguntarse si la falta de IRE, constituye una figura legal autónoma o independiente dentro de nuestro sistema legal ambiental, o si por el contrario, constituye una redundancia, en términos tales que otras figuras contenidas en nuestro Reglamento del SEIA, implícitamente contienen dentro de su ámbito normativo, una insuficiencia de la información en términos similares.

En efecto, si una DIA es rechazada porque de acuerdo a la CONAMA, ésta genera efectos, circunstancias o características que ameritan un EIA, ¿se podría sostener que dicho documento ambiental carece de falta de información relevante para efectos de calificar el referido proyecto? Lo mismo cabría preguntarse si el proyecto en cuestión no identifica MMRC adecuadas; o si no señala pormenorizadamente como se hará cargo de los efectos adversos significativos que genera. Todos estos caso, ¿acaso no implican en el fondo de una insuficiencia de la información proporcionada por el documento ambiental respectivo?

En nuestra opinión, se trata de una figura autónoma, es decir, que puede presentarse con independencia de otras causales, tal como demostraremos en los siguientes párrafos a través del análisis de diferentes proyectos que se encargan de precisar el sentido y alcance de la misma, lo que en caso alguno implica que, asimismo, pueda presentarse concurrentemente con alguna causal formal de rechazo de un proyecto o actividad.

A mayor abundamiento, esto aconteció precisamente con la evaluación ambiental del proyecto DIA "Ampliación Terminal Marítimo Muelle San José, Calbuco ", el que fuese rechazado en una primera instancia administrativa a través de la RCA N° 766 de fecha 03 de octubre de 2007, emitido por la CONAMA Región de Puerto Montt. En efecto, la referida RCA, aún cuando no aplica apropiadamente la potestad para elaborar el ICE en base a falta de IRE (el recurso interpuesto por el titular se encarga

precisamente de tratar éstos tópicos⁹³), puesto que ningún organismo se pronuncia en tal sentido, se puede deducir de una serie de disposiciones del referido ICE, un ánimo de rechazar el proyecto debido a la insuficiencia de la información presentada y a que el mismo ameritaba un EIA, ambas causales simultáneamente.

A continuación, reproduciremos los considerandos en cuestión, a saber:

- *“Que, en lo relativo a los efectos, características y circunstancias señalados en los literales "b", "c" y "d", del artículo 11 de la Ley N° 19.300, y sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación, debe indicarse que el proyecto "Ampliación Terminal Marítimo Muelle San José, Calbuco" genera o presenta efectos, características y circunstancias, que justifican la presentación de un EIA, de acuerdo a lo siguiente” (considerando 6°):*
- *“El documento sometido a evaluación, **tampoco señala ningún tipo de responsabilidad o medidas que podrían ser adoptadas respecto de la ocurrencias de emergencias en las naves, Buques Tanques, que naveguen en los canales donde se ha trazado el track de navegación para llegar hacia y desde el proyecto**” (considerando 6.1);*
- *“En caso de ocurrir emergencias tales como derrames de combustible, hundimiento de la embarcación, daño a centros de cultivo por maniobras del buque, entre otras, **el presente proyecto requiere de un plan de***

⁹³ En efecto, el Recurso de Reclamación interpuesto, señala en lo pertinente que *“la CONAMA de la Región de Los Lagos, sin considerar los informes de los órganos de la Administración del Estado que participaron en la evaluación y que solicitaron aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la Declaración y haciendo caso omiso a las causales por las cuales se puede aplicar, en la especie, las disposiciones del inciso final del artículo 29 del Reglamento del SEIA, elaboró y emitió con fecha 24 de septiembre del presente año el Informe Consolidado de la Evaluación. Al respecto, se debe indicar que las observaciones emanadas de los órganos de la Administración del Estado que participaron en la evaluación no dicen relación con falta de información esencial de la DIA, por lo que es dable entender que dichas observaciones son todas subsanables mediante la presentación de un Adenda...En síntesis, la COREMA hizo una incorrecta aplicación de las disposiciones establecidas en el inciso final del artículo 29 del Reglamento del SEIA”.*

contingencia a implementar en caso de derrames masivos de combustible u otros eventos. Dicho plan es indispensable para la evaluación ambiental del proyecto” (considerando 6.1);

- *“Respecto del artículo N° 8 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si "el proyecto genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbre de grupos humanos", requerirá la presentación a evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental EIA, debido a que, lo presentado en el proyecto es solo una caracterización básica de distintas fiestas costumbristas y religiosas que se desarrollan en la comuna de Calbuco y distintas afirmaciones sin fundamento que según el titular justificarían que el proyecto no implica alteraciones significativas al medio humano". Asimismo, "El proyecto se emplazará cercano a actividades de desarrollo acuícola. Por lo tanto estas debieran ser consideradas como receptoras de los impactos que pudieran ocurrir por los potenciales accidentes"* (considerando 6.2, letra a);
- *“La distancia que separa el proyecto (y los alcances de este) con las distintas actividades económicas que se desarrollan en el sector de San José, principalmente las asociadas a la acuicultura, se considera bastante pequeña, considerando que algunas, tal como lo menciona el titular están aproximadamente a 1.000 m, distancia bastante próxima al área de emplazamiento del proyecto, aunque el Titular no lo exprese. Considerando este factor y el potencial riesgo que significa para las actividades acuícolas del sector el emplazamiento cercano del proyecto es que **debiera existir un análisis detallado de las potenciales afectaciones que podrían ocurrir al medio humano y principalmente a las actividades económicas que se desarrollan en el sector, ante posibles accidentes relacionados por la contaminación de los recursos marinos**"* (considerando 6.2, letra b);
- *“De gran importancia es considerar también, **el proyecto no reconoce otras actividades económicas que se desarrollan en el sector, asociadas también a la acuicultura pero que no son de carácter industrial.** Tal como es informado por el Municipio de Calbuco, existen en el lugar distintos grupos*

de buzos y mariscadores que desarrollan estas actividades como medio de subsistencia” (considerando 6.2, letra c);

- *“En los sectores cercanos a la empresa Cabo Froward S.A., habitan algunas familias, que se dedican a la recolección de orilla como mecanismo de subsistencia, dedicándose a la extracción de algas y moluscos. Estos grupos humanos podrían ver afectadas sus costumbres producto de la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos” (considerando 6.2, letra d).*

A modo de resumen, la CONAMA Región de Los Lagos, aún cuando ningún órgano de la Administración del Estado observó falta de IRE para calificar la DIA en cuestión, procedió como si así fuese, emitiendo en consecuencia el respectivo ICE, debido a que el proyecto en cuestión, por una parte, no contenía toda la información que un proyecto de su especie requería, y por la otra, a que el mismo ameritaba la presentación de un EIA.

En otros términos, la insuficiencia de la información estaba asociada en parte, a las causales de presentación de un EIA, aún cuando como hemos dicho la causal en comento fue mal aplicada al caso particular, de ahí que la Dirección Ejecutiva de la CONANA, invalidará la referida RCA ordenando retrotraer el expediente al estado anterior a la elaboración del ICE. En definitiva dicho proyecto fue aprobado a través de RCA N° 465 de fecha 22 de agosto de 2005.

Sin perjuicio de lo señalado, y al igual que en el análisis del tópico analizado en el numeral precedente, el contenido y alcance de esta figura legal, se realizará en base a la evaluación ambiental de cada proyecto o actividad presentado al SEIA, por ende, la materialización de esta figura quedará en definitiva entregada al criterio discrecional de la Administración Ambiental, no obstante, ello no implica que no existan límites jurídicos que deban tenerse presente por la CONAMA al momento de amparar una decisión en base a la causal en comento. De hecho, el caso analizado precedentemente, constituye un ejemplo concreto de lo señalado, que podríamos

asimilar parafraseando a la doctrina española al control de los hechos esenciales (que efectivamente existan órganos que hayan observado falta de IRE durante el proceso de evaluación).

4.4.2.1 Análisis de casos relevantes presentados en el SEIA

Con el objetivo de analizar la potestad en comento, esto es, como se ha presentado, en que oportunidad del proceso administrativo, así como su sentido y alcance, a continuación examinaremos algunos proyectos sometidos al SEIA, en virtud de los cuales se ha analizado la figura de falta de IRE para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, a saber:

I DIA Proyecto "Tratamiento de Residuos Forestales Celulósicos (RFC) mediante Incineración In Situ", presentada por el Sr. Francisco Javier Acuña Carter.

El proyecto en cuestión, tenía por objeto la transformación de los residuos industriales celulósicos mediante incineración in situ, con quemadores de aire forzado, en ceniza inerte reduciendo su volumen en un 98%.

De acuerdo a lo expresado por el titular, esta actividad sería realizada a través de unidades de tratamiento transportables (móviles) en diversas comunas desde la V a la XII Regiones. Al efecto, distingue 3 unidades de tratamiento transportables, en función de la fuente generadora de residuos forestales, las que funcionan bajo el mismo principio técnico, llamado incineración con cortina de aire.

En lo que nos interesa, el proyecto en cuestión fue rechazado, sin previa elaboración de Adenda alguna, a través de la RCA N° 1406 de 07 de julio de 2006,

emitida por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, puesto que “durante la evaluación ambiental del proyecto los Órganos de la Administración del Estado manifestaron la falta de información relevante para la evaluación de la viabilidad ambiental del proyecto; en particular, aspectos relativos a descripción y alcance del proyecto” (considerando 4° de la RCA). La insuficiencia de información, estaba asociada a los siguientes tópicos, a saber:

- **Descripción Unidades de Tratamiento:** “No se describe la operación de cada una de las tres unidades de tratamiento (proceso de Incineración), no se indica el número de cada unidad que contempla el proyecto, sólo se entrega información general; no se incluye Balance de Masa y de Energía del Proceso. No queda claro el procedimiento para armar y desarmar, así como tampoco el sistema de traslado de estas unidades. Asimismo, no se precisa el tipo de combustible a utilizar ni su requerimiento energético; sólo se nombra un grupo generador eléctrico sin precisar su uso.

Además, el titular no entrega información respecto a los volúmenes y la caracterización química de los residuos RFC a incinerar y no señala el “porcentaje de humedad límite” que deberían tener éstos para realizar la combustión sin emitir humos visibles al ambiente (D.S N°144/61 de MINSAL).

Tampoco se plantea un sistema de control de insumos, de manera de conocer el origen y calidad del combustible; si estos estarán libre de preservantes, pesticidas u otros productos químicos que puedan resultar contaminantes al momento de combustionarlos” (considerando 4.1);

- **Radio de operación:** “No se precisa donde se efectuarán las acciones de incineración en la comuna (potenciales generadores) ya sean éstos permanentes o de paso. No se define un programa tentativo de incineración por región en el que al menos se precisen generadores; horas de funcionamiento proyectadas; volúmenes de cenizas a generar y los días de retiro; plan de manejo de cenizas y destino final; traslado de equipo incinerador (vías a utilizar y distancias). Esto último está directamente relacionado con la ubicación de la instalación matriz del proyecto donde se guarden los equipos incineradores y se realicen sus mantenciones cuando no estén siendo

utilizados. Lo anterior, ya que el titular indica que su proyecto se realizaría desde la V y hasta la XII Regiones” (considerando 4.2);

- **Aparcamiento de los equipos incineradores:** “No se indica la ubicación de los incineradores móviles cuando alguno de ellos no esté operando. Se limita a señalar el titular que no es aplicable porque no comprende una superficie específica u obras, dado que es un proceso que se llevará a cabo en las instalaciones del cliente o generador” (considerando 4.3);
- **Emisiones del Proyecto:** “Cabe mencionar que en el proceso de incineración de este tipo de residuos existen maderas que han sido tratadas con fumigantes y baños antimanchas, lo cual provocaría emisiones de contaminantes no deseados y que no han sido consideradas por el titular.

No se entregan las distancias entre el/los aparcamientos de los incineradores y el generador de los RFC, dato necesario, entre otros, para la cuantificación de las emisiones por transporte.

Respecto de las cenizas generadas en la incineración, el titular no presenta un plan que indique sistema de acumulación y/o manejo, previo a su disposición final.

En relación con las emisiones de ruido, el titular plantea que éstas provendrían del generador eléctrico, las que fluctuarán entre 80-85 dB; sin entregar ningún antecedente respecto de los equipos incineradores. No se acredita cumplimiento del D.S. N° 146/97 de MINSEGPRES” (considerando 4.4);

- **Plan de Contingencia:** “No se presenta Plan de Contingencia ante situaciones operacionales y no operacionales; en particular, en caso de incendio” (considerando 4.5);
- **Permisos Ambientales Sectoriales (PAS):** “En relación al PAS del Artículo 93, no se presentan los requisitos necesarios para acreditar su cumplimiento, relativo a los literales a) y d) del citado permiso del Reglamento del SEIA. Además, no solicita y no presenta los antecedentes necesarios respecto del PAS del artículo 94 de dicho Reglamento” (considerando 4.6).

Continúa señalando la RCA que *“los siguientes Órganos evaluadores estimaron que no era posible evaluar ambientalmente el proyecto dado que adolecía de información esencial (descripción y alcance del proyecto): Municipalidad de Puchuncaví, Municipalidad Chillán, Municipalidad de Quilpue, Secretaria Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones, Región de Magallanes y antártica Chilena, Departamento de Salud Ambiental del Ministerio de Salud”* (considerando 5°); es decir, hubo una multiplicidad de reparticiones públicas que durante el respectivo proceso de evaluación ambiental, informaron falta de IRE para efectos de calificar el proyecto en cuestión. El restante de los organismos, había optado derechamente por el rechazo del proyecto en función de que el mismo ameritaba la presentación de un EIA⁹⁴.

Interesante resulta a los efectos de esta actividad formativa, el análisis que la misma RCA realiza respecto de la figura en comento, a saber:

- *“Que el Artículo 14 del Reglamento del SEIA establece que “Las Declaraciones de Impacto Ambiental deberán presentarse bajo la forma de declaración jurada, en la cual se expresará que se cumple con la legislación ambiental vigente, acompañando todos los antecedentes que permitan al órgano competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes”. En este sentido, el Artículo 15 del citado Reglamento establece claramente el contenido mínimo de una Declaración de Impacto Ambiental; entre ellos la descripción del proyecto o actividad que se pretende realizar, la indicación de los antecedentes necesarios para determinar si el impacto ambiental que generará o presentará el proyecto o actividad se ajusta a las normas ambientales vigentes y que éste no requiere de un Estudio de Impacto Ambiental.*

⁹⁴ Cabe hacer presente que en el referido proceso de evaluación ambiental participaron más de 60 reparticiones públicas, entre diferentes municipalidades y servicios públicos de diversas regiones. De esto, inferimos que fue una notoria minoría la que optó por la figura en análisis.

Asimismo el Artículo 29 del citado texto legal, establece que se elaborará el Informe Consolidado de Evaluación, sin previa Adenda, si sobre la base de los informes de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental que participen en la evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, se estime que dicha Declaración adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad” (considerando 7);

- *“Que conforme a lo citado en el Considerando Cuarto de la presente Resolución, la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente estima que la Declaración de Impacto Ambiental adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto y que no podrá ser subsanada mediante Adenda, dado que:*

*Según lo dispuesto en el Artículo 29 inciso 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, los órganos con competencia ambiental solicitarán aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que estimen pertinentes para la adecuada comprensión de la Declaración; **en ningún caso, dicho Informe tiene por objeto constituir o definir el proyecto, sino sólo complementar la información proporcionada.***

La Adenda por tanto, tiene por objeto aclarar, ampliar o rectificar la información proporcionada por el titular en la Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, según sea el caso; no es una vía para entregar antecedentes básicos sobre el proyecto.

Además, la falta de información, al momento inicial del proceso de evaluación, sobre aspectos esenciales del proyecto, obstaculiza el correcto y normal desarrollo de la evaluación ambiental, por cuanto, adoleciendo de información básica, no es posible para los organismos evaluadores formular en la oportunidad legal las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones necesarias para la calificación del proyecto” (considerando 8);

- *“Que en virtud de lo anterior, esta Dirección Ejecutiva concluye que en esta Declaración Ambiental, falta información relevante y esencial para evaluar ambientalmente el proyecto y determinar si cumple la normativa ambiental aplicable y si requiere o no de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, información no subsanable mediante Adenda, por lo que se estimó que no procede su elaboración en conformidad a las normas citadas anteriormente” (considerando 9);*
- *“Finalmente, dando respuesta a la solicitud del titular, de no considerar los pronunciamientos de los órganos con competencia ambiental realizadas fuera de plazo, se señala que éstos para pronunciarse sobre la Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, según sea el caso, no tienen un plazo fatal, por lo que recoger dichos antecedentes para la elaboración del Informe Consolidado de Evaluación, no es más que el ejercicio de una facultad de esta Dirección Ejecutiva, tendiente a garantizar la calidad de la evaluación ambiental de los proyectos, justamente en su rol de coordinadora de dicho sistema” (considerando 10).*

De lo expuesto en la referida RCA, cabe concluir que la falta de IRE, esta asociada en la especie, a la **precariedad con que se aborda la descripción de un proyecto o actividad**, falta de información que está estrechamente relacionada con el incumplimiento de los contenidos mínimos a cumplir por toda DIA de acuerdo al Reglamento del SEIA. En tales términos, no resultaría procedente a juicio de la CONAMA la elaboración de un ICSARA, puesto que dicho informe está asociado a la complementación o ampliación de la información proporcionada por el proyecto, más no a constituir o definir al mismo o a sus aspectos esenciales.

En otros términos, al no existir información de calidad, al menos básica del proyecto en cuestión y de sus alcances, se entiende que la autoridad no puede solicitar aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al mismo, puesto que no cuenta con antecedentes suficientes para ello, por lo que en la praxis un proyecto presentado

“pobremente”, no hace mas que obstaculizar el normal desarrollo del SEIA, no teniendo ningún sentido seguir con una evaluación ambiental, debiendo procederse bajo toda lógica, al rechazo del proyecto.

Por último, es del caso señalar que el referido proyecto fue objeto de un Recurso de Reclamación, no obstante, el mismo fue rechazado en atención a los argumentos precedentemente expuestos.

II DIA Proyecto "Transporte de Sustancias y Residuos Peligrosos", presentado por la empresa Global Index Chile Servicios Integrales Limitada.

El proyecto tenía por objeto el transporte de sustancias y residuos peligrosos desde diversos generadores entre la I y X regiones hasta plantas de disposición de residuos peligrosos en la Región Metropolitana. Para tales efectos, el proyecto singularizaba todas las comunas por donde atravesaban las rutas a utilizar por el proyecto, a la vez de señalar un listado de los residuos peligrosos a transportar.

No obstante su aparente simplicidad, el proyecto fue en definitiva rechazado por la RCA N° 3147, de fecha 26 de noviembre de 2007, emitida por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA. Sin embargo, es importante señalar que aquí, a diferencia del caso anterior, el titular del proyecto si tuvo la posibilidad de presentar una Adenda en el proceso de evaluación.

Los fundamentos asociados al rechazo, dicen relación básicamente, al igual que en el caso analizado anteriormente, a la precariedad de la descripción de proyecto presentado, especialmente en lo que dice relación con el origen y destino de los residuos, así como con la singularización de las rutas y flotas de camiones a utilizar. En efecto, la referida RCA señaló expresamente en lo que nos concierne, lo siguiente, a saber:

- *“En el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA), se solicitó al Titular indicar las cantidades a transportar de cada uno de los residuos y sustancias peligrosas, precisando los lugares de origen y destino de cada una de ellas, a lo que el titular contestó en Adenda N° 1 que “dado que se trata de una situación en proyecto (...) no se posee ningún cliente definido, por lo tanto no se pueden indicar cuales son los lugares de origen de la carga” (considerandos 3.1.1 y 3.1.2);*
- *“En relación a los destinos finales de la carga, según lo indicado por el Titular en el punto 2.5.1 de la Declaración de Impacto Ambiental y en la respuesta número 1 del Adenda, éstos corresponderán a los que determine el cliente, estableciéndose, para el caso de los residuos peligrosos, plantas de tratamiento autorizadas. Sin embargo, la información presentada no permite a esta Dirección Ejecutiva conocer el destino del transporte de sustancias peligrosas, dado que la tabla presentada en la respuesta 1 de la Adenda sólo consideró los residuos” (considerando 3.1.3);*
- ***“Que, esta información, a saber, el origen y destino de los residuos y sustancias peligrosas, es esencial para la evaluación ambiental del Proyecto, en particular, para efectos de determinar si el Proyecto cumple con la normativa ambiental aplicable, y finalmente, certificar dicho cumplimiento”*** (considerando 3.1.4);
- *“En el ICSARA N° 1 se solicitó al Titular indicar las rutas a utilizar desde el origen hasta el destino para cada comuna. El Titular, en la Adenda N° 1, no señala las vías que utilizará, remitiéndose a la respuesta N° 1, transcrita precedentemente” (considerando 3.1.4);*
- ***“Que, las vías o rutas a utilizar en un proyecto de transporte, como lo es el de la especie, es información relevante y esencial para la evaluación de impacto ambiental de un proyecto de transporte a que se refiere la letra ñ) del artículo 10 de la Ley 19.300, toda vez que dicha información permite definir la localización del proyecto y, por tanto, su área de influencia en el territorio”*** (considerando 3.2.3);

- *“En la pregunta número 15 del ICSARA, se solicita al Titular indicar la frecuencia y flujos de uso de las vías a utilizar. En su respuesta número 15 el titular indica, asimismo, que se remita a la respuesta número 1 del Adenda N° 1, en la cual indica que no posee ningún cliente definido por lo cual no es posible conocer el origen de la carga”* (considerando 3.3.1);
- ***“Que, la información solicitada en el ICSARA, específicamente la frecuencia y flujo de uso de las vías a utilizar, es un antecedente fundamental para el proceso de evaluación y calificación ambiental del Proyecto, para efectos de determinar el impacto ambiental del proyecto en cuanto al nivel de ruido y emisiones, entre otros aspectos”*** (considerando 3.3.1);
- *“Que, en la pregunta número 2 del ICSARA se solicitó al titular informar las características de la flota de vehículos de carga, señalando la cantidad de vehículos que la componen, el tipo de carrocería y la capacidad de carga”* (considerando 3.4.2);
- *“Que, en su respuesta número 2 de la Adenda N° 1, el titular señaló “los vehículos a adquirir poseerán una capacidad de carga de 5.000 Kg., se utilizarán camiones cerrados y con barandas de 1 metro”* (considerando 3.4.3);
- *“Que, la respuesta omite señalar el número total de vehículos a utilizar y no añade información sobre las características de los vehículos como fue solicitado, limitándose a informar lo declarado en la DIA”* (considerando 3.4.4);
- ***“Que, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto, es decir, que es un proyecto de transporte, la flota y características de los vehículos a utilizar permiten determinar la magnitud del proyecto, antecedente relevante y esencial para poder evaluar los posibles impactos de éste”*** (considerando 3.4.6);
- ***“Que, los antecedentes por los cuales se solicitó aclaración, rectificación y complementación, constituyen elementos esenciales para calificar ambientalmente el Proyecto”*** (considerando 5);

- *“Que, en virtud del artículo 19 inciso 3 de la Ley 19.300 y sobre la base de los antecedentes que constan en el expediente de evaluación ambiental, esta Dirección Ejecutiva estima que la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto “Transporte de residuos y sustancias peligrosas” no subsanó los errores, omisiones y exactitudes que se detallan en el Considerando 3 de esta Resolución, y por tanto, corresponde el rechazo de la DIA que se califica mediante este acto” (considerando 6).*

Conforme a lo expuesto, cabe simplemente concluir que la presente RCA, recoge y hace suya el contexto doctrinario contenido en la RCA analizada en el caso precedente, puesto que nuevamente la autoridad se pronuncia equiparando los términos falta de IRE a precariedad de la descripción de proyecto presentado, lo que implica obviamente que no resulta posible, por una parte, informar a los órganos competentes, y por la otra, calificar ambientalmente viable un proyecto, por lo que su curso lógico será la emisión del ICE y la correlativa RCA rechazando el proyecto. Al respecto, debemos señalar que la RCA en cuestión, no fue objeto de recursos administrativos.

III EIA Proyecto "Suministro de Agua Pampa Colorada", de la empresa Minera Escondida Limitada (MEL).

Preliminarmente, se debe hacer presente que el presente proyecto presenta una particularidad especial, la que dice relación con la interposición de un Recurso Jerárquico por parte titular del proyecto en contra del respectivo ICE, sin esperar la emisión de la correspondiente RCA.

En este contexto, el petitorio central del referido recurso, decía relación obviamente con la invalidación del ICE *“y que este procedimiento se retrotraiga al estado de*

elaborar un segundo Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones”.

Dicho esto, podemos señalar que el referido proyecto tenía por objetivo “*desarrollar una nueva fuente de abastecimiento de agua para las operaciones de MEL, con capacidad para suministrar un total de 648 millones de m³ de agua, a una tasa de extracción media anual máxima de 32,4 millones de m³ de agua. Los recursos hídricos se emplearán principalmente en los procesos productivos en la faena.*

Para ello se contempla la habilitación de campos de pozos en la zona Pampa Colorada, ubicada en el altiplano de la Segunda Región de Antofagasta, y la instalación de una tubería de aproximadamente 190 kilómetros de longitud para conducir las aguas hasta las instalaciones de MEL” (numeral 1.6.1 del ICE).

Es del caso señalar, que de los 17 organismos con competencia ambiental que participaron en la evaluación del referido proyecto, **solo uno de ellos, la SEREMI MOP, se pronunció aduciendo falta de información relevante y esencial para efectos de calificar el EIA**, al menos en sentido expreso, puesto que dicha causal se deja entrever tácitamente de las observaciones formuladas a la Adenda por parte de la DGA, informe que en definitiva es el causante directo del rechazo del proyecto; cinco se pronuncian formulando observaciones; cuatro manifiestan conformidad; cuatro se manifiestan disconformes sin aducir causal específica y dos señalan que el EIA no establecen medidas apropiadas de mitigación, reparación o compensación (al menos así lo plantea la recurrente).

Considerando este escenario, el titular alega violación al Principio de Contradictoriedad y de la Ley N° 19,300, toda vez que en caso de existir observaciones por parte de los servicios que participan en el SEIA, éstos se deben consolidar en el respectivo ICSARA.

El Recurso Jerárquico señala expresamente en lo nos interesa que “el Artículo 24, inciso 2 del Reglamento del SEIA, limita seriamente el principio (de contrariedad) al establecer que se elaborara el Informe Consolidado de la Evaluación "si sobre la base de los informes de los órganos de la Administración del Estado competentes que participen en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, se estime que dicho Estudio adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiese subsanarse mediante Adenda".

En todo caso, esta norma es muy excepcional pues: a) solo puede disponerse en la oportunidad procedimental indicada, esto es, al informar acerca del Estudio de impacto Ambiental –lo que ya no ocurrió en la especie-; b) requiere que el EIA adolezca de falta de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad; c) o, apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable; y, d) en ambos casos, que no pudiere subsanarse mediante Adenda.

Si falla cualquiera de esos requisitos -como ocurre en la especie- la norma no puede aplicarse pues rige, como regla general, el principio de contradictoriedad”.

Teniendo presente el escenario de evaluación ambiental descrito, el recurso en cuestión, continua señalando que “procede determinar si la COREMA esta legalmente facultada para proceder a elaborar directamente el Informe Consolidado de la Evaluación, sin elaborar un nuevo ICSARA que dé la posibilidad, al titular del proyecto, de dar respuesta a las observaciones.

Sobre el particular, desde ya hay que descartar la posibilidad de que se aplique el Artículo 24, inciso segundo, del Reglamento del SEIA, por cuanto la oportunidad procedimental para ello ha expirado. De tal forma, la cuestión debe resolverse por

aplicación de los Artículos 26, inciso cuarto, y 27, ambos del Reglamento del SEIA, y de los principios antes referidos, en los términos siguientes:

- *El Artículo 26, inciso 4, del Reglamento del SEIA dispone que "si a partir de la presentación del Adenda señalado en el Artículo 26 de este Reglamento, se precisare de nuevas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental, se procederá en lo que corresponda según lo establecido en el Artículo 25 de este Reglamento. Las respuestas del titular del proyecto o actividad se enumeraran correlativamente como nuevos Adenda".*

Del tenor literal de la norma aparece que, en caso de requerirse de nuevas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al Estudio de Impacto ambiental, debe procederse según lo establecido en el Artículo 25 del Reglamento, esto es, elaborando "un informe consolidado de las mismas". Ello es así porque el principio de contradictoriedad y la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos, impone la obligación de otorgar al administrado la posibilidad de responder las objeciones que se formulen a su proyecto.

Pues bien, en el caso en análisis, 6 de los 17 Servicios competentes han formulado, en respuesta a la Adenda N° 1, una serie de observaciones a su respecto, lo que hace plenamente aplicable la citada norma del Artículo 26, inciso cuarto, en términos que debe procederse a la elaboración del ICSARA N° 2.

- *El Artículo 27, inciso primero, del Reglamento del SEIA prescribe que "Una vez que se hayan evacuado los informes definitivos a que refieren los incisos segundo y tercero del artículo anterior, se elaborara un Informe Consolidado de la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental". Por su parte, el inciso segundo del Artículo 23 del Reglamento del SEIA es la norma que se encarga de precisar los contenidos esenciales de los "informes definitivos" (Artículo 26, inciso tercero, del Reglamento del SEIA).*

Pues bien, en el caso en análisis no se ha configurado el supuesto de hecho del mencionado Artículo 27, inciso primero, del Reglamento del SEIA, y, por

ende, no ha podido procederse a elaborar el ICE con arreglo a dicha norma. En efecto y sin perjuicio de que ninguno de los informes evacuados por los Servicios competentes respecto de la Adenda N° 1 puede ser tenido como un informe definitivo propiamente tal, pues ninguno de ellos contiene el desarrollo de ambos requisitos reglamentarios exigidos por el señalado Artículo 27 inciso primero, existen -como se ha dicho- 6 Servicios competentes que, sin lugar a dudas, no han evacuado sus "informes definitivos", en los términos de dicha disposición reglamentaria, sino que, por el contrario, han formulado nuevas observaciones.

- *Por Ultimo, el principio de la contradictoriedad, consagrado en la legislación chilena, plenamente aplicable al procedimiento en cuestión y cuyos contenidos pertinentes se han desarrollado precedentemente, ratifican la conclusión acerca de la vigencia de la obligación legal y reglamentaria de elaborar un ICSARA N° 2 en el caso en análisis”.*

A continuación reproduciremos la opinión de la DGA, emitida a través de Ordinario N° 1041 de fecha 01 de Octubre de 2007, ya que como se ha explicado, y según señala el propio recurrente en su libelo, constituyó el informe gravitante para efectos de proceder a la elaboración del ICE por falta de IRE, a saber:

“El Estudio de Impacto Ambiental carecía de gran cantidad de antecedentes necesarios para la correcta evaluación ambiental del proyecto, los cuales fueron solicitados al titular a través del ICSARA N° 1. El titular en su Adenda N° 1 ha aportado una importante cantidad de antecedentes técnicos que no fueron incluidos tempranamente, en el EIA, no obstante, fueron realizados por la empresa durante los años 2004, 2005 y 2006. Estos corresponden, al menos a los siguientes estudios:

- *Línea base ambiental proyecto explotación de aguas subterráneas a los salares del área sur oriental de la Segunda Región de Chile, sector Alto Socaire y trazado del acueducto hasta la mina Escondida, año 2004 (Anexo A-V.3.2);*

- *Estudio geofísico Transiente Electromagnético (TEM), año 2005;*
- *Estudio de imágenes satelitales para definir la Línea Base histórica medioambiental del Salar de Aguas Calientes (II) y Laguna Tuyajto, II Región, Chile, año 2006 (Anexo A-V.3.1), e*
- *Informe Wellfield Service Ltda., 2006.*

Al respecto resulta necesario recalcar la importancia de este hecho por cuanto, por una parte, la titular no presentó en el EIA toda la información ambientalmente relevante que disponía, infringiendo el Artículo 12 letra b) y f) del Reglamento SEIA. Por otra parte, se entorpece y dificulta la tarea que tenemos los servicios con competencia ambiental de evaluar ambientalmente el proyecto, dada la gran cantidad de información que se debe revisar en un período inferior al que se tiene para revisar el EIA.

La Dirección General de Aguas, así como el Servicio Agrícola y Ganadero, han manifestado clara y reiterada, la opinión técnica de que la titular realice su proyecto sin generar impactos ambientales sobre las vegas, bofedales, vertientes y lagunas, dada la calidad de áreas protegidas oficialmente. No obstante, la titular se ha limitado a insistir en que su proyecto no afectará tales áreas sensibles por cuanto cuenta con medidas de mitigación adecuadas. Frente a estas medidas de mitigación, ambos servicios con competencia ambiental han manifestado la existencia de incertidumbres tanto en la efectividad de las medidas como en el desconocimiento del titular respecto de los niveles naturales del sistema y los valores para los cuales se activarán estas medidas de mitigación.

Por lo tanto, la D.G.A. solicita a la autoridad ambiental que se propone el rechazo del proyecto en tanto el titular no acoja favorablemente los requerimientos solicitados por los servicios con competencia ambiental' (se cita expresamente en el considerando 9.7 de la RCA).

En este escenario, la SEREMI de Obras Publicas, a través de su Ordinario N° 935 de fecha 02 de Octubre de 2007, señala lo siguiente:

“En virtud del Artículo N° 24 del RSEIA, y atendiendo las observaciones de la Dirección General de Aguas como servicio ministerial con mayores competencias sectoriales en el tema evaluado, se estima que el estudio adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto, por lo que esta Secretaría Regional Ministerial se pronuncia inconforme al EIA”.

El Recurso Jerárquico en cuestión, fue declarado inadmisibile por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA⁹⁵. La referida Resolución, resulta interesante a los objetos de esta AFET, porque aún cuando podría haberse limitado a rechazar el recurso sólo por motivos formales, de igual forma entra en el análisis de las cuestiones de fondo planteadas por el titular, motivo por el cual nos permitiremos reproducir a continuación, parte importante del referido fallo, a saber:

“9.1. El artículo 15 de la Ley N° 19.880, que consagra el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, dispone que todo acto administrativo es impugnabile mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico. Luego, su inciso 2, dispone que "(...) Sin embargo, los actos de tramite son impugnables cuando determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión”.

⁹⁵ Resolución Exenta N° 2964 de fecha 16 de noviembre de 2007.

9.2. *Que, los actos de tramite se han definido, por la doctrina y la jurisprudencia como aquellos que, insertados en el procedimiento administrativo, sirven como antecedente o requisito para la dictación del acto final.*

9.3. *Que, por su parte, el artículo 3 de la Ley N° 19.880, al definir acto administrativo, dispone que, se entenderá como acto administrativo las decisiones formarles que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad publica. Por su parte, el inciso 6 de éste artículo agrega que, constituyen, también actos administrativos, los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.*

9.4. *Que, siguiendo la definición de acto de tramite y la definición de acto administrativo y lo dispuesto en los artículos 27 y 32 del Reglamento del SEIA, podemos decir que, **el ICE se consagra en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental como un acto administrativo de tramite, que se elabora una vez que se hayan evacuado los informes definitivos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental y cuyo contenido esta reglado, según se trate de una Declaración o de un Estudio de Impacto Ambiental.***

9.5. *Que, en cuanto a si el ICE es un acto de tramite impugnabile, esta Dirección Ejecutiva señala que, conforme lo señalado precedentemente, el ICE no es un acto de tramite que determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento, sino por el contrario, es un acto administrativo que se dicta en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, permitiendo la consecución de este y cuya elaboración y posterior visación, genera el deber de dictar un acto posterior terminal, cual es la Resolución de Calificación Ambiental.*

9.6. Que, en cuanto a si el ICE impugnado, como acto de tramite, causa indefensión al interesado, el artículo 34 inciso 3 del Reglamento dispone que, "la decisión que califica ambientalmente un proyecto o actividad considerará, entre otros antecedentes, el Informe Consolidado de Evaluación y deberá constar en una Resolución fundada de la Comisión Regional del Medio Ambiente".

9.7. Que, por tanto, **el ICE se consagra en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, como ya se señaló, como un acto de tramite esencial y regulado, que tiene contenido propio y que no esta destinado a ser naturalmente asumido por la Resolución de Calificación Ambiental.** Lo anterior no obsta a que, la RCA tome en consideración el acto anterior para la calificación ambiental del Proyecto, pero este no es el único antecedente a considerar por el órgano decisor ni tampoco esta obligado a asumir su contenido ni conclusiones.

9.8. Que, siguiendo lo anterior, el ICE constituye un acto de tramite declarativo, que por su naturaleza y al tenor de lo dispuesto en la propia LBGMA y en particular, en el artículo 34 citado, no es vinculante para la autoridad ambiental, constituyéndose un acto cuyo contenido coadyuda a la elaboración de un acto administrativo terminal, la Resolución de Calificación Ambiental.

9.9. Que, por tanto, en virtud de la naturaleza del ICE no vinculante para la autoridad, este no genera indefensión al interesado, y por tanto, no es procedente su impugnabilidad.

9.10. Finalmente, se señala que, la LBGMA contempla un régimen recursivo especial para impugnar la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), acto administrativo terminal del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, otorgando al titular de un Estudio de Impacto Ambiental rechazado o aprobado con condiciones y exigencias, el derecho a impugnar la RCA en virtud del recurso de

reclamación del artículo 20 de la citada Ley, ante el cual, el Consejo Directivo de la CONAMA revisa la RCA respectiva y el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en el cual se dicto.

10. Que, en cuanto a la alegación referida a que no se habría dado cumplimiento a principio de contradictoriedad y a la infracción de la COREMA referida al deber de haber elaborado un nuevo ICASARA, esta Dirección Ejecutiva señala lo siguiente:

10.1. Que, efectivamente el principio de contradictoriedad del artículo 10 de la Ley N° 19.880 es un principio general que rige todo procedimiento administrativo, y que, en particular, en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se expresa en el cumplimiento de los tramites legales y reglamentarios que se han establecido en dicho procedimiento para lograr la calificación ambiental de un proyecto.

10.2. Que, entre estas normas, encontramos el artículo 17 inciso segundo del Reglamento de SEIA que señala que, "Una vez presentado el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según corresponda, no se aceptara posteriormente la inclusión en actos de partes, capítulos, anexos u otros antecedentes que hubieran quedado pendientes, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 16 y 19 de la Ley, según sea el caso".

10.3. Que, por otra parte, el artículo 16 de la LBGMA dispone que, la COREMA o CONAMA en su caso, podrá solicitar las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al contenido del EIA que estime necesarias, otorgando un plazo al interesado para tal efecto.

10.4. Que, de acuerdo a las normas citadas, es deber del titular aportar todos los antecedentes en la presentación del EIA para que el proyecto sea evaluado ambientalmente. Sin embargo, el procedimiento de evaluación ambiental

contempla la posibilidad de que los antecedentes aportados no sean suficientes, pero subsanables durante el procedimiento de evaluación mediante Adenda. En este sentido, al haber observaciones fundadas, existe la instancia de solicitar al titular la información requerida por medio de la elaboración de un ICSARA, teniendo presente que este acto es excepcional en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Al respecto, en la evaluación ambiental del presente proyecto se elaboro un ICSARA que contenía las observaciones fundadas de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, según consta en el expediente administrativo de evaluación ambiental respectivo.

Por su parte, en particular, la Dirección Regional de la DGA, mediante Oficios Ordinarios, N° 183, de 19 de Febrero de 2007 y N° 238, de 5 de Marzo de 2007 y la Dirección Regional del SAG, mediante Oficio Ordinario, N° 000166, de 6 de Marzo de 2007, emitieron su pronunciamiento sobre el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, observando, entre otras materias, aspectos atribuibles a línea base; efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300; y medidas para hacerse cargo de tales efectos, las que fueron contenidas en el ICSARA del Proyecto.

Consecuentemente, el titular mediante Adenda presenta sus respuestas a las observaciones contenidas en el ICSARA.

10.5. Que, el artículo 31 del Reglamento del SEIA, dispone que CONAMA podrá elaborar un segundo ICSARA, si existieren nuevas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, las que solo podrán referirse a los antecedentes presentados en la Adenda respectiva. En consecuencia, una segunda solicitud debe versar sobre aspectos nuevos vinculados a las respuestas entregadas por

el titular en su Adenda, toda vez que el objeto que tiene es aclarar nuevas materias, en ningún caso reiterar lo ya consultado.

Al respecto, consta en el expediente de evaluación, que la Dirección Regional del SAG, mediante Oficio Ord., N° 000591, de 24 de Septiembre de 2007 y la Dirección Regional de la DGA mediante Oficio Ord., N° 1041, de 1 de octubre de 2007 se pronunciaron sobre el Adenda, opinando fundadamente si las medidas propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental se hacen cargo de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, además de realizar nuevas observaciones y reiterar aspectos ya consultados.

En virtud de lo señalado, sin perjuicio de las reiteraciones y de las nuevas observaciones formuladas al Adenda, a juicio de esta Dirección Ejecutiva, éstos pronunciamientos fundados tienen el carácter de informes definitivos, conforme lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento del SEIA, siendo concluyentes para la evaluación ambiental, por lo que no resulta necesario realizar un segundo ICSARA.

10.6. *Que, sobre la alegación referida a la aplicación del inciso segundo del artículo 24 del Reglamento durante el proceso de evaluación del Proyecto, se señala que, la autoridad ambiental no dio aplicación a dicha disposición, toda vez que, tal como se indico precedentemente, consta en el proceso de evaluación que se elaboro un ICSARA que fue notificado al titular del proyecto.*

11. *Que, por tanto y en virtud de los argumentos de hecho y de derecho de los Considerandos anteriores, esta Dirección Ejecutiva señala que:*

11.1. *En cuanto a la procedencia del recurso jerárquico en contra del ICE, no procede su interposición en contra de este acto administrativo de trámite, al constituir este un acto administrativo no impugnabile según el 15 de la Ley N° 19.880.*

11.2. En cuanto a la solicitud de invalidación del procedimiento de evaluación ambiental, en la especie se siguieron las normas que regulan el procedimiento de evaluación ambiental y el principio de contradictoriedad del artículo 10 de la Ley 19.880, configurándose los supuestos del artículo 27 del Reglamento del SEIA para dictar el ICE respectivo”.

Hecha una descripción del estado del arte del referido proyecto, así como de los casos analizados precedentemente, a continuación nos avocaremos a realizar un resumen de los aspectos que resultan de mayor trascendencia en relación a la figura de falta de IRE para efectos de calificar ambientalmente un proyecto o actividad, a saber:

- En lo que se refiere a la **oportunidad procesal o etapa del procedimiento administrativo** para informar falta de IRE, más allá de lo que pueda desprenderse del tenor literal de los artículos que la consagran, podemos señalar que ésta potestad se ha ejercido tanto respecto de la presentación del documento ambiental pertinente (DIA/EIA), así como de sus respectivas Adendas, afirmación que se encuentra plenamente ratificada a través de la práctica misma del SEIA. En efecto, en el primer caso analizado (DIA "Tratamiento de Residuos Forestales Celulósicos (RFC) mediante Incineración In Situ, año 2006), la potestad en comento se ejerció respecto del documento ambiental presentado; respecto de la DIA "Transporte de Sustancias y Residuos Peligrosos", la referida potestad se ejerció previa presentación de una Adenda. Una situación extraña se presenta a propósito del caso del Proyecto Suministro de Agua Pampa Colorada de MEL, en donde el recurrente plantea la ilegalidad de la procedencia de dicha figura, mas CONAMA, no adhiere a dicha interpretación en la Resolución que rechaza el recurso interpuesto;
- Según puede desprenderse del Dictamen N° 45471, de fecha 21 de agosto de 2009, emitido por la CGR, la facultad de calificar la procedencia de falta de IRE, implicaría el otorgamiento a favor de la Administración Ambiental de una potestad discrecional, en términos tales que ésta podrá ejercer la

potestad en comento al momento de la presentación de una DIA/EIA, previo informes de los órganos con competencia ambiental que formulen observaciones en tal sentido; asimismo, podrá no ejercer tal potestad y motivar un nuevo ICSARA, todo ello en función de sus propios criterios técnicos;

- La potestad de elaborar un ICE en base a los oficios de los Órganos de la Administración del Estado que participan en el SEIA y que informan falta de IRE, o por el contrario, el optar por la elaboración de un ICSARA en el mismo escenario (en la medida que algunos servicios dentro de dicha evaluación, se hayan pronunciado también con observaciones), constituye una decisión que no resulta susceptible de Reclamación, ello por cuanto, tanto el ICE, como el ICSARA, constituyen actos trámites del SEIA (aspectos formal), pero además, porque se trata de una potestad discrecional de la administración, por lo que la decisión que en definitiva escoja la CONAMA, constituye un indiferente jurídico, en los términos explicados en el Capítulo Segundo de esta actividad formativa;
- A mayor abundamiento, y en el contexto explicado precedentemente, podría presentarse un escenario similar al planteado en el contexto del proyecto EIA "Suministro de Agua Pampa Colorada", en términos tales, que la CONAMA estime conveniente elaborar el ICE, fundando su decisión sólo en uno de los informes evacuados en el respectivo proceso de evaluación y que observe insuficiencia de IRE, el que al caso particular revista tanta fuerza o mérito en si mismo, que aún cuando las demás reparticiones públicas se pronuncien conforme o con observaciones de aclaración, rectificación o ampliación, a juicio de la CONAMA no tenga ningún sentido continuar con la respectiva evaluación, sin contar con la información básica de que carece;
- En cuento al **fondo de la figura** en análisis, la práctica del SEIA indica que la falta de IRE para calificar un proyecto o actividad, esta básicamente orientada a la precariedad de la información contenida en el documento ambiental respectivo: pobreza en la información contenida en la descripción

de proyecto (tratándose de las DIAs analizadas), insuficiencia de la información aportada en la línea base (respecto del EIA). Lo anterior, a nuestro juicio, no obsta a que esta figura pueda presentarse por insuficiencia de información contenida en otros apartados o capítulos del respectivo documento ambiental (capítulo de descargas y emisiones; capítulo de identificación de impactos, etc.);

- Sin embargo, no cualquier insuficiencia de información puede motivar a un organismo competente a informar falta de IRE. En efecto, de las RCAs e ICE analizadas, es posible encontrar ciertos criterios rectores que permitirán a dichas instituciones discernir respecto de cuando resulta atendible informar en tal sentido, estableciéndose al efecto razonamientos respecto de los niveles de información, **puesto que debe entenderse que la ausencia de información básica, no resulta subsanable mediante Adenda.** Al respecto, la CONAMA ha señalado que “los órganos con competencia ambiental solicitarán aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que estimen pertinentes para la adecuada comprensión de la Declaración; **en ningún caso, dicho Informe tiene por objeto constituir o definir el proyecto, sino sólo complementar la información proporcionada.**

La Adenda por tanto, tiene por objeto aclarar, ampliar o rectificar la información proporcionada por el titular en la Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, según sea el caso; no es una vía para entregar antecedentes básicos sobre el proyecto” (RCA N° 1406 de 07 de julio de 2006, emitida por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, que rechaza el proyecto DIA "Tratamiento de Residuos Forestales Celulósicos (RFC) mediante Incineración In Situ).

Estos criterios, se ratifican plenamente a través de la Resolución exenta N° 2964 de fecha 16 de noviembre de 2007, que resuelve el Recurso Jerárquico interpuesto en el proyecto EIA “Suministro de Agua Pampa Colorada”, acto administrativo que señala que **“es deber del titular aportar todos los antecedentes en la presentación del EIA para que el**

proyecto sea evaluado ambientalmente. Sin embargo, el procedimiento de evaluación ambiental contempla la posibilidad de que los antecedentes aportados no sean suficientes, pero subsanables durante el procedimiento de evaluación mediante Adenda. En este sentido, al haber observaciones fundadas, existe la instancia de solicitar al titular la información requerida por medio de la elaboración de un ICSARA”.

En otros términos, la falta de IRE, esta relacionada a la insuficiencia de información básica aportada por el documento ambiental respectivo, asociándose en este sentido a un incumplimiento por parte del titular de las normas del Reglamento del SEIA que gobiernan los contenidos mínimos que éstos deben contener.

- En carácter complementario del criterio precedente, cabe señalar que la elaboración del ICE en función de la falta de IRE del proyecto o actividad, tiene un efecto práctico y sano, toda vez que se quiere evitar la dilatación de un procedimiento de evaluación ambiental, que a todas luces, en virtud de su carencia informativa y de antecedentes aportados, no podría concluir de manera satisfactoria. Al respecto la CONAMA ha señalado expresamente que **“además, la falta de información, al momento inicial del proceso de evaluación, sobre aspectos esenciales del proyecto obstaculiza el correcto y normal desarrollo de la evaluación ambiental, por cuanto, adoleciendo de información básica, no es posible para los organismos evaluadores formular en la oportunidad legal las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones necesarias para la calificación del proyecto”** (RCA N° 1406/06, emitida por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, que rechaza el proyecto DIA "Tratamiento de Residuos Forestales Celulósicos (RFC) mediante Incineración In Situ). De esta forma, no se desgasta artificiosamente nuestro ya recargado aparataje estatal.

4.5 Análisis de las Modificaciones Introducidas por la Ley N° 20.417.

Tal como advirtiéramos en la introducción de la presente AFET, así como como a lo largo de su contenido, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010, junto con consagrar una nueva institucionalidad ambiental, creando al efecto, el Ministerio del Medio Ambiente (MINMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia de Medio Ambiente (SUMA), introdujo una serie de modificaciones sustanciales en la LBGMA, por sobre el plano institucional, que atendido los objetivos de nuestro trabajo, merecen ser objeto de un análisis particular.

En efecto, y tal como revisaremos a continuación, la normativa legal en comento ha incorporado diversos artículos que, en principio, podríamos concluir están destinados a modificar los márgenes de discrecionalidad con que contaba la autoridad ambiental antes de su dictación en el contexto del SEIA, sin perjuicio de que, en su esencia, también están orientadas a evitar la ocurrencia de arbitrariedades en dicho procedimiento administrativo.

En este contexto, a continuación nos avocaremos al análisis (netamente teórico) de las siguientes modificaciones introducidas en la LBGMA, a saber:

- Informe Consolidado de Evaluación (ICE, artículo 9 bis);
- Condiciones y exigencias ambientales contenidas en la RCA (artículo 25, inciso 2°), y
- Carencia de IRE (artículos 15 bis y 18 bis).

4.5.1 El Informe Consolidado de Evaluación. Trámite Esencial en el Procedimiento de Evaluación Ambiental.

La Ley N° 20.417, incorporó en la LBGMA, el artículo 9 bis, cuyo tenor literal establece expresamente lo siguiente, a saber:

*“Artículo 9º bis.- La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental **sólo** en virtud del Informe Consolidado de Evaluación **en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente**. En todo caso, dicho informe deberá contener, los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto.*

El incumplimiento a lo señalado en el inciso anterior se considerará vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental’.

Del sólo tenor literal de la referida disposición, nos podemos percatar que nuestro legislador ha realizado un distingo entre el tratamiento que debe darse en el ICE⁹⁶ a los elementos normativos o legales –a los que por lo demás se refiere expresamente-, de aquellos elementos técnicos o propiamente ambientales (condiciones o exigencias

⁹⁶ En el ICE se contienen los informes y pronunciamientos ambientales de los diversos organismos con competencia ambiental y de las organizaciones ciudadanas que participaron en la calificación ambiental de un proyecto o actividad en el contexto del SEIA. Constituye una síntesis del proceso de evaluación, siendo en consecuencia, el antecedente directo de la RCA.

ambientales) contenidos en dicho documento -a los que ni siquiera menciona-, regulándose expresamente al efecto la sanción que conlleva el incumplimiento del elemento legal.

Como adelantáramos, la incorporación de esta disposición en nuestra legislación, en orden a asignar al ICE una fuerza vinculante respecto de la aprobación o rechazo de un proyecto o actividad, constituye a nuestro juicio un esfuerzo legislativo orientado a limitar el margen de discrecionalidad con que contaba la autoridad ambiental al momento de emitir la correspondiente calificación ambiental, constituyendo asimismo, una respuesta legal eficaz para sustraer del SEIA la intromisión de factores extra ambientales en el proceso de calificación ambiental, los que justamente solían presentarse con especial frecuencia en el etapa decisoria o final de dicho procedimiento administrativo.

En efecto, en ocasiones sucedía que en la instancia decisoria –la sesión de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) respectiva-, se procedía a calificar ambientalmente un proyecto o actividad, en un sentido contrario al consignado en el respectivo ICE, y por ende, a las propias observaciones formuladas por los organismos con competencia ambiental.

En este contexto, el esfuerzo legislativo tiende a objetivizar el proceso de toma de decisiones o de calificación ambiental del proyecto o actividad, puesto que la aprobación o rechazo del mismo, **SOLO** puede realizarse en virtud de lo señalado en el **ICE**, *en lo que se refiere a los aspectos normados en la legislación ambiental vigente*.

Si bien esta exigencia de la ley, no fija un criterio novedoso en esta rama del derecho, puesto que en definitiva, siempre los proyectos o actividades han debido rechazarse ante el incumplimiento de la normativa legal ambiental aplicable, la referida

disposición a nuestro juicio refuerza e intensifica el papel que desempeña la variante legal en el proceso de evaluación ambiental. Más que innovación, existe una mayor profundidad en el tratamiento del elemento jurídico en dicho procedimiento administrativo.

No obstante, si se estableció por parte de nuestro legislador, un aspecto original en esta materia, y que esta asociado a la potencial sanción que implica la transgresión de la regla analizada precedentemente. En efecto, la referida exigencia, en orden a que la evaluación de los elementos normados por la legislación ambiental que se encuentren recogidos en el ICE deben ser respetados plenamente al momento de emitir la correspondiente RCA, ha sido elevada en la LBGMA, como un trámite indispensable, puesto que su vulneración constituiría **un vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental**.

Ahora bien, ¿que implicancia jurídica tiene que constituya dicha exigencia un trámite esencial? Dice relación con la posible **sanción aplicable**, puesto que conforme a las disposiciones de la LBPA, **se podrá pedir la invalidación de la RCA** que ha sido emitida infringiendo la disposición en análisis.

En efecto, y para efectos de arribar a dicha conclusión, deben analizarse las disposiciones de los artículos 13 y 53 la referida Ley. La primera disposición señala en su inciso segundo que ***“el vicio de procedimiento o de forma, sólo afecta la validez del acto administrativo, cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”***⁹⁷, mientras que el artículo 53, establece la posibilidad de que la autoridad administrativa, ya sea de oficio o a requerimiento de parte, pueda invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia (traslado) del interesado, en la especie, lo más

⁹⁷ El inciso tercero del artículo 13 dispone que “la administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”.

probable, el titular del proyecto o actividad, para lo cual deben seguirse cada una de las etapas que al efecto consagra dicha legislación.

Es del caso señalar que la referida sanción podría ser aplicable a nuestro juicio, no sólo si en definitiva no se respetan los elementos normados contenidos en el ICE, sino que también si se omiten o vulneran en su elaboración las menciones que el mismo artículo 9 bis se encarga de señalar, siendo sin lugar a dudas la mención más importante, aquella que dice relación con la recomendación del ICE para aprobar o rechazar el proyecto o actividad en cuestión, puesto que **en tal caso se afecta la validez misma del acto administrativo**, es decir, de la RCA, generándole potencialmente un perjuicio al titular del proyecto (en caso de que la RCA deniegue un proyecto cuyo ICE sugiere aprobación).

Ahora bien, y como esbozáramos al comienzo del análisis del presente numeral, bastante distinto es el escenario tratándose de los elementos no normados o técnico/ambientales contenidos en el ICE, puesto que en tal caso, el legislador no ha procedido a establecer de antemano una fuerza vinculante entre tales elementos, que deben contenerse si o si en el dicho documento (ICE), y la respectiva RCA; lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en el actual inciso 2° del artículo 25 de la LBGMA, que será analizado en el numeral siguiente, y que de alguna forma viene a llenar este vacío -de manera indirecta a nuestro juicio-, sólo en lo que se refiere a la consistencia que debería existir entre el proceso de evaluación ambiental recogido en el ICE y la respectiva RCA.

En otros términos, si la RCA establece criterios, condiciones o exigencias técnicas o ambientales, sin respetar plenamente lo señalado al efecto por el respectivo ICE, ya sea porque los restringe o aumenta, o desvirtúa su ejercicio o forma de realización, dicha contradicción no constituye una violación a las disposiciones del artículo 9 bis, por lo que en estricto rigor no constituiría una violación de un trámite esencial, ya que

éste tratamiento sólo resulta extensivo respecto de los elementos normados o legales contenidos en el respectivo ICE.

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, el legislador siempre ha tendido a otorgar un mayor margen de decisión a la autoridad ambiental respecto de los componentes técnicos o ambientales a contenerse en la respectiva RCA, por lo que el tratamiento diferenciado entre éstos componentes y el elemento normativo, debe encontrar su justificación en ese orden de ideas. La reforma introducida en la LBGMA por la Ley N° 20.417, al incorporar el artículo 9 bis, constituye un buen ejemplo del tratamiento disímil existente entre ambos elementos (normativo y técnico ambiental).

4.5.2 Las Condiciones o Exigencias Ambientales Contenidas en la RCA. Nuevos Requisitos para su Fundamentación.

Sin perjuicio de lo señalado en el numeral precedente, es del caso señalar que la Ley N° 20.417, también ha introducido reformas en lo que se refiere a las condiciones o exigencias en virtud de los cuales se aprueba un proyecto o actividad, las que asimismo tienden a objetivizar su tratamiento en el procedimiento de evaluación ambiental.

En efecto, la referida ley incorporó en el artículo 25 de la LBGMA, un párrafo (inciso segundo), siendo su configuración actual la siguiente, a saber:

“Artículo 25.- El certificado a que se refiere el artículo anterior, establecerá, cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para

ejecutar el proyecto o actividad y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado.

Las condiciones o exigencias ambientales indicadas en el inciso anterior deberán responder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación.

Si no se reclamare dentro del plazo establecido en el artículo 20 en contra de las condiciones o exigencias contenidas en el certificado señalado precedentemente, se entenderá que éstas han sido aceptadas, quedando su incumplimiento afecto a las sanciones establecidas en la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente”.

Al igual que en el caso analizado en el numeral anterior, no se trata de una disposición que establezca un aspecto novedoso en nuestra legislación ambiental, puesto que de alguna u otra forma, la incorporación del referido inciso segundo, esta profundizando una idea cuyo contenido ya se encontraba en la LBGMA, previo a su última modificación (artículo 9, inciso 4), y también a nivel reglamentario (artículo 22, 23 y 29 del Reglamento del SEIA). Sin embargo, si tiene el mérito –a nuestro juicio-, de profundizar un tema que no resulta baladí en el procedimiento de evaluación ambiental.

En efecto, y si bien la fundamentación de los informes de la autoridad en el contexto del SEIA, así como la debida motivación de todo acto administrativo, en la especie de la RCA, constituyen requisitos per se para que éstos formen parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico (ya señalamos que el derecho *repudia* lo arbitrario), la disposición en análisis va “un paso más allá” en este sentido, puesto que además de detallar el “como” debe efectuarse la fundamentación de la autoridad, viene a llenar la omisión contenida en el artículo 9 bis, al establecer una suerte de

consecuencia entre los aspectos técnicos contenidos en la RCA y el proceso de evaluación ambiental mismo.

De esta forma, en primer lugar cabe destacar la fundamentación que exige el inciso 2° del artículo 25 respecto de las condiciones o exigencias ambientales: “**deberán responder a criterios técnicos**”, reza expresamente la disposición en comento, es decir, que la autoridad ambiental al momento de imponer una exigencia o condición ambiental, debe necesariamente señalar la fundamentación técnica que la justifique, por lo que en este sentido, el proceder de la administración estará sujeto a un doble control de legalidad (que la medida o condición sea **ambiental** y que esté **justificada técnicamente**), o si se prefiere a una exigencia adicional, viendo limitada (o más exigida) su capacidad decisoria la autoridad ambiental.

En este orden de ideas, y en consonancia con lo propuesto en nuestro análisis de las MMRC efectuado en el numeral 4.4.1 de la presente Actividad Formativa, en donde señalamos que dichas medidas debían responder, entre otros criterios, a la **efectividad** de las mismas, precisamente apuntábamos al hecho de que la imposición de una medida por parte de la autoridad, debe contener si o si un criterio técnico que justifique su imposición; tratándose del ejemplo analizado, que la imposición sirva concretamente para mitigar, compensar o reparar el impacto ambiental que el proyecto o actividad declara producir, no siendo justificable la imposición de una medida que exija por ejemplo monitorear la calidad del suelo, si en definitiva el proyecto no impacta sobre dicho componente ambiental. En otros términos, no existiría justificación técnica de dicha medida.

Desde otra perspectiva, nada obsta que la justificación técnica de la medida se realice positiva o negativamente. En este sentido, la justificación de la autoridad ambiental podrá realizarse en algunos casos, de manera positiva, es decir, señalando concretamente como la exigencia o condicionante ambiental generará efectos positivos sobre el medio ambiente, o en su caso, disminuiría los impactos ambientales

declarados, pero también podría justificar técnicamente la imposición de las mismas, de una manera negativa, es decir, señalando lo que ocurriría en el medio ambiente de no imponerse dicha medida. No hay razones de texto legal que se inclinen por una u otra fórmula.

La otra variante digna de análisis legal contenida en el inciso segundo del artículo 25, apunta precisamente al sentido de correspondencia que debe existir entre el acto administrativo terminal de dicho procedimiento ambiental, la RCA, respecto del proceso ambiental mismo.

Como se indicó en el numeral anterior, esta armonización entre la RCA y el proceso de evaluación ambiental, ha sido expresamente regulada a través del artículo 9 bis en lo que se refiere a los aspectos normados o legales contenidos en el ICE, en relación con la respectiva RCA; no obstante, en dicha disposición nada se dice respecto de los elementos técnicos/ambientales que no se encuentren normados.

Esta omisión se subsana –creemos- precisamente a través de la disposición en análisis toda vez que el inciso segundo del artículo 25 exige que las condiciones o exigencias a imponerse en la RCA (y que por ende debieran constar en el ICE), deberán haber sido **“solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación”**.

En otros términos, la presente disposición esta orientada a nuestro a entender, -debo insistir que se trata de una posición personal-, a evitar practicas que ocurrían en determinadas ocasiones, en orden a imponer en las respectivas cesiones de las COREMAs, exigencias o condiciones que no encontraban su correlato y justificación en el proceso de evaluación ambiental respectivo. Sin embargo, reiteramos que el tratamiento que el legislador ha otorgado a los elementos no normados (condiciones o exigencias ambientales no reguladas legalmente), ha sido menos riguroso respecto del

elemento normativo, toda vez que la violación de la exigencia contenida en el artículo 25, inciso 2°, en relación con el artículo 9 bis, y que a nuestro entender apunta a una correspondencia entre las condiciones y exigencias ambientales impuestas en la RCA y su respectivo proceso de evaluación, no ha sido elevado por nuestro legislador a un trámite esencial, a diferencia de la situación analizada en el numeral anterior.

4.5.3 La Información Relevante y Esencial. Limitaciones a su Procedencia.

A continuación, analizaremos la nueva regulación asociada a la procedencia de la figura de IRE, cuyo nuevo estatuto normativo se encuentra consagrado en los actuales artículos 15 bis, tratándose de EIAs, y 18 bis, tratándose de DIAs, ambos de la LBGMA.

Señalan los referidos artículos, expresamente lo siguiente, a saber:

*“Artículo 15 bis.- Si el Estudio de Impacto Ambiental carece **de información relevante o esencial** para su evaluación que no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, el Director Regional o el Director Ejecutivo, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento.*

La resolución a que se refiere el inciso precedente sólo podrá dictarse dentro de los primeros cuarenta días contados desde la presentación del respectivo Estudio de Impacto Ambiental. Transcurrido este plazo, no procederá devolver o rechazar el estudio por la causal señalada, debiendo completarse su evaluación.

Los organismos a los que se refiere el inciso cuarto del artículo 9º, deberán comunicar, tan pronto le sea requerido su informe, al Director Regional o al Director Ejecutivo si en los Estudios sometidos a su conocimiento se ha constatado el defecto previsto en este artículo.

En contra de la resolución que se dicte sólo podrá deducirse recurso de reposición dentro del plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación. El recurso deberá resolverse dentro del plazo de veinte días".

"Artículo 18 bis.- Si la Declaración de Impacto Ambiental carece de **información relevante o esencial** para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o si el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento.

La resolución a que se refiere el inciso precedente sólo podrá dictarse dentro de los primeros treinta días contados desde la presentación de la respectiva declaración de impacto ambiental. Transcurrido este plazo, no procederá devolver o rechazar la Declaración por las causales señaladas, debiendo completarse su evaluación.

En contra de la resolución que se dicte sólo podrá deducirse recurso de reposición dentro del plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación. El recurso deberá resolverse en el plazo de veinte días".

A título de análisis preliminar, cabe hacer presente que esta figura adquiere por primera vez en nuestra legislación rango legal, toda vez que previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, su regulación sólo estaba consagrada a nivel

reglamentario (artículo 24 y 29 del Reglamento del SEIA), tal como hemos señalado en el numeral 4.4.2 del presente trabajo.

Ahora bien, en nuestra opinión el nuevo estatuto jurídico del IRE, al no otorgar una definición de lo que debe entenderse por tal, **no innova en lo absoluto en lo que se refiere al fondo de la misma**, manteniendo en consecuencia su naturaleza jurídica de ser un concepto jurídico indeterminado, por lo que la administración ambiental en ese aspecto, continua manteniendo un margen de decisión mas flexible para efectos de configurar su procedencia.

Sin embargo, **en lo que se refiere al plano procesal, si existen una serie de modificaciones importantes**, como la existencia de un plazo perentorio para declararla (40 días EIAs, 30 DIAs), lo que no obstante ser una exigencia formal, conlleva implícita a nuestro juicio un tema capital, cual es, **restringir su aplicación en el procedimiento de evaluación ambiental a la presentación de la respectiva DIA o EIA**. Bien sabemos que con antelación a la última reforma de la LBGMA, esta figura se ha aplicado a lo largo del procedimiento de evaluación ambiental, comprendiendo en algunos casos, la presentación previa de adendas, tal como lo hemos demostrado en los casos analizados en el numeral 4.4.2.1 de la presente AFET.

Otro aspecto relevante estriba en el **régimen recursivo especial** consagrado respecto de la procedencia de esta figura. En efecto, tratándose de ambos documentos ambientales, se establece la posibilidad de deducir Recurso de Reposición en contra de la resolución que lo consagra dentro del plazo de 5° día contados desde su notificación (en consonancia con los plazos establecidos en la LBPA y DFL N° 1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575).

La procedencia de recursos en contra de la resolución de la autoridad ambiental que acoge la configuración de esta figura, se justifica plenamente puesto que a diferencia de lo establecido por el Reglamento del SEIA, -cuyas disposiciones debemos entender tácitamente derogadas por los nuevos artículos contenidos en la LBGMA y que en definitiva establecían la elaboración anticipada del ICE-, las nuevas disposiciones consagran una manera anómala, o si se prefiere distinta, de terminar el procedimiento de evaluación ambiental, cual es, su no calificación, lo que a nuestro juicio constituye quizás la reforma mas importante en lo que se refiere a esta figura.

En efecto, y si bien los referidos artículos consagran con un tenor literal algo distinto su procedencia (en el caso de EIAs, conmina a los organismos con competencia ambiental a comunicar tan pronto sea requerido su informe si se ha constatado el referido **defecto**; más, tratándose de DIAs, nada se dice al respecto; entre otras diferencias), en lo que comunican plenamente dichas disposiciones, dice relación con la consecuencia de su procedencia, cual es poner término al procedimiento de evaluación ambiental, hecho que ha sido singularizado en el SEIA electrónico con la causal genérica denominada **proyecto no calificado**.

En lo que se refiere al fondo de esta figura, es decir, que es lo que debe entenderse por carencia de IRE, nos remitimos en su plenitud a lo señalado al efecto por el numerales 4.4.2 y 4.4.2.1 de la presente Actividad Formativa, y que básicamente apunta a **la precariedad de la información contenida en el documento ambiental respectivo**, como por ejemplo, cuando el EIA no contiene una descripción detallada y justificada del área de influencia del proyecto o actividad, que impide determinar y/o cuantificar los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley, o cuando, para el caso de una DIA, la descripción del proyecto se encuentra incompleta, de manera tal que impide evaluar si el mismo se ajusta a la normativa ambiental vigente.

Se trata en el fondo, de un incumplimiento por parte del titular de las normas del Reglamento del SEIA que gobiernan los contenidos mínimos que tanto un EIA como una DIA deben contener, omisión o carencia de información que por lo mismo, no resulta subsanable mediante Adenda. Lo que no existe no se puede aclarar, rectificar o ampliar.

A mayor abundamiento, podemos señalar que la carencia de IRE, conforme a su nuevo estatuto normativo, ya ha sido aplicada por la CONAMA RM. En efecto, tratándose del proyecto DIA “Arimaipu Ltda.”, la autoridad ambiental decidió poner término al procedimiento de evaluación ambiental, mediante Resolución Exenta N° 330, de fecha 03 de mayo de 2010.

En efecto, según el considerando 5° de la referida Resolución, el proyecto en cuestión carecía de IRE para su evaluación, que no puede ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, toda vez que:

- *El titular declara que en el lugar donde se emplazará el proyecto se encuentra presente la especie *Basilichthys Australis* (pejerrey chileno), catalogada de Vulnerable de acuerdo al D.S. N° 51/08 de Minsegres, Reglamento que Aprueba y Oficializa Nómina para el Tercer Proceso de Clasificación de Especies según su Estado de Conservación, **sin embargo, no presenta los argumentos de base para señalar que el proyecto no afectará el hábitat de la especie** (considerando 5.1);*
- *El proyecto se emplaza en el Río Maipo, que constituye el límite del Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad “Cordón de Cantillana”, **no acompañando antecedentes respecto de una eventual afectación por parte del proyecto** (considerando 5.2).*

Más allá de realizar un diagnóstico respecto de la viabilidad jurídica o procedencia de la figura en la Resolución en análisis, nos interesa sobremanera establecer, al

menos de manera genérica, cual será la tendencia interpretativa que la autoridad ambiental adoptara para efectos de aplicar la carencia de IRE, deduciéndose del caso analizado, que la carencia del IRE apuntaría a una pobre descripción del proyecto. Como se dijo anteriormente, no hay una innovación en el fondo de dicha figura, sin perjuicio de los posibles cambios interpretativos que potencialmente la autoridad ambiental vaya a adoptar.

A modo de resumen, podemos señalar que las principales modificaciones introducidas en la LBGMA, que dicen relación con la carencia del IRE, son las siguientes, a saber:

- Se impone un **plazo** perentorio para su declaración (30 días en el caso de DIAs, 40 días para el caso de EIAs);
- Se establece un **régimen de impugnación especial**: Recurso de Reposición dentro de 5 día contados desde la notificación de la Resolución que la consagra;
- **Pone término** anticipado al procedimiento de evaluación ambiental, considerándose el proyecto en cuestión como **no calificado**.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto en la presente Actividad Formativa Equivalente a Tesis, el ordenamiento jurídico ambiental, efectivamente le ha entregado a la CONAMA, facultades genéricas o amplias y potestades discrecionales en el contexto del SEIA. Sin embargo, estimamos que la Administración Ambiental, atendido el bien jurídico protegido, el medio ambiente, cuyo comportamiento no está aún del todo dominado por el hombre, y que por su propia esencia, es ante todo cambiante, debe contar con un margen de flexibilidad en su accionar, sobremanera, tratándose de la evaluación ambiental de EIAs.

Lo anterior, no implica en caso alguno, que los actos administrativos amparados en potestades discrecionales, no deben respetar límite alguno. Sostener una postura en tal sentido, implica un desconocimiento absoluto a nivel doctrinario y práctico del funcionamiento de nuestro sistema legal ambiental. En efecto, todo acto administrativo o los informes que emitan los organismos públicos que participen del SEIA, independientemente de la potestad que le sirve de fuente a los mismos, es decir, ya sea que tales actos o informes provengan o se amparen en potestades regladas o discrecionales, deben respetar límites jurídicos precisos. Tratándose de actos o informes provenientes de potestades regladas -naturaleza jurídica a la que responden la mayor parte de las potestades asignadas en el SEIA-, el límite está claramente establecido en la competencia en cuestión: si en definitiva, el acto o informe es dictado en contraposición a aquella, o excediendo sobremanera la misma, ese acto administrativo o informe deviene en ilegal.

Tratándose de actos administrativos o informes amparados en potestades discrecionales, si bien los límites de la competencia, muchas veces no se encuentran precisamente establecidas en aquellas, de igual forma existen una serie de límites que

nos permitirán definir la legalidad de los mismos (existencia de la competencia, competencia del órgano que lo emite, ocurrencia de los hechos que posibilitan ejercer la potestad, entre otros). De esta forma, si el acto administrativo es fruto de una potestad que respeta todos los límites legales definidos, la decisión adoptada es legal y por ende, de acuerdo al marco doctrinario revisado en el capítulo segundo, no podría ser objeto de revisión, toda vez que constituiría un indiferente jurídico, es decir, la decisión adoptada escapa al ámbito del control normativo. Esta es precisamente la cualidad propia de los actos emitidos en virtud de una potestad discrecional, las que suelen ser otorgadas por nuestro ordenamiento jurídico, a las instituciones que tienen por competencia asuntos técnicos de suyo complejos (denominada también, *Discrecionalidad Técnica*).

Asimismo, hemos hecho presente que cualquiera sea la potestad en base a la cual se emita un acto administrativo o informe, el mismo siempre debe ser fundado y proporcional, es decir, los actos arbitrarios en nuestro derecho no tienen cabida puesto que constituyen actos antijurídicos.

Si bien el SEIA constituye un procedimiento reglado en su aspecto formal (actos y trámites que en él se originan), y por ende, de acuerdo a lo sostenido por la CGR, no permite la presencia de aspectos discrecionales; en su aspecto sustantivo, de fondo o decisorio (potestades decisorias), si cabe esa posibilidad, es más, efectivamente se generan decisiones o aspectos resolutivos que se amparan en potestades discrecionales, o si se prefiere, no regladas, y por ende, se planteará a menudo, si el juicio de fondo adoptado por la Administración, es consustancial con los límites legales que toda potestad discrecional debe cumplir. Esto sucede precisamente en lo que se refiere a imposición por parte de CONAMA de MMRC *adecuadas*, y con la elaboración del ICE por parte de dicha institución, en base a informes que observen *falta de información relevante y esencial*.

En dicho contexto, si bien se analizaron casos en que se cometieron excesos por parte de la Administración Ambiental, en general, constituyen una excepción a la regla general; además, en un número importante de casos, la instancia revisora logra enmendar las posibles falencias detectadas en la primera instancia del procedimiento administrativo. En otros términos, el SEIA constituye un procedimiento administrativo, que si bien, es susceptible de mejorar en muchos aspectos, funciona correctamente.

Por último, estimamos que las modificaciones introducidas en la LBGMA por la Ley N° 20.417, analizadas en la presente AFET, más allá de cual sea la aplicación práctica de las mismas, lo que atendido al escaso tiempo transcurrido es imposible determinar de antemano, van en la dirección correcta, puesto que propenden a que el SEIA constituya un todo armónico y consistente, en que cada uno de los actos trámites (informe de los organismos competentes, ICSARAs, ICE), encuentren su debida correspondencia en el acto administrativo final, la RCA, lo que puede implicar, al menos de manera indirecta, una limitación al margen de libertad con que usualmente la administración procedía en la práctica a tomar sus decisiones en el contexto de dicho procedimiento administrativo.

ABREVIATURAS

CPR:	Constitución Política de la República
CGR:	Contraloría General de la República
ICE:	Informe Consolidado de Evaluación
ICSARA:	Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones
IRE:	Información Relevante y Esencial
LBGMA:	Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente
LBPA:	Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Órganos de la Administración del Estado
MMRC:	Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación
PAS:	Permiso Ambiental Sectorial
SEIA:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SEREMI:	Secretaría Regional Ministerial

BIBLIOGRAFIA

ARÓSTICA M., Iván. Apuntes de clases de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, año 1998.

ASTORGA J., Eduardo. Derecho Ambiental Chileno, Parte General, Editorial Lexis Nexis, 2ª Edición, año 2007.

BACIGALUPO, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, año 1997.

BERMÚDEZ S., Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2007.

BERTELSEN R., Raúl. El recurso de protección y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia, Revista Chilena de Derecho, Volumen 25 N° 1, año 1998.

CAÑIZARES A., Diego. Lo Reglado y lo Discrecional en lo Administrativo”, www.fgr.cu, año (199-)

CORREA M., Eduardo. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Certeza Jurídica: Elementos para una Discusión Necesaria”, III Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, año 2006.

DEL FÁVERO, Gabriel y KATZ, Ricardo. Resultados y Consecuencias del SEIA, Revista Centro de Estudios Públicos N° 73, año 1999.

FERNÁNDEZ B., Pedro. Manual de Derecho Ambiental Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, año 2004.

GALINDO V., Mario. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia, 1996-2000, Edición Marie Claude Plumer, CONAMA, año 2001.

GALINDO V., Mario. El Caso Itata, Sobre el Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica a Través del Recurso de Protección, en Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Año I, N° 1, año 2003.

GALINDO V., Mario. Apuntes Medios de Impugnación Resoluciones de Calificación Ambiental, Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile, año 2006.

GARCIA E., Eduardo. La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, Civitas Ediciones, Madrid, año 1974.

GARCIA E., Eduardo y RAMÓN F., Tomás Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, año 2005.

GUZMÁN R., Felipe. Algunos Aspectos de la Relación entre RCA y Normativa Legal Vigente, Seminario “La Resolución de Calificación Ambiental: Su real naturaleza y consecuencias”, UANDES, año (200-).

GUZMÁN R., Rodrigo. La Regulación Constitucional del Medio Ambiente, Aspectos Sustantivos y Adjetivos. Historia, Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Lexis Nexis, Año 2005.

JARA S., Jaime. La Nulidad de Derecho Público Ante la Doctrina y la Jurisprudencia, Editorial Libromar, año 2004.

LAVÍN V., Julio. Resolución de Calificación Ambiental y Derechos Adquiridos, Seminario “La Resolución de Calificación Ambiental: Su real naturaleza y consecuencias”, UANDES, año (200-).

LOZANA C., Blanca. Derecho Ambiental Administrativo, Editorial Dykinson, Madrid, año 2001.

NAVARRO B., Enrique. Recurso de Protección y Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación, Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, año 1993.

RAMÓN F., Tomás. De la Arbitrariedad de la Administración, Editorial Civitas, Madrid, año 1994.

REYES R., Jorge. La Nulidad de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, segunda edición, año 2000.

SÁNCHEZ M., Miguel. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial Editorial Tecnos S.A., año 1994

TORNOS M., Joaquín. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial, Primer Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas Ediciones, año 1996.

VERGARA, Javier y LEYTON, Patricio. Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno, Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Año I, N° 1, año 2003.