



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

EL CONTROL JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público

Oswaldo F. de la Fuente Castro

Profesor Guía

Dr. Luis Cordero Vega

Santiago, 2011

A mis padres, por todo.

AGRADECIMIENTOS

El interés por tratar el tema de esta investigación me ha acompañado por mucho tiempo, convirtiéndose en algunos momentos en una verdadera obsesión. Desilusionado por las decisiones de nuestros tribunales en diversos casos ambientales e insatisfecho por el tratamiento que le daba nuestra doctrina a ellos, comencé un largo camino que finalmente me motivó a ingresar al programa de Magíster en Derecho de la Facultad y a trabajar con el Prof. Dr. Luis Cordero Vega en mi proyecto de investigación.

Por ello, en primer término, quisiera agradecer a la Facultad por la oportunidad de cursar este Magíster, para lo cual fui becado en un 100%. Asimismo, al Prof. Dr. Luis Cordero Vega por su invaluable orientación durante este trabajo.

Este camino, no cabe duda, no lo podría haber hecho solo. Quisiera agradecer a quienes me apoyaron, acompañaron, escucharon e incluso más de una vez soportado, especialmente cuando recibí la noticia de la aprobación del Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, lo que me obligó a reformular sustancialmente el proyecto, espero que para mejor.

A Doris Sepúlveda, Sofía Carrasco, Ana María Yuivar, Aníbal Martínez y Rodrigo Mora, quienes atentamente escucharon los argumentos principales de mi tesis y comentaron los borradores. A Jian Hua Wang Chang, Manuel Ramírez, Gaspar Herrera, Daniel Valenzuela, Teresa Iriarte, Marcos Andrade, Jaime Henríquez, Pablo Ortiz, Boriána Benev, Verónica Bustos, Alejandra Ormazábal, Ioannis Constantinidis, por su inagotable apoyo.

Finalmente, a mis queridos padres, Osvaldo y María Isabel, y hermanas, Isabel y Constanza, por su incondicional apoyo y paciencia.

A todos ellos y ellas, mis sinceros agradecimientos.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	III
TABLA DE CONTENIDOS.....	IV
ABREVIATURAS	VI
RESUMEN	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA CERTEZA COMO FUNDAMENTO DEL CONTROL DEL PODER PÚBLICO.....	4
2. RELACIONES ENTRE DERECHO Y TÉCNICA	8
3. PLAN DE EXPOSICIÓN	12
CAPÍTULO PRIMERO.....	14
EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	14
1.1 NOCIONES GENERALES	14
1.1.1 PREVENCIÓN.....	16
1.1.2 INFORMACIÓN.....	17
1.2 ESTRUCTURA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	18
1.3 EL SISTEMA CHILENO.....	20
1.3.1 CONCEPTO	20
1.3.2 FINALIDAD.....	25
1.3.3 CARACTERÍSTICAS.....	27
1.3.4 ETAPAS	31
1.3.5 LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL	35
CAPÍTULO SEGUNDO	37
LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL	37
2.1 LA ATRIBUCIÓN DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	38
2.1.2 LAS POTESTADES PÚBLICAS	38
2.1.2 LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DOCTRINA CHILENA	40
2.1.3 TÓPICOS SOBRE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	43
2.2 LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL	52
2.2.1 ELEMENTOS PARA LA DECISIÓN	53
2.2.2 CONTENIDO DE LA DECISIÓN	60
2.2.3 LA DISCRECIONALIDAD EN LA RCA.....	64
2.2.4 EFECTOS DE LA DECISIÓN	66
CAPÍTULO TERCERO	68
EL CONTROL JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL	68
3.1 BASES POSITIVAS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL	71
3.1.1 DERECHO A LA ACCIÓN	72
3.1.2 PRESENCIA DE UN AFECTADO.....	74

3.1.3 DEBER DE MOTIVACIÓN.....	77
3.2 ESTÁNDARES DE CONTROL JUDICIAL	80
3.3.1 COHERENCIA DE LA DECISIÓN	83
3.3.2 PROPORCIONALIDAD	86
3.3 LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL DE LA RCA	88
3.3.1 JUSTIFICACIÓN DE LOS LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL	88
3.3.2 LÍMITES A LA EXTENSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL	89
3.3.3 LÍMITES AL RESULTADO DEL CONTROL JUDICIAL: EL CONTROL NEGATIVO	90
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA.....	96
A. NACIONAL	96
B. EXTRANJERA	100

ABREVIATURAS

CPR:	Constitución Política de la República de Chile.
CONAMA:	Comisión Nacional del Medio Ambiente.
CGR:	Contraloría General de la República
DIA:	Declaración de Impacto Ambiental.
DS:	Decreto Supremo.
EIA:	Estudio de Impacto Ambiental.
ICE:	Informe Consolidado de Evaluación.
ICSARA:	Informe Consolidado de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificación y/o Ampliaciones.
LOCBGAE:	Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
LBGMA:	Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
LBPA:	Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.
PAS:	Permisos Ambientales Sectoriales.
PLTA:	Proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental. La referencia es al texto aprobado por el Senado en primer trámite constitucional (Boletín N° 6747-12).
RCA:	Resolución de Calificación Ambiental.
RSEIA:	Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
SEA:	Servicio de Evaluación Ambiental.
SEIA:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
SEREMI:	Secretario Regional Ministerial.

RESUMEN

Este trabajo trata el control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales otorgadas por la ley a la Administración del Estado, analizando para estos efectos el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Se explica que el control judicial de la actividad de la Administración, especialmente del ejercicio de potestades públicas, demuestra que existen diversas normas jurídicas que tienen como destinatario a la Administración y que es en este contexto donde se habla de “discrecionalidad administrativa”, término usado para describir un fenómeno bien preciso: la habilitación legal que otorga un margen de decisión a la Administración derivado de una programación normativa incompleta.

En este sentido, la creación de Tribunales Ambientales en nuestro país se inserta en una discusión más amplia: el debate respecto a la intensificación del control judicial del ejercicio de potestades discrecionales, término que originalmente surge como un concepto delimitador de ámbitos competenciales entre la Administración y los jueces. Por ello, la pretendida tecnificación de las decisiones en materia ambiental no es idónea para tratar este fenómeno, sino que requiere un enfoque jurídico.

Dicho enfoque se construye en base a dos elementos: en primer término se desarrolla una concepción del imperio de la ley donde el control judicial de la actividad de la Administración es esencial. En base a ello se sostiene que la atribución de potestades discrecionales en ningún caso otorga una “libertad” de acción a la Administración, sino que eleva el estándar de motivación de sus actos. Y, en segundo lugar, se sostiene que la certeza, como fundamento del control del poder público, impide dejar áreas exentas de control, de manera que los límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa sólo dicen relación con su resultado, esto es, un control negativo.

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de esta investigación, el Derecho Ambiental chileno ha sido objeto de importantes modificaciones, las cuales han obligado a replantear muchos temas, incluyendo el que nos ocupa: la revisión judicial de la resolución de calificación ambiental.

En efecto, en enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Se trata de una modificación relevante a nuestra institucionalidad ambiental, en términos tales que con ella deja de existir la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Asimismo, se incorporan importantes modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Estos importantes cambios, no obstante, no se han agotado con la publicación de la Ley 20.417, sino que han requerido una intensa actividad principalmente por parte del Gobierno. Su implementación ha requerido la dictación de instructivos¹, un proyecto de ley que crea tribunales ambientales, actualmente en discusión², y prontamente la discusión del proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

La discusión parlamentaria de la Ley 20.417 no fue fácil. De ello dan cuenta las más de 1.000 indicaciones que fue objeto durante su segundo trámite constitucional en el Senado, lo que auguraba una prolongada sino imposible tramitación. No obstante, un acuerdo político logró destrabar las principales objeciones, estableciéndose un Protocolo de Acuerdo con la finalidad de lograr su pronta aprobación³.

Dicho Protocolo de Acuerdo contemplaba, en lo que interesa para efectos de nuestra investigación, la creación de un Tribunal Ambiental, consignándose al efecto en el punto N° 2 lo siguiente:

¹ Of. Ord. D.J. N° 100292 de fecha 25 de enero de 2010, modificado por Of. Ord. D.J. N° 100745 de fecha 12 de marzo de 2010, y Of. Ord. D.J. N° 101958 de fecha 30 de junio de 2010, todos de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

² Boletín N° 6747-12.

³ Boletín N° 5947-12. Protocolo de Acuerdo de fecha 26 de Octubre de 2009.

2°. El compromiso de contar con un Tribunal Ambiental. Para estos efectos el Ejecutivo ingresará el 28 de Octubre al Senado un proyecto de ley, que se estructurará sobre la base de los siguientes ejes:

- (a) El reconocimiento de un organismo jurisdiccional especializado;
- (b) Integración mixta del tribunal. El tribunal estará compuesto por cinco miembros, de los cuales 3 serán abogados y dos profesionales proveniente del área de las ciencias o la economía.
- (c) Las competencias de este nuevo órgano jurisdiccional serán relativas al contencioso administrativo ambiental, de modo que todas las competencias que en la actualidad entrega la Ley N° 19.300 a los tribunales ordinarios pasarán a este tribunal, así como la potestad de revisión de los actos administrativos de la Superintendencia de Medio Ambiente;
- (d) Tendrá, además, competencias de control previo en el caso de algunas medidas provisionales que pueda decretar la Superintendencia de Medio Ambiente, de revisión plena y obligatoria (consulta) respecto de las sanciones más graves que pueda aplicar la referida Superintendencia, y de competencia plena en el caso del daño ambiental;
- (e) El tribunal tendrá amplias atribuciones para evaluar la legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y contenido técnico de las decisiones objeto de su competencia;

Nos interesa destacar algunas ideas implícitas en dicho acuerdo. En primer término, existe una decisión de dejar la revisión de los actos de la Administración en materia ambiental al margen de los tribunales ordinarios de justicia, creando al efecto un organismo especializado de composición mixta. A la fecha, los casos ambientales han sido conocidos por los tribunales ordinarios principalmente con ocasión del ejercicio de la acción de protección fundada en la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación establecido en el artículo 19 N° 8 de la CPR y, en menor medida, la acción de nulidad de derecho público⁴. Lo que sugiere implícitamente el Protocolo de Acuerdo, por tanto, es una valoración negativa a la labor que han desempeñado los tribunales ordinarios en materia ambiental⁵.

En segundo término, y no obstante lo anterior, se valora la importancia de que exista un control externo e independiente del ejercicio del poder público. Por ello, la solución acordada no

⁴ Una recopilación de jurisprudencia sobre la materia en GALINDO, 2001 y CONAMA, 2008. Un panorama general sobre las acciones judiciales en materia ambiental en GALINDO, 2006.

⁵ En nuestra doctrina se ha señalado como uno de los principios básicos del contencioso administrativo la idoneidad de los jueces, entendido como el conocimiento “de las formas de actuación y requerimientos de la administración activa”, idea que permitiría justificar la existencia de tribunales especiales (ALDUNATE, 2005:18).

restringe la competencia del tribunal, sino que fija estándares de revisión bastante amplios que incluyen el “contenido técnico de las decisiones objeto de su competencia”.

Llama la atención que la competencia del tribunal ambiental alcance también el contenido técnico de la decisión, por cuanto ello se ha entendido reservado a la Administración del Estado, en la medida que se encuentra especialmente diseñada para adoptar este tipo de decisiones⁶.

Una lectura del Protocolo de Acuerdo permite advertir que la revisión judicial del contenido técnico de la decisión viene a reforzar lo establecido en el punto N° 4, referido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, donde se acuerda

4°. **Garantizar la preponderancia técnica de las decisiones** al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que significa:

- (a) Crear un Servicio de Evaluación Ambiental;
- (b) Establecer un órgano colegiado de aprobación o rechazo de los proyectos, en el marco de un acuerdo tras las indicaciones que actualmente se han formulado;
- (c) Establecer el **carácter vinculante de los informes técnicos** de los servicios públicos, en relación a los aspectos normados o reglados de la evaluación, cuyo incumplimiento supone un vicio esencial que anula el procedimiento de evaluación;
- (d) Establecer la obligación que los informes sectoriales que se emitan durante la evaluación ambiental siempre sean fundados.
- (e) Regular la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental en el caso de impactos no previstos, como lo autorizó la Contraloría General de la República.

De la lectura del Protocolo de Acuerdo, pareciera que existe una desconfianza hacia nuestras instituciones jurídico-ambientales, que se intenta superar acudiendo a la técnica. Si bien la comprobación de esta afirmación requeriría de una serie de investigaciones empíricas que exceden el marco de esta investigación, nos parece posible conjeturar que en este acuerdo existe implícitamente la idea de mejorar la calidad de las decisiones en materia ambiental. El Protocolo de Acuerdo pareciera sugerir, entonces, que existe una expectativa en torno a las decisiones jurídicas en materia ambiental, que no sería satisfecha adecuadamente por los organismos que con anterioridad a la Ley 20.417 estaban a cargo de ello. Nuestras instituciones no nos estarían entregando lo que esperamos, afectando de este modo su predictibilidad.

⁶ CORDERO, 2007.

La importancia de la predictibilidad de las decisiones jurídicas ha sido destacada como un elemento del imperio de la ley (*rule of law*) por WALDROM, quien ha señalado al respecto

“En la moderna ciencia del derecho el imperio de la ley está asociado, no sólo con la universalidad y la no-arbitrariedad, sino también con la exigencia de que la actuación oficial esté gobernada por reglas que sean generales, claras, conocidas, relativamente constantes en el tiempo, prospectivas, no contradictorias y posibles de cumplir. Aunque estas exigencias son lógicamente independientes unas de otras, están unidas por el hecho de que sirven al segundo de los valores básicos antes descritos: establecen el derecho como algo predecible, algo que los individuos pueden tomar en cuenta confiadamente cuando se pongan a planear sus vidas. Esta es una exigencia – concluye Waldrom – que acerca el ideal del imperio de la ley al nervio mismo de la filosofía liberal⁷”.

Nuestro legislador optó por confiar en el criterio técnico para reducir lo impredecible de las decisiones ambientales. Se encarga al conocimiento experto las decisiones y su control en materia ambiental, al establecer una composición mixta del tribunal ambiental y buscar la preponderancia técnica de las decisiones al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Durante el desarrollo de este trabajo intentaremos demostrar que si bien la incorporación de elementos técnicos puede ser útil, no es idóneo para enfrentar el problema del control jurídico del ejercicio de potestades discrecionales, donde se le otorga un margen de decisión a la Administración en un contexto de decisión complejo y altamente tecnificado.

Para ello, conviene detenerse brevemente en algunas ideas que subyacen a esta discusión: la certeza como fundamento del control público y las relaciones entre Derecho y técnica.

1. La certeza como fundamento del control del poder público

Es frecuente recurrir, para explicar la existencia de reglas, a un mundo imaginario donde cada individuo actúa conforme a sus propios intereses, sin más límite que la fuerza. Se trata de una situación de “atomismo social”, donde, según explica LAPORTA, los “individuos aislados

⁷ Citado por LAPORTA, 2007:128.

interaccionan necesariamente entre sí en un escenario limitado en el espacio de y relativa escasez, y que no pretenden configurar con sus acciones y reacciones ningún marco común de convivencia sino simplemente perseguir sus propios fines y satisfacer sus preferencias”⁸, para lo cual, “cada uno de ellos buscará satisfacer sus necesidades y deseos de hoy o de mañana aún a costa de los demás y por cualquier medio”⁹.

El resultado, según el clásico modelo de HOBBS, es que la vida se hace imposible. En un mundo de permanente amenaza, no es posible el desarrollo de ninguna actividad humana. HOBBS lo presenta en los siguientes términos

“Por consiguiente, todo aquello que es consustancial a un tiempo de guerra, durante el cual cada hombre es enemigo de los demás, es natural también que en el tiempo en que los hombres vivan sin otra seguridad que la que su propia fuerza y su propia invención pueden proporcionarles. En una situación semejante no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados por mar, ni construcciones confortables, ni instrumentos para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni cómputo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve¹⁰”.

Este modelo, señala LAPORTA, sugiere dos elementos básicos en la convivencia humana: una idea de autonomía personal y la importancia del contexto de decisión.

Lo que permite la convivencia humana, según este modelo, es una manera de pensar la autonomía personal en base a un marco de libertad personal y racionalidad proyectiva, en la cual somos libres para realizar nuestras acciones sin interferencias de factores externos (libertad negativa), somos capaces de satisfacer nuestras preferencias racionalmente, controlando nuestros deseos; somos capaces de prever los resultados de nuestras decisiones en el futuro; y, en base a ello, conformamos planes generales y abstractos interrelacionados (planes de vida), lo que

⁸ LAPORTA, 2007:62.

⁹ LAPORTA, 2007:62.

¹⁰ HOBBS [1651], 2005:103.

muestra la “idea de que nuestras actividades no son esporádicas e inconexas sino que vienen previstas en diversas programaciones más o menos generales”¹¹.

El ser humano autónomo, en el sentido recién explicado, se desenvuelve en su entorno de manera reflexiva, proyectándose en base a un plan de vida personal conforme a la información y limitaciones que este entorno le provee, lo que conforma el contexto de decisión.

En consecuencia, el grado de certeza que tengamos de nuestro entorno es clave para el desarrollo de nuestra autonomía personal¹².

Las condiciones de decisión en nuestro entorno pueden ser de tres tipos, según nuestra expectativa sobre “el devenir del entorno y sobre lo que sucederá como consecuencia de nuestra acción [sea] conocida y razonable”¹³: condiciones de certeza, de riesgo y de incertidumbre. En las condiciones de certidumbre, es posible estar seguros de que nuestros actos o decisiones producirán en el futuro unos resultados concretos previsibles; en condiciones de riesgo, es posible asignar probabilidades a los resultados de cada acto; mientras que en condiciones de ignorancia o incertidumbre no es posible hacerlo¹⁴.

Este contexto de decisión, en el cual las condiciones o variables presentes tienen algunos valores, sin considerar el estado de conocimiento sobre ellos, se denomina paramétrico. Junto a ello, se distinguen contextos de decisión estratégicos o interdependientes donde “el medio en el que tomamos la decisión está formado por la presencia de otros agentes que tratan también de tomar su decisión y para hacerlo han de tener en cuenta a su vez nuestra hipotética acción”¹⁵. En este tipo de contextos de decisión, según da cuenta el “dilema del prisionero”, la predicción del resultado de nuestra decisión es extraordinariamente difícil, por cuanto al depender de las

¹¹ LAPORTA, 2007:33.

¹² La certidumbre, nos dice LAPORTA, “es, en este sentido, el horizonte al que tiene por fuerza que tender todo decisor ideal, y es sin duda el contexto óptimo para el desarrollo de la autonomía personal” (2007:42).

¹³ LAPORTA, 2007:42.

¹⁴ LAPORTA, 2007:42-43.

¹⁵ LAPORTA, 2007:42, quien luego agrega “la decisión de cada uno depende de la de los demás y ninguna de ellas tiene valor sino en tanto en cuanto se interrelaciona con las demás”.

acciones de otros todo plan de vida se ve imposibilitado al encontrarnos en un estado de extrema incertidumbre en el que nadie sabe qué conducta esperar de otros en una situación dada”¹⁶.

Para eliminar esta incertidumbre, continúa LAPORTA, se crea un nuevo tipo de expectativa, la expectativa normativa, esto es, la creación de normas sociales. De este modo, podemos saber la conducta de los demás porque se encuentra determinada en una norma que rige nuestras relaciones en comunidad. En este sentido, la existencia de normas sociales o prácticas que presentan una “regularidad en el mundo de las interacciones humanas”¹⁷ permite que pasemos de un contexto de decisión estratégico a uno paramétrico, compuesto por reglas que nos permiten predecir la conducta futura de los demás.

El problema, sin embargo, no se encuentra suficientemente resuelto aún, pues si bien hemos superado la situación de indeterminación de la conducta de los demás por medio de la creación de normas sociales, aún se mantiene la incertidumbre de su efectivo cumplimiento. Por ello, los individuos que comparten un conjunto de prácticas comunes deberán organizarse para defenderse de aquellos que no comparten estas prácticas y mantener el orden que proporcionan las reglas sociales creando mecanismos que resuelvan prontamente los conflictos entre sus miembros y reaccionando ante su incumplimiento. Y en este sentido, el surgimiento del orden jurídico se explica por la necesidad de introducir una mayor complejidad institucional creando una agencia centralizada que neutralice las desviaciones de los comportamientos regulares por medio del uso de la fuerza¹⁸.

Alcanzar este grado de certeza, no obstante, tiene sus costos. A estas alturas, explica LAPORTA, “no sólo uno mismo y los demás individuos del grupo, sino también las agencias que han de proceder a aplicar por la fuerza las pautas contenidas en las reglas han de poder ser previsibles y desarrollar conductas ‘esperadas’”¹⁹, lo que requiere que junto a las normas que regulan la conducta de los individuos se creen normas que regulen la actividad de la agencia que

¹⁶ LAPORTA, 2007:47, citando a DAHRENDORF.

¹⁷ LAPORTA, 2007:49.

¹⁸ LAPORTA, 2002:115.

¹⁹ LAPORTA, 2007:70.

posee el monopolio del uso de la fuerza y la creación de mecanismos para reaccionar ante su incumplimiento. En términos de este autor

“La amenaza a la propia seguridad no proviene sólo de los demás conciudadanos, sino también y en muy amplia medida de todas aquellas agencias legislativas, administrativas y judiciales que pueden afectar con sus actos normativos nuestras vidas y nuestras haciendas. Saber de antemano quiénes son, qué pueden y qué no pueden jurídicamente hacernos, cómo han de actuar y qué trámites y mecanismos tenemos para defendernos de ellas, supone un grado muy alto de certidumbre y previsibilidad. Disponer de esos mecanismos imparciales que son los jueces y tribunales de justicia para declarar nulas sus actuaciones y defender así nuestros intereses *también* frente a ellos es toda una conquista civilizatoria de un alcance difícil de ignorar²⁰”.

Surge de este modo, toda una institucionalidad sumamente compleja, la cual pretende sentar las bases de nuestra convivencia por medio de la certeza. El control jurídico del ejercicio del poder público tiene como fundamento último, por tanto, mantener ese grado de certeza que permite la vida en sociedad.

2. Relaciones entre Derecho y técnica

El Derecho puede ser concebido como un conjunto de decisiones que hacen posible la convivencia humana. Este enfoque ha sido formulado por ROBLES en su Teoría Comunicacional del Derecho, según la cual la base de todo el ordenamiento jurídico es la decisión jurídica, entendida como un acto de habla, esto es, “una expresión de comunicación realizada mediante un signo”, cuyo resultado es una norma²¹.

De acuerdo a la Teoría Comunicacional del Derecho, éste “se manifiesta en la vida social [...] prioritariamente como un sistema de comunicación que posibilita la organización de aquélla y permite el intercambio y la regulación de las acciones”²². Un resumen de este enfoque teórico ha sido expuesto por ROBLES en los siguientes términos:

²⁰ LAPORTA, 2002:124.

²¹ ROBLES, 2006a:44.

²² ROBLES, 2006b:16.

“Cada ordenamiento jurídico es un texto generado por ‘actos de habla’ a los que llamamos *decisiones jurídicas*. Las decisiones jurídicas generan texto en un proceso inacabado hasta que el ordenamiento, por la razón que sea, desaparezca.

Las decisiones generan texto verbalizado cuyas unidades elementales llamamos *normas jurídicas*. Ahora bien, éstas no vienen dadas *directamente* por las decisiones, sino que son el resultado de una reconstrucción hermenéutica que opera sobre el ‘material bruto del ordenamiento’. El conjunto de las normas forman el sistema *jurídico*, concepto paralelo pero no identificable con el de ordenamiento, puesto que el sistema es también producto de la reconstrucción hermenéutica del material bruto que es el ordenamiento.

Las decisiones y las normas se articulan en torno a unidades más amplias que estas últimas, llamadas *instituciones jurídicas*. Estas reflejan el aspecto organizativo del texto jurídico, que no puede entenderse como mero agregado de normas²³”.

Consideramos que este planteamiento teórico, sumariamente expuesto, es útil para efectos de nuestro trabajo por las siguientes razones: (i) presenta una visión dinámica del ordenamiento jurídico, en permanente creación y modificación²⁴; (ii) propone una concepción *constructiva y práctica* de la actividad de los operadores jurídicos: las decisiones jurídicas generan el texto que en su conjunto constituyen el ordenamiento jurídico, pero éste se distingue del sistema jurídico, elaborado por los juristas como un todo coherente²⁵; (iii) centra su atención en la decisión jurídica, su importancia para el Derecho, así como las condiciones y procesos por medio de los cuales se forma.

El Derecho se construye en base a decisiones jurídicas y el sistema jurídico nos indica quien adopta las decisiones, el procedimiento, plazos, sus límites, mecanismos de impugnación para corregir desviaciones, etc. Pero lo más importante de todo: sabemos, en términos generales, (i) que se adoptará una decisión por parte de la autoridad y (ii) que su contenido es posible preveer de acuerdo al marco jurídico aplicable. En este sentido, señala ESTEVE

²³ ROBLES, 2006b:19-20. Cursivas en el original.

²⁴ “Si el ordenamiento, nos dice ROBLES, es contemplado desde el punto de vista de las decisiones que lo generan día a día, lo estaremos viendo en su perspectiva dinámica, como algo vivo que se está haciendo, en su creación y transformación. La función de las decisiones jurídicas es crear normas (y con ello instituciones), y modificar o derogar las ya existentes; en definitiva dar vida al ordenamiento, hacer de éste una realidad dinámica” (2006a:85).

²⁵ “El texto bruto es sometido a un proceso de refinamiento y reelaboración, generando un nuevo texto, que refleja al primero y, al mismo tiempo, lo completa. Este nuevo texto, *o texto jurídico elaborado*, no se produce directamente por la acción de las autoridades (poderes jurídicos), sino que es el resultado del trabajo de la *dogmática jurídica*”, quien de esta forma “tiene como tarea la de presentar, en forma sistemáticamente construida y conceptualmente rigurosa, el material o texto jurídico bruto. La dogmática construye así el *sistema*” (2006b:29) Cursivas en el original.

“El sistema jurídico en el que estamos instalados, todos sus elementos – los órganos e instancias que se constituyen, los procedimientos que se establecen, las referencias que se ofrecen en las normas – se orientan a la decisión, que es, en definitiva, la solución de la incertidumbre. Podrá ser acertada o no, esa es otra cuestión, pero la decisión se dirige derechamente a la superación de la incertidumbre y la controversia²⁶”.

En el caso de la Administración del Estado, estas ideas se expresan en algunos deberes positivos que se le asigna, en virtud de los cuales se espera, en términos generales, una actitud activa a fin de satisfacer las demandas de la sociedad. Así, el artículo 3º de la LOCBGAE señala:

Artículo 3º.- La Administración del Estado está 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.

En forma más clara, la LBPA establece una serie de principios dentro de los cuales se encuentra el “conclusivo”, según el cual “todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad²⁷”, y el de inexcusabilidad, en virtud del cual “la Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos.²⁸”

Por último, recordemos que la LBPA contempla reglas expresas para enfrentar la inactividad de la Administración, regulando el silencio administrativo que opera como sustituto de la decisión que debió adoptar ésta²⁹.

Este modelo, no obstante, ha cambiado sustancialmente como consecuencia del desarrollo industrial y tecnológico. La certeza o seguridad jurídica, ilustrada bajo la figura del *Leviatán* de HOBBS, se ve amenazada por la incertidumbre que ha generado la ciencia y su

²⁶ ESTEVE, 2009:11-12.

²⁷ Artículo 8 LBPA.

²⁸ Artículo 14 LBPA.

²⁹ Artículos 63 y siguientes LBPA.

aplicación técnica. Este fenómeno ha sido estudiado por ESTEVE, quien lo explica de la siguiente forma:

“Esa seguridad del *Leviatán*, y del orden político que a su imagen se desarrolla, ha venido afianzándose en las incuestionables seguridades ganadas por la ciencia, cuyo espectacular progreso en la consecución de nuevas certidumbres continúa hasta bien entrado el siglo XX. Es entonces cuando la vanguardia de la ciencia percibe que el progreso deja de ser lineal, que la complejidad en muchos frentes resulta desbordante, hasta el punto de afirmar que se ha llegado al final de las certidumbres. Por otro lado, la potencia alcanzada por la aplicación técnica de los logros científicos abre a su vez un inquietante frente de incertidumbre en torno a los nuevos riesgos de origen tecnológico. Es así como ese orden jurídico hasta ahora tan seguro, ese *Leviatán* tan arrogante, comienza a mostrar su desconcierto antes las incertidumbres que lo envuelven y que provienen también, paradójicamente, de los dominios que se consideraban más firmes e incuestionables: los dominios de la ciencia”³⁰.

Las incertezas que caracterizan nuestra época, por tanto, afectan directamente las bases de nuestro entendimiento del Derecho como proveedor de certeza. En efecto, según señala SCHMIDT-ASSMANN, “[l]os instrumentos jurídico-administrativos de corte tradicional están diseñados para operar con un número limitado de factores y valoraciones, aislables entre sí. Cuando no se dan estas circunstancias, los modelos de argumentación tradicionales no permiten garantizar la racionalidad de las decisiones, o no al menos en la medida necesaria. Las exigencias impuestas hasta ahora a las decisiones públicas de determinación y firmeza no pueden, así, trasladarse a las decisiones tomadas en situaciones de inseguridad”³¹.

Una primera aproximación al problema consiste en acudir a la técnica para acotar los ámbitos de incertidumbre que ella misma presenta. Pero este camino, que no es sino el que ha elegido nuestro legislador, debe ser tomado con cuidado. Por una parte, porque es la misma ciencia y su aplicación práctica las que crean nuevas incertidumbres. Y por otra, porque a diferencia de ésta, el Derecho se encuentra en la necesidad de proveer una decisión. No es posible paralizar el sistema jurídico porque la ciencia no da respuestas concluyentes³².

³⁰ ESTEVE, 2009:10.

³¹ SCHMIDT-ASSMANN, 2003:177.

³² ESTEVE advierte que “ [...] el derecho, al entregar a la ciencia y sus conceptos importantes aspectos de la regulación, renunciando de algún modo a los modelos de decisión y legitimación propios, no obtiene de la ciencia certidumbre, sino controversias o soluciones siempre cuestionables en la propia comunidad científica.” (2009:134)

ESTEVE observa al respecto que el Derecho aún en la sociedad pre-industrial nunca ha buscado la certeza en términos científicos, sino que estableciendo sus propias valoraciones. En efecto,

“ [...] para la solución de controversias y la reducción de la complejidad social, el derecho ha venido estableciendo reglas, procedimientos, decisiones, que valoran y ponderan los bienes, derechos, intereses, principios, que se hacen presentes en cada caso. Esa valoración y ponderación no se realiza, no se ha pretendido nunca, con criterios científicos, matemáticos, porque tampoco se ha pretendido que la regulación o la decisión resultante se ajuste necesariamente a la verdad científica o a la realidad empíricamente constatada”³³.

De este modo, el rol de la técnica es proveer información, en base a la cual se adoptará una decisión jurídica por parte de los organismos competentes para ello. La consecuencia más importante de la complejidad de la sociedad industrial es quizás la configuración de las potestades públicas para actuar en contextos de decisión altamente tecnificados, donde se observa la atribución de un margen de decisión a la Administración entre diversas opciones igualmente legítimas. Y el control judicial de este tipo de potestades requiere de criterios que permitan discriminar entre una buena decisión y una mala, que vayan más allá del conocimiento experto.

3. Plan de exposición

Este trabajo se desarrolla en dos grandes ejes. Por una parte se expone aquello a lo que se enfrenta el juez al momento de ejercer un control jurídico de la resolución de calificación ambiental. Con este propósito, el Capítulo Primero tiene por objeto describir el contexto en el cual se adopta la decisión en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y presentar un análisis de esta técnica administrativa. Luego, el Capítulo Segundo se centra en la decisión jurídica que resulta del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental: la resolución de calificación ambiental.

³³ ESTEVE, 2009:154. Luego agrega “[l]as certezas del derecho son construidas, son el resultado de convenciones o de la observancia de determinados procedimientos y formalidades. No son el resultado de hallazgos, del descubrimiento de certezas objetivas o de análisis empíricos irrefutables. No son las certezas que reproducen la realidad externa, sino que se configuran y afirman en el sistema interno del derecho, con arreglo a su propia lógica.”

El segundo eje presenta la actividad judicial de control propiamente tal. El Capítulo Tercero se centra en la revisión judicial de la resolución de calificación ambiental analizando sus problemas y límites.

Finalmente se presentan las conclusiones de nuestro trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

1.1 Nociones Generales

En términos generales, la evaluación de impacto ambiental dice relación con la predicción, en forma previa a una decisión, de los posibles efectos sobre el medio ambiente de un proyecto, plan o política³⁴⁻³⁵. En este sentido, destaca su carácter eminentemente *preventivo*, por cuanto intenta anticiparse a las consecuencias del desarrollo de un proyecto en el medio ambiente, e *informativo*, en la medida que pretende otorgar la información relevante para efectos de adoptar una decisión.

Prevención e información son elementos propios de una sociedad donde el riesgo, derivado del desarrollo industrial y tecnológico, ha adquirido un protagonismo en la vida social. Para SCHMIDT-ASSMANN, “el concepto de riesgo hace referencia a situaciones en las que no se puede calcular la probabilidad de que se produzca una variante conocida (incertidumbre en sentido amplio), o en las que ni siquiera es predecible el posible curso de los acontecimientos o sus consecuencias (incertidumbre en sentido estricto)³⁶”. Es esta incertidumbre la que desafía a instituciones jurídicas tradicionales como la imputabilidad de daños³⁷ o la razonabilidad de las decisiones³⁸.

³⁴ Nuestro ordenamiento jurídico destina instrumentos de gestión ambiental diferentes en uno u otro caso. Así, en el caso de una política o plan, el instrumento aplicable es la Evaluación Ambiental Estratégica, y, en el caso de un proyecto, es la Evaluación de Impacto Ambiental operativizada en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Nuestra investigación se enmarca dentro de este último, no obstante las ideas y conclusiones formuladas puede referirse a ambas indistintamente.

³⁵ HOLDER, 2006:1.

³⁶ SCHMIDT-ASSMANN, 2003:176-177. En un sentido más amplio, ESTEVE distingue entre riesgos conocidos, que identifica como aquellos tolerados (*v. gr.* la circulación de automóviles), los cuales despiertan interés cuando derivan en daños, y riesgos desconocidos, que son objeto de preocupación y atención del Derecho sin necesidad que exista daño (1999:36-39).

³⁷ En particular respecto a la causalidad como elemento de la responsabilidad por daño ambiental, *vid.* BARROS, 2006:806-808.

³⁸ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 177; ESTEVE, 1999:82.

En el caso de la Administración Pública, ESTEVE señala que “[su] capacidad de conocimiento [...] a través de sus medios personales y materiales se ha visto ampliamente superada por la técnica y los riesgos que genera. La actividad que tradicionalmente se ha venido encomendando a la Administración Pública para el mantenimiento de la seguridad, y que se ha intentado nuclear en torno al concepto de policía administrativa, resulta ya en muchos casos difícil de dominar por estas instancias públicas cuando se encaran con las modernas tecnologías”³⁹.

El riesgo al que nos referimos, no es aquella contingencia de desastres naturales, enfermedades, plagas o desorden público, que justificaban la intervención del Estado a fin de mantener o restablecer el orden público, sino aquellos que se originan en una actividad humana, asociada al desarrollo tecnológico o industrial. Si el mantenimiento, o en su caso restablecimiento, del orden público suponía como posible el peligro cero, tratándose del riesgo industrial y tecnológico se asume la imposibilidad de eliminarlo, por cuanto cada medida destinada a controlarlo genera a su vez nuevos riesgos y, asimismo, la adopción de estas medidas puede ser excesivamente onerosa. Surge de este modo la idea de “gestión de riesgos” que intenta determinar aquellos riesgos permitidos o tolerados con los que necesariamente ha de convivir la sociedad actual⁴⁰.

Esto explica la necesidad de acotar los niveles de incertidumbre respecto a las consecuencias del desarrollo industrial. Para ello se requiere contar con conocimiento científico o técnico, por cuanto el conocimiento del ciudadano/a común respecto a los cursos causales que explican las situaciones con las que convivimos cotidianamente no es suficiente para comprenderlos⁴¹. Así, aunque sabemos que el fuego puede provocar incendios altamente destructivos, no conocemos la verdadera magnitud de los efectos de dicha destrucción sobre el ecosistema. La ecología es, entonces, la ciencia que nos entrega las herramientas que necesitamos para dimensionar estos daños.

³⁹ ESTEVE, 1999:21.

⁴⁰ ESTEVE, 2003.

⁴¹ ESTEVE, 1999.

Sin embargo, el propio conocimiento técnico presenta márgenes de incertidumbre que determinan su efectivo aporte al momento de adoptar una decisión, lo que será relevante para fijar los límites de la evaluación de impacto ambiental y la función que puede cumplir para alcanzar un desarrollo sustentable. De este modo, según se verá a continuación, el carácter preventivo e informativo de la evaluación ambiental debe ser matizado a fin de no crear expectativas en torno a esta herramienta que la presenten como *la única* solución para enfrentar una sociedad de riesgos, olvidando otras técnicas que ofrece el ordenamiento jurídico para regular nuestra convivencia, ya no sólo entre los seres humanos, sino también con relación con nuestro entorno.

1.1.1 Prevención

La idea central en la prevención es anticiparse a los efectos que en el medio ambiente pudiese provocar un proyecto, a fin de evitar impactos adversos significativos o intolerables. En este sentido, la evaluación de impacto ambiental constituye un instrumento para la predicción de las consecuencias de una decisión. De este modo, se intenta controlar dichos impactos en su fuente, anticipando sus consecuencias y así imponer al proyecto las condiciones ambientales necesarias para su ejecución⁴² en términos compatibles con los estándares ambientales vigentes.

La prevención, como idea matriz de la evaluación de impacto ambiental, se funda en la ineficiencia que presenta la responsabilidad civil como mecanismo de reparación, por cuanto, por una parte, es particularmente onerosa la reparación del medio ambiente dañado, en comparación a la implementación de medidas que lo eviten y, por otra, el rol que juega la previsibilidad como límite de la responsabilidad civil⁴³. En definitiva, frente a riesgos desconocidos, la ignorancia constituye un límite a la responsabilidad civil, lo que frustra la idea de desarrollo sustentable⁴⁴.

De este modo, en cuanto justificación para la intervención pública ante riesgos desconocidos, la prevención surge espontáneamente como una “respuesta al proceso de

⁴² HOLDER, 2006:7-8.

⁴³ Sobre los límites de la responsabilidad civil como instrumento de prevención y restauración del daño ambiental BARROS, 2006:790-91. En este sentido, la previsibilidad juega un importante rol para limitar el alcance de la responsabilidad civil, tanto en la culpa (BARROS, 2006:89) como en la causalidad (BARROS, 2006:257).

⁴⁴ ESTEVE, 1999.

desarrollo tecnológico, en el que los efectos secundarios o a largo plazo ya no se pueden evaluar a partir de experiencias vitales contrastadas⁴⁵, de manera que una actuación diligente y oportuna será aquella que tome en consideración los riesgos involucrados, asumiendo los márgenes de incertidumbre presentes⁴⁶.

1.1.2 Información

Como señalábamos, los riesgos industriales y tecnológicos se caracterizan por su alta complejidad en términos tales que no son advertidos fácilmente por sujetos con conocimiento medio. En otras palabras, son “invisibles” para el/la ciudadano/a común⁴⁷.

La información que nutre la evaluación de impacto ambiental se caracteriza por ser predictiva e interdisciplinaria. Es predictiva, por cuanto se refiere a eventos que no han ocurrido aún, y que incluso puede que nunca ocurran⁴⁸. Es interdisciplinaria, porque reúne el conocimiento de variadas disciplinas, entre otras, la biología, química, ingeniería, arqueología y economía⁴⁹.

Desde una perspectiva jurídica, se ha señalado que la información proporcionada por el experto, en base a las metodologías propias de su disciplina, desborda aquella que pudiera presentar los intervinientes en un procedimiento administrativo en función de los derechos o intereses, individuales o colectivos, que representan. El carácter científico de la información que integra la evaluación de impacto ambiental tendría una apariencia de objetividad, ya que serán expertos los que determinarán el estado del medio ambiente y valorarán la intensidad e impacto ambiental⁵⁰, sin atender a intereses particulares o colectivos. Se trataría, en definitiva, de evidencia empírica que se recopila y analiza para efectos de adoptar una decisión.

⁴⁵ SCHMIDT-ASSMANN, 2003:133.

⁴⁶ Esta idea se encontraría presente en el principio 11 de la Declaración de Río de 1992, que expresa “[l]os Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente”, por cuanto la eficacia supone una actuación temprana y oportuna. Asimismo, SANDS destaca que este principio ha sido recepcionado en múltiples tratados internacionales en cuya configuración se establece, entre otras medidas, la evaluación de impacto ambiental (2003:246-249).

⁴⁷ CIERCO, 2004:88.

⁴⁸ HOLDER, 2006:77.

⁴⁹ HOLDER, 2006:81.

⁵⁰ ESTEVE, 1999:89.

No obstante, la presencia de elementos subjetivos en la evaluación de impacto ambiental es inevitable. Por una parte, debido a las limitaciones propias de la ciencia⁵¹, y, por otra, por la naturaleza misma de la evaluación de impacto ambiental que, en cuanto herramienta al servicio de la toma de decisión, debe ser oportuna. En este sentido, GLASSON, THERIVEL y CHADWICK son claros al señalar que “las evaluaciones de impacto ambiental no son ciencia; frecuentemente son realizadas bajo plazos muy acotados, y bajo estas condiciones la información incompleta y la simplificación de presupuestos son la norma. Siempre contienen valoraciones no examinadas ni explicadas, y serán siempre políticas”⁵². Dicho elemento subjetivo se refleja principalmente en la calificación de “significativo” del impacto ambiental que se identifique, por cuanto la información que entreguen las distintas disciplinas que confluyen en una evaluación de impacto ambiental son sólo datos que deberán ser valorados conforme a las circunstancias del caso a fin de determinar si son aceptables o tolerables, estos es, significativos, y por ello requieren a su respecto de medidas ambientales que se hagan cargo de ellos a fin de compatibilizar el proyecto con los estándares ambientales vigentes⁵³.

1.2 Estructura de la Evaluación de Impacto Ambiental

La evaluación de impacto ambiental es, esencialmente, un *proceso*⁵⁴, el cual de manera sistemática, holística y multidisciplinaria, examina las consecuencias en el medio ambiente de un proyecto o actividad⁵⁵. Si bien no existe un modelo único, en la literatura especializada se han identificado las siguientes etapas:

⁵¹ ESTEVE, 2009:23-26.

⁵² GLASSON, THERIVEL y CHADWICK, 2005:13. Traducción propia, en el original “[Environmental Impact Assessments] are not science; they are often produced under tight deadlines and data gaps and simplifying assumptions are the norm under such conditions. They always contain unexamined and unexplained value judgments, and they will always be political”

⁵³ Con relación a conceptos técnicos, ESTEVE señala que “es evidente que estos conceptos de la ecología y las ciencias de la naturaleza no se concretan y definen por los elementos naturales: ni el oso nos dirá cuál es su hábitat, ni el salmón cuál es el caudal ecológico del río que pretende remontar; tampoco las especies forestales nos dirán cuáles son las autóctonas de un determinado territorio y, menos aún, qué gestión y aprovechamiento forestal ha de considerarse sostenible. Es evidente que esos y otros conceptos son aplicados e interpretados, como siempre, por seres humanos con lo que la criticada concepción antropocéntrica del derecho se mantiene inalterada.” (2009:133)

⁵⁴ En un sentido técnico, luego veremos su naturaleza jurídica en el Derecho chileno.

⁵⁵ GLASSON, THERIVEL y CHADWICK, 2005:4.

- a) Necesidad de realizar una evaluación de impacto ambiental (*screening*). En esta etapa se intenta determinar si se requiere realizar una evaluación de impacto ambiental en atención a los posibles efectos significativos de un proyecto. Según HOLDER, a fin de reducir la alta discrecionalidad que esta evaluación preliminar contiene, se utilizan listados de proyectos, umbrales y criterios indicativos⁵⁶.
- b) Análisis preliminar (*scoping*). Un análisis preliminar es necesario a fin de determinar el alcance del estudio⁵⁷. De este modo, en una etapa temprana, esto es, cuando el diseño del proyecto es aún susceptible de modificaciones, se acota el ámbito de la evaluación de impacto ambiental, identificando los receptores clave, los posibles impactos, las alternativas al proyecto y metodologías a seguir para su determinación⁵⁸.
- c) Estudios de línea base. La caracterización de la línea base ambiental constituye la “columna vertebral” de la evaluación de impacto ambiental, por cuanto sólo una información adecuada sobre el estado actual del medio ambiente en el área de influencia permitirá predecir los impactos y formular adecuadas medidas ambientales y programas de monitoreo⁵⁹. La determinación de la línea base debe incluir tanto el estado actual como futuro (probable) del medio ambiente, asumiendo que el proyecto aún no ha sido ejecutado, tomando en consideración los cambios que provengan de eventos naturales y de otras actividades humanas previas al proyecto⁶⁰.
- d) Predicción de los impactos. Esta etapa tiene por objeto identificar la magnitud y otras dimensiones de los cambios que se prevé experimentará el medio ambiente a partir de la ejecución del proyecto, en comparación a la situación sin proyecto. Los resultados serán la base de la evaluación de la *significancia* de estos impactos. En este sentido, se distingue entre la *magnitud* de los impactos, que corresponde a un examen objetivo de acuerdo a metodologías normalmente aceptadas, y la *significancia* que implica una valoración de los resultados de la predicción de impactos y, por tanto, un componente subjetivo de la evaluación⁶¹.

⁵⁶ HOLDER, 2006:37.

⁵⁷ HOLDER, 2006:38.

⁵⁸ MORRIS y THERIVEL, 2009:4-6.

⁵⁹ MORRIS y THERIVEL, 2009:7.

⁶⁰ GLASSON, THERIVEL Y CHADWICK, 2005:100.

⁶¹ GLASSON, THERIVEL Y CHADWICK, 2005:100; Holder, 2006:75.

- e) Definición de medidas ambientales. En un sentido amplio, estas medidas tienen por objeto impedir, minimizar, remediar o compensar los impactos adversos identificados⁶².
- f) Presentación de los resultados de la evaluación de impacto ambiental. La información que se presente debe ser clara y normalmente se exige un resumen que permita ser entendido por no expertos. Asimismo, se exige que sea transparente, en el sentido que exponga sus limitaciones e incertezas⁶³.
- g) Seguimiento. De acuerdo a GLASSON, THERIVEL y CHADWICK, normalmente, la evaluación de impacto ambiental es vista sólo como un elemento auxiliar para la toma de decisión, sin prestar atención a lo que ocurra posteriormente con el proyecto (*build it and forget it approach*). No obstante, estos autores destacan que la evaluación de impacto ambiental constituye también un medio para obtener una correcta gestión ambiental, lo que incluye monitoreos (medición y registro de las variables ambientales) y auditorías (comparación de las predicciones realizadas en la evaluación de impacto ambiental y los efectos que efectivamente provoca el proyecto en el medio ambiente)⁶⁴.

Todas esas etapas se vinculan entre sí, sin que exista entre ellas una relación lineal. En este sentido, GLASSON, THERIVEL y CHADWICK remarcan el carácter cíclico de esta actividad, por cuanto existe una permanente interacción y retroalimentación entre las distintas etapas que componen la evaluación de impacto ambiental⁶⁵. Así, una información mínima de línea base es necesaria para determinar, al menos preliminarmente, los impactos que posiblemente provocará el proyecto, de manera de focalizar los estudios en los componentes ambientales más susceptibles de verse afectados.

1.3 El Sistema Chileno

1.3.1 Concepto

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, vigente en Chile desde el año 1997⁶⁶, se encuentra regulado en el párrafo 2 del Título II de la LBGMA, dedicado a los “Instrumentos

⁶² MORRIS y THERIVEL, 2009:9.

⁶³ MORRIS y THERIVEL, 2009:10.

⁶⁴ GLASSON, THERIVEL y CHADWICK, 2005:185-186.

⁶⁵ GLASSON, THERIVEL y CHADWICK, 2005:5.

⁶⁶ De acuerdo al artículo primero transitorio de la LBGMA, el SEIA entraría en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial su reglamento. Ello ocurrió el día 03 de abril de 1997.

de Gestión Ambiental”, y su Reglamento, dictado de conformidad a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LBGMA, contenido en el DS 30/1997 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DS 95/2001 Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

La LBGMA y el RSEIA se han encargado de determinar tanto los proyectos que requieren, en forma previa a su ejecución, de una evaluación de impacto ambiental (*screening*), así como los criterios para determinar aquellos impactos que deben ser considerados como significativos (*scoping*), y, por ello, serán objeto central de la evaluación de impacto ambiental, proponiéndose medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas para hacerse cargo de ellos.

En efecto, el artículo 10 de la LBGMA establece un listado de proyectos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, se encuentran sujetos a una evaluación ambiental previa a su ejecución en forma obligatoria. La evaluación ambiental se extiende también a aquellas modificaciones que constituyan “cambios de consideración”⁶⁷, e incluso es posible ingresar voluntariamente⁶⁸.

En cuanto a la determinación de la significancia del impacto (*scoping*), la LBGMA y el RSEIA han acotado el margen de discrecionalidad de la autoridad al establecer criterios para determinar aquellos impactos que serán objeto de análisis en la evaluación de impacto ambiental. En efecto, el artículo 2 j) de la LBGMA define impacto ambiental como “la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”. Dicha alteración, de acuerdo al artículo 11 de la Ley 19.300, es consecuencia del

⁶⁷ El artículo 2 d) del RSEIA define “modificación de proyecto o actividad” como la “realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad ya ejecutado, de modo tal que éste sufra cambios de consideración”. La Contraloría General de la República, en su dictamen N° 27.856 de 2005, estableció los siguientes criterios para estos efectos: (i) que la modificación del proyecto sea tal que importe, por sí misma, uno de aquellos proyectos que deben ingresar al SEIA conforme a la normativa vigente; (ii) que implique un cambio en las características esenciales o en la naturaleza del proyecto o actividad; (iii) que la modificación afecte a la línea base o al área de influencia del proyecto o actividad; (iv) que genere nuevos impactos ambientales distintos del proyecto o actividad original.

⁶⁸ Art. 9 LBGMA.

desarrollo de un proyecto que puede generar o presentar determinados efectos, características o circunstancias que, en base a criterios cualitativos y cuantitativos⁶⁹, pueden ser calificados como “significativos” en términos tales que se requiera de medidas de mitigación, reparación o compensación adecuadas para hacerse cargo de ellos⁷⁰.

La presencia o no de impactos significativos en consideración a los criterios establecidos en el artículo 11 de la LBGMA y 5 a 11 del RSEIA, permite distinguir entre dos medios para ingresar al SEIA: la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA)⁷¹. De este modo, la evaluación previa que realice el titular del proyecto que concluya la inexistencia de impactos ambientales significativos adversos, se encuentra sujeto a un control de la Administración al momento de ingresar su proyecto al SEIA por medio de una DIA, oportunidad en la cual deberá justificar sus conclusiones. En caso contrario, deberá ingresar por medio de un EIA.

En base a lo expuesto, es posible concluir que la principal norma que establece el SEIA consiste en una *prohibición de ejecutar aquellos proyectos sujetos a evaluación ambiental previa de conformidad a la ley y que presenten impactos ambientales adversos significativos, sin la implementación de medidas ambientales que los mitiguen, reparen o compensen*.

La LBGMA define, en el artículo 2 j), evaluación de impacto ambiental como “el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto de una actividad se ajusta a las normas vigentes”.

⁶⁹ A modo ejemplar, los artículo 5 a 11 del RSEIA hacen referencia a estándares normativos (norma de emisión o calidad ambiental), elementos temporales (frecuencia, duración), características del medio a intervenir (superficie, estado de conservación de especies, capacidad de dilución, dispersión, autodepuración, diversidad biológica presente), características de los elementos contaminantes (concentración, peligrosidad, cantidad, combinación y/o interacción conocida de contaminantes), elementos geográficos (emplazamiento, localización próxima, proximidad), sociales (desplazamiento y reubicación de comunidades humanas, cambios en dimensiones que caracterizan sus sistemas de vida).

⁷⁰ Art. 16 inciso final LBGMA.

⁷¹ Cabe hacer presente que este aspecto es una particularidad del sistema chileno (BERMÚDEZ, 2007:201).

GUZMÁN critica el sesgo normativista de la LBGMA, pues la definición pareciera indicar que su único objetivo es determinar si un proyecto o actividad se ajusta a las normas vigentes. Esto implicaría que el estándar ambiental se encuentra regulado respecto a todos los componentes ambientales, lo que no es efectivo. Sin perjuicio de lo anterior, para este autor esta definición se ve superada en la práctica, toda vez que ante la ausencia de norma, la autoridad ambiental determina en el SEIA los estándares aplicables y junto a ello se evalúa la sustentabilidad del proyecto, en especial, atendido las medidas de mitigación, compensación y/o reparación⁷².

Para BERMÚDEZ, las normas ambientales vigentes son aquellas que “tienen incidencia ambiental y que están asociadas a un determinado permiso ambiental”, de manera que el cumplimiento de la normativa ambiental se traduce en la obtención de permisos ambientales sectoriales, lo que denomina finalidad procedimental/legal del SEIA⁷³.

Por nuestra parte, consideramos que la definición legal es insuficiente por las siguientes razones:

- a) La normativa ambiental vigente, a la que se refiere la definición legal de evaluación de impacto ambiental, comprende no sólo estándares ambientales regulados por normas de emisión, normas de calidad o permisos ambientales sectoriales, sino al Derecho Ambiental en su conjunto, comprendiendo, en primer término, la prohibición general del SEIA que impide desarrollar proyectos o actividades que, conforme a la ley se encuentran sujetos a evaluación ambiental previa, sin la implementación de las medidas que minimicen o supriman los impactos adversos significativos que se prevean como consecuencia del proyecto. Asimismo, comprende aquellas normas referidas a las funciones ambientales de

⁷² GUZMÁN, 2005:270.

⁷³ BERMÚDEZ, 2007:195, quien advierte también una finalidad ambiental/material, limitada a pronunciamientos ambientales que no están vinculados a un permiso específico. Es confusa la doble finalidad que propone BERMÚDEZ, por cuanto pareciera dar a entender que en la medida que la ley asigne a un organismo de la Administración del Estado competencia para otorgar un permiso ambiental sectorial, no podría pronunciarse sobre aspectos ambientales/materiales ajenos a dicho permiso, a pesar que se encuentre dentro de su competencia. Volveremos sobre este punto al tratar el alcance de los pronunciamientos de los órganos que participan del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental.

los componentes del medio ambiente y el manejo de elementos o sustancias que presentan un riesgo para el medio ambiente.

- b) La definición legal no da cuenta de una serie de aspectos que el SEIA presenta en cuanto instrumento de gestión ambiental.
 - b.1 En primer término la definición se refiere, como veremos, sólo a la primera etapa del sistema, el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, sin tomar en cuenta el seguimiento del proyecto.
 - b.2 Por otra parte, sólo hace referencia a la información proporcionada por el titular del proyecto como antecedente de la decisión de la autoridad, en circunstancias que la propia Administración e incluso, en algunos casos, la comunidad se encuentra legitimada para aportar información dentro del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental.
 - b.3 Por último, el SEIA no se limita, según da cuenta su propia regulación, a una mera constatación de la legalidad del proyecto, como pareciera sugerir BERMÚDEZ⁷⁴, sino también determina, en el caso concreto, las condiciones ambientales bajo las cuales se deberá ejecutar el proyecto, cumpliendo de este modo una función ordenadora o normativa que va más allá de la constatación del marco jurídico general aplicable para el desarrollo de proyectos de inversión.

En base a lo expuesto, entendemos el SEIA como un instrumento de gestión ambiental que, en base a la información proporcionada por los intervinientes en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, determina los impactos ambientales que se prevé provocará la ejecución de un proyecto, y las medidas que se proponen para hacerse cargo de ellos cuando sean calificados como significativos, permitiendo de este modo a la autoridad ambiental otorgar al titular una autorización para su desarrollo, quedando sujeto a la normativa ambiental aplicable y las condiciones ambientales que la autoridad ambiental haya considerado oportuno establecer, creando una relación jurídica durante toda la vida útil del proyecto en virtud de la cual se contrastarán las predicciones realizadas con los impactos que efectivamente

⁷⁴ BERMÚDEZ, 2007:195-196.

provoca el proyecto en el entorno y el cumplimiento efectivo de la normativa ambiental aplicable.

1.3.2 Finalidad

Atendido que el SEIA, a diferencia de modelos comparados como el europeo⁷⁵, integra la evaluación de impacto ambiental propiamente tal con la autorización del proyecto en cuestión, su finalidad es doble, por cuanto cumple una función preventiva y una normativa.

a) Función preventiva

La idea de prevención, según se señaló anteriormente, consiste en una predicción de los impactos ambientales significativos que podría ocasionar un proyecto. En otros términos, implica contrastar el estado del medio ambiente en dos situaciones: una sin la ejecución del proyecto y otra con la ejecución del proyecto.

La función preventiva del SEIA se desarrolla en forma diferente según el proyecto ingrese por medio de una DIA o un EIA.

Tratándose de una DIA, conforme al artículo 12 bis de la LBGMA, junto a la descripción del proyecto se requiere presentar los antecedentes *necesarios* que justifiquen la inexistencia de impactos ambientales adversos significativos conforme al artículo 11. De este modo, en una DIA se requiere un análisis del estado del medio ambiente lo suficientemente detallado para acreditar que no es necesario presentar un EIA (*scoping*). La función preventiva, entonces, dice relación con el control respecto a la efectiva inexistencia de impactos adversos significativos y, por ello, que el ingreso por medio de una DIA se encuentre justificado.

En el caso del EIA, la función preventiva se manifiesta en toda su magnitud. En efecto, en caso que, conforme a los criterios establecidos en el artículo 11 de la LBGMA, se adviertan impactos ambientales adversos significativos, será necesario implementar aquellas medidas ambientales que lo hagan compatible con los estándares ambientales vigentes y establecer un monitoreo durante la vida útil del proyecto a fin de comprobar que lo pronosticado durante el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental se cumple.

⁷⁵ Una descripción de modelos comparados, en ASTORGA, 2006 y ROSA, 1993.

b) Función normativa

La finalidad del SEIA, como decíamos, no se agota en la identificación y valoración de impactos ambientales. En efecto, el modelo chileno integra junto a la evaluación de impacto ambiental las autorizaciones de este carácter que sean aplicables (función normativa-autorizatoria), como asimismo, el establecimiento de las condiciones bajo las cuales el proyecto deberá desarrollarse (función normativa-ordenadora).

b.1 Función Normativa-Autorizatoria

En cuanto función autorizatoria, en primer término, el SEIA contempla un procedimiento administrativo para obtener una *autorización ambiental general*, que controla el cumplimiento de la norma general del SEIA que prohíbe ejecutar un proyecto de aquellos indicados por la ley como potencialmente peligrosos porque podrían provocar impactos ambientales adversos significativos sin implementar medidas de mitigación, reparación o compensación adecuadas que se hagan cargo de ellos.

Asimismo, en virtud del principio de “ventanilla única” es la oportunidad para solicitar aquellos permisos sectoriales que han sido identificados en el RSEIA como “Permisos Ambientales Sectoriales”. En efecto, el inciso segundo del artículo 8 de la LBGMA señala que todos los permisos ambientales serán otorgados en el SEIA, lo que se encuentra complementado con lo que disponen los artículos 65 a 102 del RSEIA⁷⁶.

b.2 Función Normativa-Ordenadora

Por último, conforme al inciso primero del artículo 25 de la LBGMA, la RCA establecerá “las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado”. De este modo, la autoridad ambiental se encuentra habilitada para establecer las condiciones ambientales bajo las cuales se deberá desarrollar el proyecto, regulando de este modo la forma en que deberá ejecutarse. Dichas

⁷⁶ Un análisis descriptivo de los principales permisos ambientales sectoriales en RIQUELME, 1999. Si bien este trabajo es anterior a la modificación al RSEIA del año 2001, contiene una descripción de los principales permisos ambientales sectoriales aún vigentes.

condiciones ambientales, agrega el inciso segundo de esta disposición, “deberán responder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación”, lo que da a entender que se refiere a la implementación por parte del titular de medidas ambientales adicionales a las propuestas en el proyecto para hacerse cargo de los impactos ambientales significativos adversos, o a monitoreos que tengan por objeto determinar a tiempo, y así responder oportunamente en caso que las variables ambientales no evolucionan según se pronosticó.

1.3.3 Características

Para los propósitos de esta investigación, caracterizaremos al SEIA como una técnica de intervención administrativa, que contempla un complejo procedimiento administrativo y que se inspira en una serie de principios reconocidos como propios del Derecho Ambiental.

a) Como técnica de intervención administrativa

La justificación de la actividad administrativa en materia ambiental es normativa: la propia Constitución ordena su intervención con la finalidad de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se vea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza⁷⁷.

Es esta la cobertura constitucional que explica la presencia de la Administración en la vida de los particulares⁷⁸, para lo cual cuenta con una serie de herramientas denominadas genéricamente “Instrumentos de Gestión Ambiental”, asociados al ejercicio de potestades públicas que tiene por objeto, precisamente, dar cumplimiento a este deber constitucional⁷⁹.

Se ha destacado en la doctrina nacional el carácter preventivo de este mandato⁸⁰, en el cual se enmarca el SEIA, lo que se refleja claramente en el artículo 8 de la LBGMA en la medida que dispone “[l]os proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental”. De este modo, las potestades públicas conferidas por el legislador a la Administración Pública en el marco del

⁷⁷ Art. 19 N° 8 CPR.

⁷⁸ CORDERO, 2002:131.

⁷⁹ CORDERO, 2003:236.

⁸⁰ CORDERO, 2002:139.

SEIA corresponden a una actividad de limitación o intervención sobre la actividad de los particulares, cuyo fundamento teleológico es el orden público, que describe “una situación satisfactoria de todos los asuntos públicos”⁸¹, noción que se ha ido ampliando, abarcando consideraciones ambientales, como consecuencia de las transformaciones sociales y el incremento de las tareas del Estado⁸².

La idea central tras la noción de orden público como fundamento teleológico de la actividad de limitación o intervención, es que los derechos se encuentran sometidos a límites, cuya función, especialmente tratándose de las libertades, es determinar ámbitos a los cuales se le otorga protección jurídica. La intervención pública sobre libertades, por tanto, en la medida que se justifique en el mantenimiento del orden público, forma parte de aquellas intervenciones legítimas de la autoridad que modelan su ejercicio, en la medida que no afecte dicho ámbito protegido. En este sentido, ALDUNATE señala que “[e]n el remanente de libertad no cubierto por el contenido protectivo de la respectiva libertad fundamental entramos al campo del derecho de libertad general, que queda sometido a la reserva general de regulación en beneficio del derecho de otros y en la evitación del perjuicio de la sociedad. Así la característica esencial de la regulación es que no disminuye el universo de posibilidades cubiertas por el contenido protectivo de la respectiva libertad fundamental (ello sería atentatorio contra la tipicidad de esa libertad y, por tanto, contra su contenido esencial) sino que simplemente condiciona el modo de su ejercicio”⁸³.

⁸¹ SANTAMARÍA, 2002:257.

⁸² CAMACHO, 2007:412-413.

⁸³ ALDUNATE, 2008:244. En contra, FERMANDOIS, quien hace un cándido llamado a superar esta aproximación, que califica como tradicional, la cual el día de hoy es insuficiente para enfrentar las nuevas amenazas del poder público a la libertad. Dice este autor “Hoy la actividad económica adopta formas inéditas, flexibles e innovativas. El regulador, por su parte, desarrolla paralelamente instrumentos crecientemente finos de intervención, pero potencialmente equivalentes en su amenaza al derecho tutelado por la Carta. Así, aquella actividad económica moderna puede ser promovida o bien comprimida por medio regulatorios tan indirectos o sofisticados – pero aún más obstaculizantes – que los brutales atentados propios del pasado. La estatización de industrias, la intervención de fábricas, la confiscación de bienes de los opositores políticos, el cierre de radioemisoras – todos fenómenos que el constituyente tuvo a la vista al referirse a la esencia de los derechos – han dado lugar a otra clase más sofisticada de vulneraciones, igualmente dañinas en potencia que las tradicionales” (2010:56).

De este modo, la actividad interventora tiene como objetivo “asegurar que la actividad de los particulares guarde conformidad con el interés general o en última instancia que no lo contravenga”⁸⁴.

El interés general, explica CAMACHO, es el fundamento y límite de la intervención de la Administración en la libertad, “la que sólo cede, previa habilitación del legislador, en lo estrictamente necesario para la satisfacción del interés general.”⁸⁵

Para estos propósitos, el legislador establece una serie de técnicas administrativas, dentro de las cuales destacaremos aquellas más relevantes en el SEIA:

- Las *técnicas de información*, las cuales, si bien corresponden al menor grado de intervención, son el presupuesto para el ejercicio de las potestades públicas asociadas a otras técnicas como las autorizaciones o inspecciones.
- La *técnica autorizatoria*, que en términos generales consiste en un examen previo del cumplimiento de determinados requisitos para el ejercicio de una actividad.
- La *técnica de inspección*, que supone un control del cumplimiento de la normativa aplicable.

b) Complejidad del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental

La doctrina nacional, siguiendo la definición legal, no duda en calificar al SEIA como un procedimiento administrativo⁸⁶. Por nuestra parte, consideramos que si bien el procedimiento administrativo es un elemento importante del SEIA, no agota su naturaleza jurídica. Hecha esta prevención, a continuación revisaremos los elementos que consideramos destacables o característicos en el SEIA, en su fase procedimental.

- En primer término, se trata de un procedimiento regulado por la propia LBGMA, en sus elementos esenciales, y por el RSEIA, los cuales determinan la *forma* en la cual se ejercen las potestades públicas conferidas a la Administración en el SEIA.

⁸⁴ CAMACHO, 2007:244.

⁸⁵ CAMACHO, 2010:47.

⁸⁶ BERMÚDEZ, 2007:191.

- Es un procedimiento de iniciativa exclusiva del titular del proyecto, a quien corresponde la carga de proporcionar la información suficiente para efectos de la evaluación de impacto ambiental, sin perjuicio de aquellas que presentarán otros intervinientes.
- La decisión no se agota con la información que suministre el titular y la propia que maneja la Administración del Estado, sino que contempla mecanismos de participación ciudadana a fin de que presenten observaciones al proyecto. En este sentido, es posible entender la faz procedimental del SEIA como un espacio de composición de diversos intereses⁸⁷.
- Concluye con un acto administrativo complejo que crea una relación jurídica entre el titular y la Administración del Estado durante toda la vida útil del proyecto.

En nuestro medio, BARROS ha destacado la importancia del procedimiento administrativo para el control de la RCA, señalando que “el mayor desafío que representa el estudio de la motivación de las RCA radica en determinar el grado de vinculación y coherencia que puede exigirse entre esta última y el procedimiento de evaluación que le sirvió de antecedente”⁸⁸, idea que retomaremos más adelante.

c) Principios del Derecho Ambiental en el SEIA

El SEIA se caracteriza, asimismo, porque se inspira en una serie de principios propios del Derecho Ambiental cuya función es mostrar “la dirección en la que se han de buscar las soluciones, y suministran modelos argumentativos para la delimitación de los ámbitos de responsabilidad respectivos de la sociedad y los poderes públicos”⁸⁹. El propio Mensaje con el cual el Ejecutivo envió el proyecto de ley que dio origen a la LBGMA señala que “los diferentes títulos, párrafos y disposiciones de la ley responden a una serie de principios generales básicos que conforman la política ambiental de este gobierno, sin cuya existencia sus disposiciones aparecerían vacuas y carentes de un sentido y objetivos específicos claros”. Tales principios son el preventivo, participativo, ventanilla única, contamina-paga.

⁸⁷ Sobre el procedimiento administrativo como espacio de composición de intereses *vid.* CORDERO, 2004:35-39. En contra, MORAGA, 2007:242 (en nota al pie de página).

⁸⁸ BARROS, 2009:117.

⁸⁹ SCHMIDT-ASSMANN, 2003:132.

El principio preventivo, como ya hemos señalado, dice relación con la anticipación a las consecuencias de una actividad en el medio ambiente. Este principio, en el marco del SEIA, se encuentra consagrado específicamente en el artículo 8 de la LBGMA, en cuanto señala “[l]os proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental [...]”.

En virtud del principio participativo, se contemplan una serie de mecanismos destinados a dar cabida a los intereses de la ciudadanía en la calificación ambiental del proyecto, fundamentalmente por medio de la formulación de observaciones⁹⁰.

De acuerdo al principio de la “ventanilla única”, según vimos anteriormente, los permisos ambientales sectoriales deben ser solicitados y otorgados, en lo pertinente, en el marco del SEIA.

Por último, según el principio “quien contamina, paga”, el titular del proyecto debe internalizar las externalidades negativas que ocasionará, esto es, los impactos ambientales significativos adversos, por medio de las medidas de mitigación, reparación o compensación que correspondan, lo que constituye un presupuesto para la calificación ambiental favorable de un EIA según dispone el inciso final del artículo 16 de la LBGMA.

1.3.4 Etapas

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se compone de dos etapas unidas entre sí por medio de un acto administrativo denominado Resolución de Calificación Ambiental⁹¹. Estas etapas corresponden al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental y el seguimiento del proyecto.

⁹⁰ La LBGMA destina el párrafo 3 del Título II a la participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Un análisis de la función de la participación ciudadana en el SEIA en DE LA FUENTE y MORA, 2008, con la prevención que tras la reforma de la LBGMA por la Ley 20.417, actualmente se contempla en el procedimiento administrativo que origina el ingreso de un proyecto por medio de una DIA mecanismos activos de participación ciudadana, y que en caso que durante la tramitación del proyecto, tanto en el caso de una DIA como un EIA, se contempla la posibilidad de abrir un nuevo proceso de participación ciudadana a fin de actualizar sus observaciones.

⁹¹ Esta sección tiene como base DE LA FUENTE y MORA, 2008.

a) Procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental

Esta etapa del SEIA se inicia por medio del ingreso de una solicitud del titular, quien manifiesta su interés en desarrollar un proyecto cuya ejecución se encuentra sujeta, de acuerdo a la ley, a una evaluación ambiental previa, proporcionando información suficiente sobre sus características más relevantes y los impactos que previsiblemente causará al entorno a fin de determinar la necesidad de adoptar medidas ambientales que se hagan cargo de ellos. El fundamento de esta solicitud será la Declaración de Impacto Ambiental o el Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de la LBGMA.

Adicionalmente, en virtud del principio de “ventanilla única”, es la oportunidad para presentar los antecedentes necesarios para obtener, en lo pertinente, las autorizaciones administrativas identificadas en el RSEIA como permisos ambientales sectoriales.

El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental se compone de las siguientes etapas:

a.1 Inicio del procedimiento

El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental es de iniciativa exclusiva del titular del proyecto, quien solicita a la autoridad competente su calificación ambiental en base a la información que proporciona en la DIA o EIA, según corresponda.

a.2 Examen de admisibilidad

El SEA, en su calidad de administrador del SEIA, realiza un examen de admisibilidad, cuya finalidad es revisar si se ha dado cumplimiento con los contenidos mínimos de la solicitud⁹².

⁹² Al respecto, el artículo 14 ter de la LBGMA señala “[e]l procedimiento de evaluación de impacto ambiental se iniciará con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir, con el objetivo de que no existan errores administrativos en el proceso de admisión a trámite de un proyecto”.

a.3 Participación Ciudadana

El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental contempla la posibilidad de intervención de la comunidad en algunos casos, por medio de la participación ciudadana, la cual comprende tres derechos: acceder a la información que consta en el expediente, formular observaciones y obtener una respuesta fundada de ellas por parte de la autoridad⁹³.

a.4 Consulta organismos con competencia ambiental

La revisión de los antecedentes proporcionados por el titular debe considerar la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental, para lo cual el SEA solicita su informe⁹⁴.

a.5 Término anticipado

En caso de que la información proporcionada por el titular sea insuficiente y no pueda ser subsanado mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, se dicta una resolución que pone término al procedimiento⁹⁵.

a.6 Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones

En caso de que existan solicitudes, aclaraciones o ampliaciones a la información proporcionada por el titular en la DIA o EIA por parte de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participan de la evaluación de impacto ambiental del proyecto, el SEA elabora un Informe Consolidado de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificación y/o Ampliaciones (ICSARA), que reúne dichos requerimientos, el cual es remitido al titular para que de respuesta a ello⁹⁶.

a.7 Respuesta del Titular

La respuesta del titular del proyecto al ICSARA se contiene en un documento denominado Adenda, el cual es enviado a los órganos de la Administración del Estado que

⁹³ Artículo 30 bis inciso final. La regulación de la participación ciudadana se establece en los artículos 26 a 31 de la LBGMA.

⁹⁴ Artículo 9 bis inciso cuarto LBGMA.

⁹⁵ Artículos 15 bis y 18 bis LBGMA.

⁹⁶ Artículos 16 y 19 LBGMA.

participan de la evaluación de impacto ambiental del proyecto, pudiendo elaborarse un nuevo ICSARA, que motivará una nueva Adenda, y así sucesivamente⁹⁷.

a.8 Informe Consolidado de Evaluación

El Informe Consolidado de Evaluación (ICE) da cuenta del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, y es el antecedente directo de la RCA. Debe contener los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos competentes que hayan participado, la evaluación técnica de las observaciones formuladas por la comunidad y los interesados, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto⁹⁸.

a.9 Acto Terminal y Notificación

El procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental concluye con un acto administrativo denominado Resolución de Calificación Ambiental (RCA), el cual debe ser notificado a los intervinientes⁹⁹.

b) Seguimiento

La etapa de seguimiento, en términos generales, comprende los diversos actos y gestiones que ocurren durante la vida útil del proyecto, de acuerdo a la relación jurídica que crea la RCA entre el titular y la Administración del Estado.

Esta etapa tiene por objeto la comprobación del cumplimiento tanto de la normativa ambiental identificada en la etapa anterior como aplicable al proyecto, como las condiciones ambientales establecidas en la RCA (fiscalización). Asimismo, comprende la verificación de los efectos ambientales pronosticados, la identificación de impactos no previstos y la verificación de

⁹⁷ La LBGMA no limita el número de ICSARAs y Adendas, pero en la práctica lo normal es que no sean más de tres.

⁹⁸ Artículo 9 bis LBGMA. La consideración del ICE al momento de adoptar la decisión que pone término al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, de acuerdo al inciso final de dicha disposición, es un elemento esencial de la calificación ambiental.

⁹⁹ Artículo 24 LBGMA.

la eficacia de las medidas ambientales propuestas (monitoreo). Por último, contempla el avance de las obras y actividades del proyecto¹⁰⁰.

- Fiscalización. Conforme al artículo 64 de la LBGMA, corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente, entre otras materias, el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se hayan aprobado o aceptado los EIA o DIA, quien actúa en base al programa de fiscalización o ante denuncias.
- Monitoreo. El artículo 12 f) de la LBGMA contempla para los EIA un Plan de Seguimiento de las variables ambientales que le dan origen. En caso que las variables evaluadas hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, es posible revisar de oficio o a petición del titular o el directamente afectado la revisión de la RCA a fin de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones¹⁰¹.
- Caducidad. Transcurridos más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada, la RCA pierde sus efectos¹⁰².

1.3.5 La Resolución de Calificación Ambiental

De acuerdo al artículo 24 de la LBGMA, el proceso de evaluación ambiental concluye con una resolución que califica ambientalmente el proyecto. La decisión es adoptada por una comisión, compuesta por el Intendente, quien la preside, y los SEREMI de Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura,

¹⁰⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ señala que “la actividad de inspección de vigilancia o seguimiento no debe limitarse a comprobar si las instalaciones o productos controlados cumplen los requisitos establecidos en la legislación correspondiente, sino también –y sobre todo- debe comprender la evaluación de la eficacia de los requisitos vigentes para tutelar los intereses públicos protegidos por el ordenamiento –en nuestro caso, la integridad del medio ambiente y la salud pública-, con objeto de determinar si es necesario mejorar o modificar los niveles de exigencia vigentes y, en su caso, aplicar medidas adicionales, tales como la modificación o revocación de las autorizaciones o permisos, para garantizar la efectiva protección de tales intereses y bienes jurídicos” (2000:29-30).

¹⁰¹ Artículo 25 quinquies, incorporado por la Ley 20.417. Recordemos que la LBGMA no contemplaba normas para estos casos, siendo la CGR la que estableció criterios para la modificación de la RCA en estos supuestos en su Dictamen 20.477 de 2003. Sobre la invalidación de la RCA por cambio en los supuesto de su aprobación, SEPÚLVEDA, 2008a y 2008b.

¹⁰² Artículo 25 ter LBGMA.

de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental¹⁰³.

La RCA es el núcleo del SEIA, por cuanto es el documento en el cual se identifican los riesgos ambientales de un determinado proyecto, fundamentalmente en base a información proporcionada por el propio titular; su evaluación en relación los estándares ambientales vigentes y la determinación, en caso que se estime necesario, de las medidas ambientales adecuadas para mantener dicho estándar, todo ello de acuerdo al mérito del procedimiento administrativo de evaluación ambiental¹⁰⁴.

La RCA es fundamental para la etapa de seguimiento, por lo que una correcta decisión será determinante para la gestión ambiental del proyecto. Por ello, el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental es clave para cumplir satisfactoriamente esta función.

Atendida la importancia gravitante que tiene la RCA en todo el SEIA, destinaremos el capítulo siguiente a su estudio, donde analizaremos sus elementos y determinaremos la configuración de las potestades públicas conferidas a la autoridad ambiental en el marco del SEIA.

¹⁰³ Artículo 86 LBGMA.

¹⁰⁴ DE LA FUENTE y MORA, 2008:571-572.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Como vimos en el capítulo anterior, la RCA pone término al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental. Se trata, por tanto, de un acto administrativo terminal¹⁰⁵, esto es, “una decisión formal que emite un órgano de la administración del Estado, en el que se contienen declaraciones de voluntad, de dictamen o de juicio, constancia o conocimiento, y que se realiza en el ejercicio de una potestad pública o dentro de la competencia que le ha atribuido la [Constitución] o la ley, respectivamente”¹⁰⁶.

Esta definición del acto administrativo, formulada como una “declaración de un órgano de la Administración del Estado”, podría dar a entender que existe detrás una voluntad creadora. Sin embargo, sabemos que dicha voluntad no se encuentra radicada en la Administración del Estado, sino que, en virtud del principio de legalidad, es el Legislador quien determina el contenido de dicha declaración, correspondiendo a la Administración aplicar al caso concreto las consecuencias jurídicas que le asigna la ley a un determinado supuesto de hecho¹⁰⁷.

La supremacía de la ley dentro del sistema de fuentes requiere, no obstante, ser matizada a la luz de lo que se ha denominado una verdadera “crisis”, como consecuencia del desarrollo tecnológico e industrial y, asociado a ello, la demanda por una intervención pública en materias realmente complejas, tales como urbanismo o medio ambiente, que dificultan la programación normativa de la Administración por parte del Legislador. En este sentido, señala PAREJO:

“el legislador formal se enfrenta con mucha frecuencia ante una práctica imposibilidad de regulación general con un mínimo de densidad ordenadora y, por tanto, de programación o vinculación positiva (en términos tradicionales) de la Administración pública. Se explica, así, que en tales sectores la Ley, renunciando a la decisión de fondo,

¹⁰⁵ La propia LBGMA no ofrece dudas al respecto al establecer en su artículo 24 “[e]l proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente el proyecto...”. No está de más recordar que la LBPA en el inciso tercero del artículo 3 señala que los actos administrativos toman la *forma* de decretos supremos o resoluciones.

¹⁰⁶ MORAGA, 2008:190-191.

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004:434.

recurra cada vez con más frecuencia al simple establecimiento de criterios materiales de ponderación, principios o valores marco, fines y objetivos de la acción, estándares mínimos-máximos, imágenes guía del óptimo social y modelos de referencia; todo ello para la ulterior toma de decisiones (naturalmente, en la fase – tradicional – de “ejecución” de la ley”¹⁰⁸.

La consecuencia normativa de este fenómeno es la flexibilidad con la cual se configuran las potestades públicas otorgadas a la Administración, lo cual se engloba bajo el término “discrecionalidad administrativa”. Atendido que la actividad administrativa en el SEIA se enmarca dentro de este fenómeno, nuestro análisis de la RCA comenzará con el estudio de las potestades públicas conferidas por el Legislador a la Administración y luego su ejercicio propiamente tal, esto es la decisión final que adopta la autoridad ambiental.

2.1 La atribución de discrecionalidad administrativa

2.1.2 Las potestades públicas

La atribución de potestades constituye una de las técnicas utilizadas por el ordenamiento jurídico para reconocer efectos a las actuaciones de sus titulares. Sin embargo, en el caso de la Administración Pública es esencial y la constituye. Es a través de la potestad, nos dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, “como se manifiesta el llamado ‘poder público’, el cual, sea sociológica y estructuralmente lo que sea, se convierte jurídicamente en un haz de potestades singulares atribuidas a la Administración por el ordenamiento”¹⁰⁹. De este modo, la idea abstracta de poder público se convierte en técnicas jurídicas precisas¹¹⁰.

Corolario de lo anterior es el carácter esencialmente limitado de las potestades públicas, lo que permite caracterizarlas como “potestad-función”, esto es, aquellas que deben ser ejercidas en interés ajeno, en este caso, el interés público¹¹¹. Es este carácter fiduciario lo que permitirá el control de su ejercicio, por cuanto toda intervención pública de la Administración se encuentra sujeta al respeto del marco fijado por el Legislador para la ejecución de sus funciones¹¹², de

¹⁰⁸ PAREJO, 1993:71. Comillas en el original.

¹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004:444

¹¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004:444.

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004:445.

¹¹² En este sentido, apunta GARCÍA DE ENTERRÍA que “los gobernantes son, simplemente, gestores, subordinados a esa voluntad general formalizada, y su posición se expresa, mucho más simplemente, en esa idea de Locke: están en una relación fiduciaria con el pueblo, por el cual

manera que la determinación y conocimiento de la configuración específica de las potestades públicas conferidas a la Administración es clave para determinar los alcances de dicho control.

Es común en el estudio de las potestades públicas, como técnica del principio de legalidad, la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales. Las primeras, se refieren a aquellas cuyos elementos se encuentran suficientemente determinados en la ley en términos tales que para su ejercicio basta una mera constatación de la realidad a la cual se aplican (el ejemplo típico es la edad de jubilación de un empleado público). Junto a ellas, se distinguen las potestades discrecionales, las cuales otorgan a la Administración un ámbito o margen de decisión donde existen una serie de opciones, todas ellas igualmente legítimas, para alcanzar el fin para el cual le ha sido conferida la potestad¹¹³.

Esta categorización, por cierto, no es absoluta. En la literatura comparada, especialmente la española, es frecuente la identificación de un mínimo de elementos reglados en una potestad pública¹¹⁴. Pero son estos “espacios discrecionales” de la potestad los que nos interesa analizar, por cuanto plantean un problema complejo para el control judicial de su ejercicio.

No obstante lo sencillo de la formulación de esta distinción, lo cierto es que las potestades discrecionales son quizás uno de los temas más discutidos en el Derecho Público, según da cuenta la literatura comparada¹¹⁵. A continuación, revisaremos el tratamiento que le ha

éste, titular de la cosa pública, confía su gestión a las personas que él elige; pero el objetivo de esa gestión sigue siendo propiedad del pueblo y sus fines no son otros que los intereses del propio pueblo. Lo esencial del *trust*, a lo que alude la significación primaria de la palabra, es la confianza, la cual (como ocurre con el mandato en los Derechos romanizados) no se entrega de una vez por todas, sino que ha de mantenerse viva de forma constante y desde la cual pueden dirigirse instrucciones al fiduciario y, eventualmente, revocarlo” (2000:103).

¹¹³ Interesa destacar que ello no implica en ningún caso que el legislador haya otorgado una libertad de acción a la Administración, sino todo lo contrario. Se trata de una remisión a una apreciación conforme a la ley (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004:453).

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan que al menos cuatro elementos de la potestad serán reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, el órgano competente y el fin (2004:453).

¹¹⁵ KÜNNECKE, 2007:73-136; SCHMIDT-ASSMANN, 2003:219-225; BACIGALUPO, 1997:16. Es ilustrativa la afirmación de SÁNCHEZ sobre esta materia: “El control de la discrecionalidad administrativa es un tema clásico de la teoría general del derecho público, sobre el que es difícil a estas alturas decir algo nuevo” (1994:9).

dado nuestra doctrina y jurisprudencia a la materia, para luego analizar algunos tópicos que estimamos útiles para una mejor comprensión de este fenómeno en nuestro país.

2.1.2 La discrecionalidad administrativa en la doctrina chilena

Según explica MORAGA, fue AYLWIN en el año 1952 el primer autor chileno que explicó la potestad discrecional como una habilitación previa establecida por la ley en forma incompleta¹¹⁶. Desde entonces, existe consenso en nuestra doctrina sobre la necesaria vinculación del ejercicio de potestades discrecionales a la ley y la Constitución¹¹⁷, lo que ha sido defendido en algunas ocasiones incluso con vehemencia¹¹⁸. En una primera aproximación, por tanto, la discrecionalidad administrativa se contrapone a la arbitrariedad. En este sentido, CEA señala que “la discrecionalidad es inconciliable por la arbitrariedad (sic), porque no es un privilegio que sitúe al administrador sobre el Derecho, sino que una circunscrita capacidad jurídica para elegir la oportunidad, el momento y la conveniencia de su acción dentro de lo que la ley le ha permitido expresamente”¹¹⁹.

La discrecionalidad administrativa, según apuntara tempranamente este autor, tiene un fundamento normativo en la propia Constitución, al caracterizar a la ley como toda “norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”¹²⁰, lo que excluyere regular en detalle la actividad administrativa, dejando entregado a la

¹¹⁶ Según AYLWIN, el acto es discrecional “cuando la ley o el reglamento dejan al agente cierta libertad o discreción en cuanto a oportunidad y medios en su ejecución”. Citado por MORAGA, 2010:34.

¹¹⁷ CAMACHO, 1998:10; FERNANDOIS, 1998:246; CEA, 1984:9; SALINAS, 2002:625; MORAGA, 2010:34-35. Caso especial es PIERRY, quien conceptualiza la discrecionalidad administrativa como la “facultad de obrar libremente por la Administración sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho”, idea que conduce a equívocos. Sin embargo en su trabajo desarrolla estándares de control judicial que vendrían a ampliar el control estricto de legalidad (1984).

¹¹⁸ Así, CALDERA estima necesario decir que “[p]retender fundamentar sobre la base del ordenamiento constitucional chileno que la discrecionalidad que, en virtud de leyes, configura, caracteriza o tiñe con el vicio de inconstitucionalidad a las competencias de los órganos integrantes de la Administración del Estado o de cualquiera otro órgano público, es una *excepción al principio de juridicidad*, que ha sido tácitamente permitida por la Constitución, constituye algo más grave que un error jurídico medular de parte de quienes sostienen esta teoría, sino que es propiamente un dislate, una herejía” (1989:427).

¹¹⁹ CEA, 1984:13.

¹²⁰ Artículo 63 N° 20 CPR.

Administración su concreción. Lo interesante de este planteamiento, que desafortunadamente CEA no desarrolla, es la vinculación de la discrecionalidad administrativa con la potestad reglamentaria, especialmente que ambas tengan su base positiva en la misma disposición constitucional¹²¹.

Por su parte, SALINAS ve en la discrecionalidad una “renuncia que hace el legislador, frente a determinadas situaciones de dar por sí, la solución, la respuesta, el precepto vinculante, la fórmula de aplicación final. Es, desde esta perspectiva, un reconocimiento de su propia limitación: la que le impide regular cada situación con un margen pleno de *certeza*. Si por una parte la ley tiene pretensiones de generalidad y universalidad, dicha pretensión que es la esencia misma de la ley, hipoteca su posibilidad de entrar, con visión microscópica, al análisis de la situación concreta”¹²². CAMACHO, por su parte, ve una pérdida del protagonismo del Poder Legislativo en la configuración de la vida social, lo que se explica por la evolución de las necesidades sociales y el saber especializado¹²³.

En base a lo anterior, nuestra doctrina conceptualiza la discrecionalidad administrativa como un “margen de libertad” de la Administración. Así, CEA señala que “la discrecionalidad es el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la administración para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella”¹²⁴. PIERRY, por su parte, señala que la discrecionalidad se concibe como “la facultad de obrar libremente por la Administración sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho”¹²⁵. SALINAS dice que es “la libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos –que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública- la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad”¹²⁶. MORAGA señala que es la facultad “para elegir los medios aptos, idóneos, eficaces y proporcionados al fin que se persigue. Por ello, se habla de un *margen*

¹²¹ Sobre el origen histórico del artículo 63 N° 20 como respuesta a una práctica legislativa inclinada más bien a regular asuntos particulares o individuales en detrimento de la potestad reglamentaria, CORDERO, 2009:416-420.

¹²² SALINAS, 2002:626. Cursiva en el original.

¹²³ CAMACHO, 1998:12.

¹²⁴ CEA, 1984:12.

¹²⁵ PIERRY, 1984:480.

¹²⁶ SALINAS, 2002:625.

de decisión libre, de unos *espacios libres* existen porque el legislador se ha abstenido de regular todas las condiciones de ejercicio de la potestad y, también, porque la ley dispone de una remisión a la apreciación propia de la Administración”¹²⁷.

La conceptualización de la discrecionalidad administrativa como un “margen de libertad” tiene consecuencias en la forma en que se establece el control judicial de su ejercicio. En efecto, según advierte PIERRY, “el control de la legalidad recae sobre el aspecto reglado del acto o actuación de la Administración. En su aspecto discrecional no es susceptible de control alguno”¹²⁸. Por ello, este autor ve la necesidad que junto a la legalidad estricta, los jueces dispongan de medios para restringir el campo de la discrecionalidad¹²⁹. CEA señala que la “revisión judicial procede, concretamente, en los supuestos y elementos reglados, asuntos que nunca pueden ser sustraídos de la jurisdicción”, pero aquellos espacios de discrecionalidad “están marginados de tutela judicial”¹³⁰.

Como veremos, la conceptualización de la discrecionalidad administrativa como un “margen de libertad” de la Administración conduce a equívocos y oscurece la determinación del alcance y límite del control judicial del ejercicio de potestades discrecionales. El problema se encuentra formulado por CAMACHO, quien señala que “cuando se trate de decisiones discrecionales, bajo la propia responsabilidad de la Administración, no tiene cabida la mera sustitución de la decisión administrativa por otra judicial so pena de desvirtuar el control jurídico que deben realizar los tribunales”¹³¹. Por ello, MORAGA explica que “el control recae en los límites de la propia potestad discrecional”¹³².

¹²⁷ MORAGA, 2010:35. Cursivas en el original.

¹²⁸ PIERRY, 1984:480.

¹²⁹ Es confuso el planteamiento de PIERRY, por cuanto la distinción entre control de legalidad (estricto) y medios judiciales es innecesario. Metodológicamente, el control judicial siempre será jurídico, ya sea respecto de lo que PIERRY identifica como aspectos reglados como los medios judiciales que propone, que no son otros que las causales de nulidad de derecho público.

¹³⁰ CEA, 1984:15.

¹³¹ CAMACHO, 1998:15.

¹³² MORAGA, 2010:37. En este sentido, *vid.* ALARCÓN, 2000.

2.1.3 Tópicos sobre discrecionalidad administrativa

En la doctrina española, de frecuente referencia en nuestro medio, se ha señalado en términos generales que la discrecionalidad es un término que “evoca una situación en la que *prima facie* no aparece una solución unívocamente determinada”¹³³, pudiendo el sujeto “elegir entre diversas opciones dentro de un marco de indiferencia”¹³⁴. De este modo, existe discrecionalidad cuando el sujeto al cual corresponde adoptar una decisión jurídica, en sentido amplio, tiene la posibilidad de elegir una alternativa dentro de un universo razonable de diferentes opciones. Así, por ejemplo, es discrecional tanto la decisión del chef al cual se le encarga preparar el menú que le parezca más adecuado para una recepción diplomática o uno especial para diabéticos.

Esta conceptualización, simple en su formulación, dista de ser lo suficientemente operativa para analizar este fenómeno. En efecto, no es extraño encontrar en la doctrina comparada la distinción entre varias actividades a las cuales les es atribuida la categoría de discrecionales¹³⁵. Sin embargo, un criterio respecto del cual pareciera existir consenso para realizar una sistematización en esta materia es el origen de la discrecionalidad¹³⁶, en virtud de la cual se distingue entre:

- a) Una discrecionalidad interpretativa¹³⁷ o instrumental¹³⁸, cuyo origen en la indeterminación del lenguaje.
- b) Una discrecionalidad estratégica¹³⁹ o fuerte¹⁴⁰, cuyo origen está en la atribución de un verdadero poder jurídico de decisión.

¹³³ IGARTUA, 1996:551.

¹³⁴ DESDENTADO, 1999:55.

¹³⁵ IGARTUA, 1996; LIFANTE, 2002 y DESDENTADO, 1999.

¹³⁶ LIFANTE, 2002:419-20.

¹³⁷ IGARTUA, señala que existe “cuando las disposiciones jurídicas vienen expresadas con lenguaje indeterminado” (1996:544).

¹³⁸ Con ello DESDENTADO hace referencia “a la discrecionalidad con la que es preciso operar para ejercitar una potestad, aunque el ordenamiento no ha querido atribuir al sujeto un poder de decisión (1999:52).

¹³⁹ IGARTUA señala que se presenta “cuando – independientemente de si el lenguaje legal es indeterminado o no – las disposiciones jurídicas no prescriben – ni determinada ni indeterminada – cuál, de entre los medios conducentes a un fin, ha de adoptarse (1996:544).

En el caso de la discrecionalidad interpretativa, se trata en definitiva de las características del lenguaje legal y la existencia de conceptos jurídicos indeterminados (en rigor, la aplicación o inaplicación de su zona de incertidumbre). Y en este sentido, en nada se diferencia de la actividad judicial¹⁴¹.

En el caso de la discrecionalidad estratégica, nos encontramos ante una situación en la que *prima facie* no aparece una solución unívocamente determinada por la ley, sino que existe la posibilidad de elegir entre alternativas indiferentes jurídicamente, como consecuencia de una delegación consciente del legislador. Es en esto último en lo que nos interesa detenernos.

A continuación exponemos algunos tópicos que estimamos útiles para una mejor comprensión de este fenómeno y que permitan concretizar la generalidad del tratamiento que le ha dado nuestra doctrina a la discrecionalidad administrativa.

a) El ejercicio de discrecionalidad supone una operación jurídica que completa una regla

La conceptualización de la discrecionalidad administrativa como un margen de apreciación de la administración es, al menos, incompleta. Desde un punto de vista metodológico, se ha señalado que “lo que genuinamente genera discrecionalidad en la actuación administrativa es la *inexistencia* o la *imperfeción* del supuesto de hecho de su norma habilitante (producto bien de la ausencia, bien de la insuficiencia o imprecisión de una consecuencia jurídica u otra). Así, la discrecionalidad consistiría en que la Administración puede (y debe) establecer –o al menos, precisar- en sede aplicativa los presupuestos de su propia actuación, intencionadamente *imperfectos* (inacabados o indeterminados) en su configuración normativa inicial”¹⁴².

¹⁴⁰ Referido a “los supuestos en los que el sujeto dispone de un poder de decisión por haberlo querido así el ordenamiento jurídico” (DESDENTADO, 1999:52).

¹⁴¹ IGARTUA, 1996:545.

¹⁴² BACIGALUPO, 1997:181-182. *Cursivas en el original.*

Se trata, por tanto, de una actividad normativa, donde la Administración construye, en base a los elementos más o menos determinados que le señale el legislador, la norma jurídica aplicable¹⁴³.

Conviene en este punto recordar la distinción entre texto y norma, según la cual “la normatividad no es una cualidad de determinados textos o, que al menos, no les es inmanente, no se desprende de ellos”¹⁴⁴. Explicando lo anterior, ALDUNATE señala que “[p]or sí mismos, los textos no producen nada. Su ‘activación normativa’ se da cuando son incorporados en el esquema comunicativo de un conjunto de comportamientos en que las acciones individuales, incluyendo aquellas que pueden denominarse ‘aplicación de textos’, son motivadas y dirigidas a partir de decisiones sobre el sentido atribuible a dichos textos”¹⁴⁵.

BACIGALUPO explica que el ejercicio de una potestad discrecional se compone de dos operaciones consecutivas: una normativa y otra de carácter reglado. La primera “consiste en la concreción o adopción de aquellos criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra, que el creador de la norma omitió precisar o bien incluso configurar” y la otra la “subsunción bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la Administración está llamada a actuar, en su caso”¹⁴⁶.

Por ello, el ejercicio de una potestad discrecional se asemeja a la potestad reglamentaria (de ejecución), la cual de acuerdo a CORDERO tiene dos características: corresponde a una función de desarrollo o complemento de la ley y su ejercicio es discrecional¹⁴⁷. Este autor señala que “[d]e acuerdo a los términos utilizados por la *Constitución* debemos entender que la potestad reglamentaria es, en principio, discrecional, aunque ha de tener como marco de referencia a la *Constitución* y particularmente a la ley, la cual puede establecer una serie de elementos, límites, medios o fines que se han de tener presente en su ejercicio”¹⁴⁸. BACIGALUPO señala en este

¹⁴³ En este sentido, CAMACHO, quien conceptualiza la discrecionalidad como la habilitación legal para resolver una determinada situación creando la regla jurídica aplicable (1998:10).

¹⁴⁴ ALDUNATE, 2009:473.

¹⁴⁵ ALDUNATE, 2009:474-475.

¹⁴⁶ BACIGALUPO, 1997:184.

¹⁴⁷ CORDERO, 2009:424.

¹⁴⁸ CORDERO, 2009:416. *Cursivas en el original.*

sentido que “la discrecionalidad administrativa no se diferencia en su ejercicio *cuantitativamente* (sino sólo *cuantitativamente*) de la *discrecionalidad normativa* de la que goza la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria o del propio *margen de configuración* del legislador”¹⁴⁹. Este autor explica lo anterior en los siguientes términos:

“La diferencia entre el ejercicio de una y otra discrecionalidad estribaría únicamente, pues, en el *grado* de su respectiva eficacia jurídica *pro futuro*. Así, mientras el ejercicio de la discrecionalidad en sede ejecutiva no genera más (auto-)vinculación de la acción administrativa que la derivada de la vinculación al criterio seguido en eventuales actuaciones precedentes –efecto mediato, a su vez, de la prohibición constitucional de que la Administración se aparte arbitrariamente (esto es, careciendo para ello de toda justificación objetiva y razonable) del precedente administrativo (principio de igualdad) –, el principio de legalidad y el de inderogabilidad singular de los reglamentos prohíben *en todo caso* que la Administración se aparte de un criterio de actuación normativo (legal o reglamentariamente establecido), y ello con absoluta independencia de si tal apartamiento está o no justificado en causas objetivas y razonables.”¹⁵⁰

La similitud entre la potestad reglamentaria y la discrecionalidad administrativa, en cuanto habilitaciones para configurar normas jurídicas, invita a establecer un marco teórico común para ambas instituciones. Por de pronto, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites constitucionales de la potestad reglamentaria son aplicables también a la atribución de potestades discrecionales.

b) Modalidades de la programación normativa de la Administración: positiva y negativa

Sabemos que de conformidad al principio de legalidad, la ley determina el marco en el cual la Administración se desenvuelve válidamente y le atribuye potestades para el cumplimiento de sus cometidos, estableciendo mecanismos para sancionar toda desviación. No obstante, la programación normativa de la Administración admite diversas modalidades, pudiendo ser positiva o negativa. BACIGALUPO lo explica en los siguientes términos

“la programación es *positiva* cuando el ordenamiento jurídico establece exactamente cuál es el sentido que ha de tener la actuación administrativa en un supuesto de hecho determinado. Por el contrario, la programación es *negativa* cuando el ordenamiento jurídico se limita a establecer cuál es el sentido o cuáles son los sentidos que en ningún caso puede adoptar la actuación administrativa, sin prejuzgar cuál haya de serlo a salvo

¹⁴⁹ BACIGALUPO, 1997:184. En nota 315. Cursivas en el original.

¹⁵⁰ BACIGALUPO, 1997:184. En nota 315. Cursivas en el original.

de los excluidos [...] la actuación administrativa no debe ser nunca, por ejemplo, arbitraria, irracional, irrazonable, desproporcionada, discriminatoria o defraudadora de la confianza legítima. Pero ninguno de los principios que prohíben semejantes actuaciones (principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de proporcionalidad, principio de igualdad, principio de la buena fe o de protección de la confianza legítima, etc.) indican *positivamente* cuál es – entre todas aquellas que no adolezcan de tales vicios jurídicos – por la que ha de optar en cada caso la Administración¹⁵¹.”

Si se concibe la discrecionalidad administrativa como un margen de apreciación, en definitiva se está reconociendo que su programación normativa es negativa: la ley establece límites para su actuación en términos tales que todo aquello que se encuentre fuera del marco para el cual se le habilita para actuar constituye una desviación.

Lo anterior tiene una importancia fundamental para determinar el carácter del control judicial. Como veremos, si la programación normativa es negativa, dicho control tendrá este mismo carácter, quedando inhibido el juez para condenar a la Administración a adoptar una decisión en particular, sino sólo declarar la nulidad y reenviar el asunto a ésta¹⁵².

c) Remisión al conocimiento experto

Como señalamos en el capítulo primero, la información que nutre la evaluación de impacto ambiental se caracteriza por su alta complejidad, escapando al conocimiento medio de los ciudadano/as. Esta tecnificación de las decisiones podría significar una mayor libertad o autonomía de la Administración para decidir, de manera que cabe preguntarse si la consideración de conocimiento técnico al momento de adoptar una decisión ¿descarta o confirma la presencia de una potestad discrecional?

La respuesta, como es de esperar, depende de lo que se entienda por conocimiento técnico. Al respecto, DESDENTADO señala que “[c]uando utilizamos la expresión apreciaciones técnicas queremos hacer referencia a toda actividad de búsqueda de respuesta a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, es decir, de conocimientos de los saberes

¹⁵¹ BACIGALUPO, 1997:207-208. Cursivas en el original.

¹⁵² Creemos que a esto apunta CAMACHO cuando señala que “cuando se trate de decisiones discrecionales, bajo la propia responsabilidad de la Administración, no tiene cabida la mera sustitución de la decisión administrativa por otra judicial so pena de desvirtuar el control jurídico que deben realizar los tribunales.” (1998:15).

especializados”¹⁵³, los cuales son obtenidos por medio del método científico, según el cual “sólo es aceptable científicamente [el conocimiento que] ha sido sometido a contraste y ha resistido las contrastaciones”¹⁵⁴.

Al ser el conocimiento técnico “contrastable intersubjetivamente y objeto de falsación”¹⁵⁵, y por tanto independiente de opiniones subjetivas, podría concluirse que la presencia del saber científico excluye todo margen de decisión, por cuanto la correcta aplicación de la metodología del área del conocimiento de que se trate nos conduce a una única respuesta posible.

Concediendo la posibilidad que haya consenso técnico sobre alguna materia, lo que no es frecuente en materia ambiental, cabe señalar que en definitiva estos criterios técnicos sólo vendrían a completar el supuesto de hecho imperfecto que da origen a la discrecionalidad administrativa, de manera que en rigor no otorgan discrecionalidad, sino que precisamente constituyen un elemento para su ejercicio. Por ello, la remisión al conocimiento experto no altera la estructura de la norma que atribuye la potestad discrecional, sino sólo califica la naturaleza de los criterios que tendrá en cuenta la Administración al momento de completar la imperfección de la norma habilitante.

d) Relación con los conceptos jurídicos indeterminados

La creciente demanda por una intervención pública en materias complejas, como el medio ambiente, requiere de cierta flexibilidad por parte del legislador al momento de atribuir potestades a la administración para el cumplimiento de sus cometidos. Con esta finalidad, es frecuente el uso de conceptos jurídicos indeterminados¹⁵⁶, como técnica legislativa de carácter delimitador¹⁵⁷.

¹⁵³ DESDENTADO, 1999:137.

¹⁵⁴ DESDENTADO, 1999:138.

¹⁵⁵ DESDENTADO, 1997:62.

¹⁵⁶ BARROS, 2009:12.

¹⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA señala al respecto que “la utilización que la ley hace de estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable, pues por de pronto proscribiera absolutamente tomar en consideración el concepto contrario u opuesto” (2000:243).

Según explica JELLINEK, “el concepto jurídico indeterminado constituye la antítesis del concepto jurídico determinado. Al igual que este último, el concepto jurídico indeterminado tiene límites, pues de lo contrario no sería un concepto. Pero mientras el concepto determinado tiene un sólo límite, que permita realizar un juicio seguro (certero) sobre la pertenencia o no al mismo de un fenómeno, el concepto indeterminado tiene dos. Por ello, también el concepto indeterminado permite realizar juicios seguros (certeros); pero entre el juicio positivo y negativo existe un terreno limítrofe de mera posibilidad (juicio problemático)”¹⁵⁸.

De este modo, los conceptos jurídicos indeterminados se caracterizan por tener (i) una zona de certeza positiva y negativa; (ii) una zona de incerteza o duda posible. Por ello, también pueden ser conceptualizados como aquellos “cuyo significado *intensional* no es posible expresarlo mediante reglas semánticas que remitan a condiciones a la vez *suficientes* y *necesarias* para su aplicación e inaplicación [...] si no sólo mediante reglas que remiten a condiciones *suficientes*”^{159/160}.

Según explica BACIGALUPO, “la diferencia entre condiciones *suficientes* y *necesarias* y condiciones (sólo) *suficientes* para la aplicación o inaplicación de un concepto radica, como se acaba de apuntar, en que, si se trata de condiciones *suficientes*, la negación de la condición para su aplicación no equivale automáticamente a la condición para su inaplicación y viceversa.”¹⁶¹.

El problema de los conceptos jurídicos indeterminados en la aplicación de su zona de incerteza es que el aplicador no dispone de condiciones suficientes para ello, sino sólo para la zona de certeza positiva y negativa, de manera que debe integrar una laguna en el supuesto de hecho normativo. Por ello, la aplicación del concepto en su zona de incerteza no es producto de

¹⁵⁸ Citado por BACIGALUPO, 1997:194-195.

¹⁵⁹ Según explican MORESO y VILAJOSANA “la connotación o intensión de una palabra consiste en el conjunto de propiedades que un objeto debe tener (según el criterio que se emplee) para ser nombrado por la palabra. La connotación de la palabra ‘ciudad’ puede ser, por ejemplo: ‘población con más de 20.000 habitantes’. Puede decirse, pues, que la connotación o intensión constituye el criterio de aplicación de la palabra” (2004:151).

¹⁶⁰ BACIGALUPO, 1997:197. Cursivas en el original.

¹⁶¹ BACIGALUPO, 1997:1997. Cursivas en el original.

una operación cognitiva (lógico-deductiva), porque no hay premisa mayor, sino volitiva: fijación por el aplicador de la norma de un criterio de aplicación (una condición suficiente)¹⁶².

En consecuencia, a diferencia de quienes sostienen la tesis de la “única solución justa”¹⁶³, el ejercicio de una potestad discrecional y la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en su zona de incerteza no se diferencian cualitativamente. Lo anterior no significa, en ningún caso, una debilitación del control judicial, sino simplemente acota dicho control a la determinación de los criterios relevantes por medio de los cuales el aplicador “densificó” el concepto jurídico indeterminado. Es en este sentido que podemos estar de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA cuando señala que en los conceptos jurídicos indeterminados “no existe ninguna potestad discrecional de la Administración [rectius, habilitación] para apreciar a su voluntad la presencia y el alcance del concepto legal en la situación disputada. Tiene, simplemente, el privilegio posicional de la decisión previa, que la permite avanzar su estimación propia de la realidad del concepto legal de cuya aplicación se trata, y de esa posición privilegiada arranca una presunción puramente formal de legalidad que configura al recurso contra tal estimación con un carácter impugnatorio”¹⁶⁴.

e) La discrecionalidad administrativa define los límites de la relación de la Administración con los otros Poderes del Estado

Si el carácter general y abstracto de la ley, junto a la complejidad de temas como el medio ambiente o el urbanismo, hacen que sea inevitable que la Administración cuente con potestades discrecionales, podría pensarse que finalmente quedamos entregados al buen criterio de ésta. ¿Qué ocurre entonces con la previsibilidad y certeza que provee el derecho? Esta tensión entre la certeza y la flexibilidad necesaria para que la Administración pueda cumplir sus cometidos tiene su punto de inflexión en los límites constitucionales para la atribución de potestades discrecionales. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia Rol 370, ha esbozado este punto en los siguiente términos:

¹⁶² BACIGALUPO, 1997:199-200.

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000:243; MORAGA, 2010:38.

¹⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000:136.

“DECIMONOVENO. Que abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica;”

El riesgo que advierte el Tribunal Constitucional es una habilitación legal genérica, sin contornos que conduzca a una actividad administrativa sin límite alguno, esto es, una mera arbitrariedad. La seguridad jurídica pierde fuerza, por lo tanto, por una excesiva generalidad en la programación normativa de la actividad de la Administración.

Otro límite constitucional a la atribución de potestades discrecionales ha sido esbozado en nuestra doctrina por CEA, quien sostiene que “es inconstitucional una ley que delega poderes discrecionales sin sujetarlos a la revisión aludida [judicial], por ejemplo, diciendo que el jerarca administrativo actuará a su juicio exclusivo. Obrar bajo el solo criterio subjetivo del jerarca es el comienzo de la arbitrariedad y la ley no puede con esa cláusula sortear el veto constitucional. El legislador que hiciera lo contrario incurriría, además, en una delegación de facultades prohibida y vulneraría el principio de separación de poderes en que se funda nuestro Estado de Derecho”¹⁶⁵. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol 198 señaló que

“la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación, afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas. Lo anterior se aprecia nítidamente en el proyecto ya que las facultades de incautación de documentos, antecedentes probatorios y "objetos que se recojan" dependen de potestades discrecionales amplias, en que los motivos que autorizan la actuación del servicio y de los funcionarios que lo representen,

¹⁶⁵ CEA, 1984:15.

sólo depende de la apreciación libre y subjetiva de quien adopta el acuerdo y participa en su aplicación.¹⁶⁶

El límite a la atribución de potestades discrecionales no es sólo el riesgo de la arbitrariedad y/o la amenaza que por medio de su ejercicio de vayan a afectar derechos fundamentales, ya sea por excesiva generalidad de la ley o porque ésta excluye la actividad administrativa de un control judicial, sino que la propia constitución establece un estándar mínimo en la atribución de potestades discrecionales: la presencia de parámetros jurídicos que permitan al juez realizar un control de su ejercicio¹⁶⁷¹⁶⁸.

Esta idea, que ha sido desarrollada por la doctrina comparada, implica que los límites intrínsecos del control judicial del ejercicio de potestades discrecionales se encuentran en la programación normativa de la Administración, de manera que la insuficiencia de esta hace imposible un control judicial, afectando el derecho a una tutela judicial efectiva¹⁶⁹.

2.2 La Resolución de Calificación Ambiental

La RCA, según es posible apreciar al analizar la configuración de las potestades públicas conferidas a la Administración en el SEIA, es un acto administrativo sumamente complejo¹⁷⁰. Las potestades conferidas a la autoridad ambiental, según se verá a continuación, son bastante amplias y requieren de un ejercicio previo para (i) determinar los requisitos ambientales aplicables, (ii) analizar si el diseño del proyecto cumple con ellos, (iii) evaluar si las medidas ambientales son apropiadas, de acuerdo a los impactos significativos adversos identificados durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, (iv) determinación de la necesidad de establecer condiciones o exigencias ambientales adicionales a las establecidas en el

¹⁶⁶ Considerando 10º a). Posteriormente, en la Sentencia Rol 1710, señala que “sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas forma y condiciones de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales” (considerando centesimoquinquagesimoctavo).

¹⁶⁷ BACIGALUPO, 1997.

¹⁶⁸ Volveremos sobre este punto en el Capítulo 3.

¹⁶⁹ BACIGALUPO, 1997.

¹⁷⁰ En este sentido, BARROS, 2009:82-112, quien hace una caracterización jurídica general de la RCA con referencia a las discusiones más relevantes.

ordenamiento jurídico vigente. De este modo, no basta con una actividad de mero contraste con la realidad para asignar las consecuencias jurídicas que prevé la ley, sino de un ejercicio de apreciación, valoración e incluso de ordenación.

Interesa ahora, para continuar nuestro análisis de la RCA, determinar los elementos relevantes de dicha decisión, los cuales forman parte de la materia objeto de discusión en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental; el contenido de la decisión y sus efectos. Ello nos permitirá determinar el margen o grado de apreciación de la autoridad al momento de adoptar la decisión.

2.2.1 Elementos para la decisión

Existen una serie de elementos que influyen en la decisión de la autoridad ambiental al momento de dictar la RCA, los cuales definen su contexto. En otras palabras, la decisión no es “libre”, sino que se encuentra sujeta a la información proporcionada por los intervinientes en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, la cual se contiene en el Informe Consolidado de Evaluación¹⁷¹. No obstante, es frecuente que no sólo se tomen en cuenta elementos estrictamente ambientales, lo que da cuenta del carácter político, y no meramente técnico del SEIA.

a) Información relevante

La etapa procedimental del SEIA, según vimos, se inicia por medio de una solicitud del titular, la cual contiene la información suficiente para efectos de obtener la calificación ambiental de su proyecto. Atendido que nuestro sistema integra la evaluación ambiental propiamente tal con las autorizaciones administrativas de contenido ambiental, la información que presenta el titular puede ser clasificada en dos grupos: (i) la evaluación de impacto ambiental propiamente tal y (ii) el marco normativo¹⁷².

¹⁷¹ En este sentido, BARROS, 2009:83, quien sostiene que la participación de los distintos intervinientes en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental constituye un límite al ejercicio de discrecionalidad en cuanto exige un mayor grado de fundamentación en la decisión final.

¹⁷² BERMÚDEZ señala que el SEIA tiene dos finalidades: una de carácter procedimental/legal y otra ambiental/material. Si bien no lo señala expresamente, nos parece que tras esta distinción se encuentra la idea de la integración en nuestro sistema tanto de la evaluación de impacto ambiental propiamente tal como las autorizaciones respectivas.

La información relacionada con la evaluación de impacto ambiental, se refiere fundamentalmente a la predicción de impactos adversos significativos, conforme a los criterios del artículo 11 de la LBGMA y los artículos 5 – 11 del RSEIA, lo que determinará el ingreso al SEIA por medio de una DIA o un EIA. En este último caso, reservado, como vimos, para aquellos proyectos que presentan impactos adversos significativos, el titular deberá proponer medidas ambientales adecuadas para “hacerse cargo de ellos”, esto es, compatibilizar el proyecto con los estándares ambientales vigentes, ya sea evitando o disminuyendo los efectos adversos del proyecto o actividad (medidas de mitigación); reponiendo 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 (medidas de reparación); o generando un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado (medidas de compensación)¹⁷³.

El marco normativo, por su parte, se refiere a la normativa ambiental aplicable y a los requisitos que exige la ley para el otorgamiento de las autorizaciones administrativas de carácter ambiental asociadas al proyecto, tanto la autorización general como los permisos ambientales sectoriales.

La información presentada por el titular será objeto de revisión por la autoridad. Para estos efectos requiere un informe a los organismos con competencia ambiental, el cual deberá ser fundado y formulado dentro de las esferas de sus respectivas competencias¹⁷⁴. El alcance de este informe técnico se encuentra en el artículo 8, al disponer en su inciso segundo

“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 proyecto o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de este párrafo y su reglamento”.

De este modo, el informe técnico contiene el otorgamiento de permisos y los pronunciamientos ambientales respectivos. En el primer caso, corresponde a una revisión de los

¹⁷³ Artículos 57 y siguientes RSEIA.

¹⁷⁴ Artículo 9 LBGMA.

requisitos para obtener los permisos ambientales por parte del organismo de la Administración del Estado competente para su otorgamiento. En el segundo, se trata de una actividad de comprobación de la información y análisis de la predicción de impactos y las medidas ambientales propuestas.

El examen que realizan los organismos de la Administración del Estado competentes sobre la información presentada por el titular puede dar origen a aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, las cuales se incorporan en el ICSARA, el cual es respondido por el titular por medio de un documento denominado Adenda.

b) Participación Ciudadana

Participan también en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental de un proyecto ingresado por medio de un EIA, y excepcionalmente por una DIA¹⁷⁵, la ciudadanía, pudiendo ejercer, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 3° del Título II de la LBGMA, los siguientes derechos:

- Informarse sobre el proyecto ingresado al SEIA
- Formular observaciones y que éstas sean ponderadas en la decisión final

La participación ciudadana en el SEIA cumple varias funciones: otorgar legitimación y control de las decisiones públicas, contribuye al cumplimiento de la ley (*enforcement*), disminución de costos de transacción y prevención de captura regulatoria¹⁷⁶, todo lo cual contribuye a una mejor decisión de la autoridad ambiental.

c) El Informe Consolidado de Evaluación

La evaluación de impacto ambiental, en un sentido técnico, concluye con el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), el cual será el antecedente directo de la RCA¹⁷⁷. Se destaca, por tanto, por su carácter instrumental y orientador de la decisión.

¹⁷⁵ Artículo 30 bis LBGMA.

¹⁷⁶ DE LA FUENTE y MORA, 2008.

¹⁷⁷ En este sentido, BERMÚDEZ, 2007:210.

El artículo 9 bis de la LBGMA establece que este informe debe contener los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones formuladas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto.

El problema que presenta este documento es la fuerza vinculante de su contenido para el órgano que adopta la decisión. Si bien nuestro sistema, según se ha señalado, integra en un mismo procedimiento la evaluación de impacto ambiental y la decisión final, el problema persiste por cuanto en definitiva se trata de determinar la vinculación de la opinión técnica, contenida en el ICE, y la decisión final en orden a autorizar la ejecución del proyecto.

¿Puede el órgano que adopta la decisión aprobar un proyecto informado desfavorablemente? ¿Puede rechazar un proyecto informado favorablemente? El artículo 9 bis de la LBGMA señala al respecto que los proyectos que ingresen al SEIA se deberán aprobar o rechazar “sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación *en lo que dice relación con los aspectos normados* en la legislación ambiental vigente”. Luego agrega, en el inciso segundo, que su incumplimiento “se considerará vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental”¹⁷⁸.

No obstante los términos del artículo 9 bis de la LBGMA, nos parece que la solución legislativa al problema de la vinculación del ICE a la RCA favorece el carácter orientador y no vinculante del primero. En efecto, la referencia a los aspectos normados en la legislación vigente, reitera una idea básica de nuestro sistema de fuentes: una decisión jurídica de nivel jerárquico inferior no puede derogar aquellas de un nivel jerárquico superior. En otros términos, una RCA no tienen la aptitud jurídica para modificar los límites establecidos en una norma de

¹⁷⁸ Esta disposición debe ser complementada con el inciso segundo del artículo 13 de la LBPA, que señala “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.”

calidad o de emisión, normas de uso de suelo y prohibiciones en general, como cercanía del proyecto o algunas de sus obras a cauces de río, etc.¹⁷⁹

De este modo, la vinculación limitada que establece la LBGMA del ICE para el órgano decisor constituye un reconocimiento a la discrecionalidad atribuida por legislador al órgano decisor.

¿Para qué sirve entonces el ICE? La falta de fuerza vinculante del ICE, en el sentido recién expuesto, se justifica en atención al carácter holístico del medio ambiente y, en definitiva, político del modelo chileno de evaluación de impacto ambiental. El carácter facultativo del ICE permite adoptar decisiones que, si bien generarán un costo ambiental, se justifican al analizar integralmente los impactos ambientales del proyecto, examen que realiza el órgano decisor¹⁸⁰. No obstante, el ICE cumple una función importante al momento de controlar la decisión. Permite evaluar la coherencia entre la decisión final (RCA) y la evaluación de impacto ambiental¹⁸¹. En este sentido, no es irrelevante el contenido del ICE, por cuanto exige, en caso que la autoridad se pronuncie en contra de la opinión técnica, que la decisión sea adoptada en base a una ponderación de los costos ambientales del proyecto y los beneficios que justifican, no obstante, su ejecución. La coherencia entre el ICE y la RCA exige, al momento de adoptar una decisión en contra de la opinión técnica, que se ofrezcan razones intersubjetivamente válidas para actuar en ese sentido, permitiendo de este modo su control.

¹⁷⁹ En este sentido, la Corte Suprema, en Sentencia de fecha 22 de junio de 2009, Rol N° 1219-2009, conociendo de una acción de protección en contra de la RCA que aprobó el proyecto Campiche, cuestionó la modificación del cambio de uso de suelo vía autorización administrativa (permiso de construcción) y su consecuente aprobación ambiental señalando que *“dadas las características de las obras a ejecutar una central termoeléctrica- en una zona ZR-2, se requería el cambio de uso del suelo a través de la modificación del Plan Regulador, no resultando suficiente la autorización contenida en la Resolución N° 112 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, la cual se dictó en contravención al Plan Intercomunal de Valparaíso en cuanto destinó dicha zona a áreas verdes y recreacionales, y por consiguiente, es ilegal”* (considerando octavo).

¹⁸⁰ En contra, BERMÚDEZ quien considera que no existe un análisis integral del proyecto en el SEIA (2007:211).

¹⁸¹ Volveremos a este punto en el Capítulo 3.

En este sentido, la Corte Suprema dejó sin efecto una resolución que acogía el recurso de reclamación del titular de un proyecto inicialmente rechazado por advertir una incoherencia o falta de congruencia con esta decisión y el mérito del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental. En este caso se discutía la presencia de impactos significativos al valor turístico de la zona donde se emplazaría un proyecto agroindustrial, el cual fue ingresado por medio de una DIA. La autoridad ambiental estimó que la presencia de olores constituía un impacto significativo que requería de medidas ambientales, de manera que correspondía ingresar por medio de un EIA. El Director Ejecutivo de CONAMA desestimó estas consideraciones, frente a lo cual la Corte Suprema señaló¹⁸²:

“Undécimo: Que reclamada la decisión aludida, ante el Director Ejecutivo de la CONAMA, éste tuvo en consideración para desestimar lo resuelto por la COREMA que en su concepto el proyecto se hace cargo de los efectos aludidos por lo que estima que ellos no se generarán. Sin embargo, los antecedentes expuestos demuestran que el proyecto puede influir negativamente en la magnitud del valor turístico de la zona de Casablanca, puesto que los olores que emanen de la planta obviamente tendrán una incidencia significativa en la decisión de los turistas de visitar o no la zona, si no se asegura debidamente el total control del efecto.

Duodécimo: Que teniendo en cuenta lo anterior, existe una alta probabilidad que el proyecto genere el efecto contemplado en el artículo 11 letra e) de la Ley N° 19.300 por lo que ante esa premisa, la autoridad recurrida no pudo acoger la reclamación de que se trata y al hacerlo incurrió en ilegalidad”.

d) Criterios Extra-Ambientales

Una de las críticas más comunes al SEIA se refiere al tratamiento de aspectos extra-ambientales o ajenos a los impactos ambientales del proyecto, como consecuencia de la falta de políticas e instrumentos, lo que lo hace atractivo, si no la única instancia, para discutir este tipo de materias¹⁸³. ASTORGA lo plantea en los siguientes términos

“En nuestro modelo, dada la falta de definiciones específicas y sectoriales de Política Ambiental, así como la indeterminación de los valores o vocaciones ambientales del territorio, genera como consecuencia que este tipo de decisiones le sean requeridas o se discutan en el contexto del SEIA, no siendo ésta la instancia adecuada para tales

¹⁸² Sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de enero de 2011, Rol 4668-2010.

¹⁸³ LAVÍN lo atribuye a la definición amplia de medio ambiente que contempla la LBGMA (2006:7-8). Sin embargo, reducir la definición de medio ambiente sólo elude el problema de la dispersión normativa (y muchas veces vacíos) de nuestra legislación ambiental.

definiciones; lo que genera en definitiva respuestas no idóneas, que finalmente redundan en conflictos ambientales”¹⁸⁴.

El caso paradigmático es la ordenación del territorio, que “emerge como una respuesta del Estado para enfrentar los efectos que tiene el desarrollo de las actividades humanas sobre el suelo”¹⁸⁵. No obstante, nuestra regulación en esta materia “se refiere fundamentalmente al suelo comprendido en áreas urbanas, entendidas como aquellas que se encuentran dentro del límite urbano establecido por el respectivo instrumento de planificación territorial, y tiene por objeto regular principalmente la construcción y la urbanización. Por ello, parte importante de nuestro territorio se encuentra al margen de la regulación que establecen los instrumentos de planificación territorial, principal herramienta que utiliza el Estado para definir el uso de los suelos de nuestro país”¹⁸⁶.

De este modo, la decisión respecto al emplazamiento del proyecto corresponde al titular, quien en muchas ocasiones no cuenta con reglas sobre su compatibilidad con otras actividades humanas que se desarrollan en el área de influencia, generando presiones para el rechazo del proyecto al margen de los impactos ambientales del proyecto.

Por otra parte, el inciso cuarto del artículo 9 ter de la LBGMA incorpora expresamente criterios extra-ambientales en el SEIA al señalar que en la DIA o EIA, según corresponda, se “deberán describir la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal”. El artículo 8 en su inciso cuarto señala, asimismo, que se deben considerar las políticas y planes evaluados estratégicamente. Para estos efectos, se exige el pronunciamiento del Gobierno Regional y la Municipalidad.

Lo anterior demuestra el carácter político del SEIA, en el sentido que constituye una ponderación de bienes: la protección del medio ambiente, la libertad del titular y el desarrollo regional y local. Nuestra conclusión, conviene aclarar, no implica en ningún caso que la autoridad ambiental pueda finalmente decidir al margen de toda consideración ambiental, sino

¹⁸⁴ ASTORGA, 2006:74-5.

¹⁸⁵ DE LA FUENTE, 2006:202.

¹⁸⁶ DE LA FUENTE, 2006:201-2.

todo lo contrario: exige un estándar de fundamentación alto. A nuestro entender, el ejercicio de ponderación de bienes que se da en el modelo chileno de evaluación de impacto ambiental se intensifica por la escasa y dispersa regulación ambiental, especialmente en materia de planificación territorial¹⁸⁷, de manera que debe ser explícito y transparente, a fin que las autoridades asuman la responsabilidad política que corresponda.

2.2.2 Contenido de la decisión

El artículo 24 de la LBGMA señala que el “proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente el proyecto”¹⁸⁸, la cual puede ser favorable o desfavorable para el titular. Será favorable cuando se pronuncie conforme con la información proporcionada durante el procedimiento administrativo de evaluación ambiental y autorice la ejecución del proyecto, certificando el cumplimiento de todos los requisitos ambientales aplicables¹⁸⁹. Será desfavorable, cuando rechace el proyecto. Los motivos del rechazo se encuentran establecidos en la ley, según el proyecto haya ingresado por medio de una DIA o un EIA.

- En caso de una DIA, el rechazo se funda en (i) no se haya respondido satisfactoriamente al ICSARA; (ii) el proyecto requiere de un EIA; (iii) no se haya acreditado el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable¹⁹⁰.
- En caso de un EIA, el proyecto será rechazado en caso que (i) no cumpla con la normativa ambiental aplicable; (ii) no proponga medidas de mitigación, reparación o compensación apropiadas¹⁹¹.

¹⁸⁷ El caso Barrancones es paradigmático en este sentido. El problema, por cierto, no es desconocido en nuestro medio. *Vid.* EYZAGUIRRE, 2006:97; PIZARRO, 2006:14-15.

¹⁸⁸ Conforme a los términos del artículo 9 inciso cuarto, pareciera que el contenido de la decisión es diferente según se trate de una DIA o un EIA. En la primeras se trataría de una mera revisión, mientras que en el segundo de una calificación. No obstante, la nueva redacción del artículo 20 contempla expresamente la posibilidad de imponer condiciones a los proyecto independientemente de su forma de ingreso, lo que excede de una mera revisión.

¹⁸⁹ Artículo 24 inciso segundo LBGMA.

¹⁹⁰ Artículo 19 inciso tercero LBGMA.

¹⁹¹ Artículo 16 inciso final LBGMA.

Adicionalmente, el artículo 25 de la LBGMA contempla la posibilidad de establecer condiciones o exigencias ambientales que el titular deberá cumplir para ejecutar su proyecto y aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales.

En base a lo expuesto, podemos concluir que la RCA es un acto administrativo complejo que presenta un contenido de certificación, autorizatorio y normativo¹⁹².

a) Certificación

Según señalamos anteriormente, conforme al inciso segundo del artículo 24, la RCA favorable, “certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación o restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones pertinentes”.

Corresponde, por tanto, a un “acto de comprobación”, en virtud del cual “la Administración se limita a contrastar el cumplimiento de condiciones impuestas por la norma que debido a su carácter técnico o a su falta de concreción requieren de esta actividad complementaria”¹⁹³.

Esta certificación del cumplimiento de los requisitos ambientales aplicables al proyecto es la consecuencia, como veremos, de la autorización administrativa, por cuanto, da cuenta de su compatibilidad con el interés público, agotando la discusión ambiental y vinculando los resultados de la evaluación de impacto ambiental a los órganos del Estado¹⁹⁴.

b) Autorización

El artículo 10 de la LBGMA establece un listado de proyectos potencialmente riesgosos para el medio ambiente o susceptibles de causar impacto ambiental, requiriendo que cualesquiera que sean los impactos de un proyecto concreto, ingrese al SEIA. El artículo 8 es

¹⁹² Ello no implica que se trate de tres aspectos diferenciables entre cada uno de ellos, sino que se encuentran indisolublemente vinculados entre sí. La distinción se formula para efectos analíticos y a fin de determinar los grados de discrecionalidad presentes en la RCA.

¹⁹³ VILLAR, 1999:81.

¹⁹⁴ Artículo 24 LBGMA.

claro en este sentido al señalar que “sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental”.

Se trata, por tanto, de una técnica autorizatoria, según la cual “la norma jurídica califica determinadas actividades como potencialmente lesivas (o dotadas de una capacidad de incidencia relevante) para los intereses públicos; por ello, subordinan el ejercicio de dichas actividades a un acto de la Administración en el que se comprueba y declara que la modalidad de ejercicio concreto que el particular pretende no produce dicha lesión, o se establecen las condiciones específicas bajo las que puede ser desarrollada para evitarla”¹⁹⁵.

De este modo, quien desee desarrollar alguno de los proyectos indicados en el artículo 10 de la LBGMA deberá ingresar al SEIA y obtener una RCA favorable, en cuyo caso significa que el diseño de su proyecto, en atención a los impactos ambientales que presentará, es compatible con el interés público, ya sea en relación a los estándares ambientales vigentes o porque ocasionará un beneficio mayor al costo que genera.

Por ello, el artículo 21 de la LBGMA establece que ante el rechazo de una DIA o EIA, el titular del proyecto podrá presentar una nueva declaración o estudio, e incluso el inciso tercero del artículo 16 de la LBGMA señala que la resolución que rechace un EIA deberá indicar las exigencias específicas que el titular deberá cumplir, entendemos, en una nueva presentación.

En cuanto autorización administrativa, la RCA presenta las siguientes características:

- Autorización real. Las condiciones personales del titular son irrelevantes para efectos de su otorgamiento, lo que posibilita su transferencia a terceros¹⁹⁶. En este sentido, el RSEIA establece en el inciso tercero del artículo 119 el deber de comunicar el cambio de titular.

¹⁹⁵ SANTAMARÍA, 2002:270.

¹⁹⁶ VILLAR, 1999:83.

- Autorización de funcionamiento. Recae sobre “una actividad que se realiza de modo continuo y con vocación de permanencia en el tiempo”¹⁹⁷. Lo anterior implica fundamentalmente las siguientes consecuencias jurídicas:
 - La RCA se integra al régimen jurídico aplicable a la actividad autorizada¹⁹⁸.
 - La actividad queda sujeta a las potestades de inspección, fiscalización y sanción de la autoridad, creando un vínculo con el titular¹⁹⁹.
 - La RCA puede ser revocada en caso de incumplimiento²⁰⁰.

Asimismo, la RCA se pronuncia sobre los componentes ambientales de los PAS, los cuales serán otorgados en el marco del SEIA en caso que agoten los requisitos que establece la ley para su otorgamiento. De lo contrario, deberá continuar con su tramitación sectorial²⁰¹.

De este modo, el contenido autorizatorio de la RCA comprende dos tipos de pronunciamientos:

- Autorización ambiental general, referida a la compatibilidad del proyecto con el interés público, ya sea en relación a los estándares ambientales vigentes o porque genera un beneficio mayor al costo involucrado²⁰².
- Permisos Ambientales Sectoriales.

c) Normativo

Por último, el artículo 25 dispone que la RCA “establecerá, cuando corresponda, las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo a la legislación deben emitir los organismos del Estado”, las cuales, agrega el inciso segundo, deben “responder

¹⁹⁷ CAMACHO, 2007:425.

¹⁹⁸ CAMACHO, 2007:425.

¹⁹⁹ VILLAR, 1999:84 y CAMACHO, 2007:426; LAGUNA DE PAZ, 2006:72-73.

²⁰⁰ VILLAR, 1999:84 y CAMACHO, 2007:426.

²⁰¹ Artículo 67 RSEIA.

²⁰² Recordemos que el interés público comprometido en el SEIA no es estrictamente ambiental, sino que éste último es sólo un criterio relevante para el ejercicio de ponderación que se requiere para alcanzar un desarrollo sustentable.

a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación”.

Las condiciones o exigencias ambientales que podría exigir la autoridad ambiental son variadas. Por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, podrían referirse a:

- Diseño del proyecto.
- Medidas ambientales adicionales a las propuestas por el titular.
- Monitoreos adicionales o de acuerdo a una metodología diferente a la propuesta por el titular.
- Desarrollar estudios técnicos.
- Presentación de informes periódicos.

Cabe hacer presente que el carácter normativo de la RCA no se agota con su emisión. En efecto, tratándose de una autorización de funcionamiento, según la cual se crea una relación jurídica entre el titular y la autoridad ambiental, es posible que durante la ejecución del proyecto se establezcan nuevas condiciones ambientales que permitan su compatibilidad con el interés público en el tiempo. El artículo 25 quinquies de la LBGMA limita esta potestad señalando que “la Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones”.

2.2.3 La discrecionalidad en la RCA

Según vimos, desde un punto de vista lógico-formal la discrecionalidad se ubica en el supuesto de hecho de la norma jurídico-administrativa, el cual es imperfecto y requiere por tanto ser completado por la Administración para darle operatividad de acuerdo a criterios intersubjetivamente válidos.

La principal dificultad para analizar la discrecionalidad en la RCA es la diversidad de normas que la sustentan. En efecto, se trata de un complejo normativo donde confluyen diversas normas jurídico-ambientales que condicionan su dictación²⁰³, las cuales no presentan siempre la misma estructura. Existen prohibiciones, autorizaciones, cargas, obligaciones, todas ellas con supuestos de hecho más o menos precisos y dirigidas a diversos intervinientes.

Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal prohíbe “la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos en una distancia de 500 metros de los glaciares, medidas en proyección horizontal en el plano”. Se trata de una regla bastante precisa cuyo incumplimiento hace imposible jurídicamente obtener una autorización ambiental y en la cual sólo cabe verificar si se cumplen sus supuestos.

En contraste, el artículo 11 de la LBGMA recurre a una serie de conceptos jurídicos indeterminados para la determinación de impactos significativos, los cuales necesitan de criterios para densificar su contenido y de esta forma hacerlos operativos en cada caso concreto. Por ejemplo, señala que los proyectos deberán ingresar al SEIA por medio de un EIA, y por tanto proponer medidas ambientales adecuadas, cuando produzcan una “alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”²⁰⁴.

No obstante, nos parece que existe genuina discrecionalidad administrativa, en los términos que hemos expuesto anteriormente, en la determinación de las medidas ambientales “adecuadas” para hacerse cargo de los impactos ambientales significativos y el establecimiento de condiciones o exigencias ambientales.

Tratar la discrecionalidad de estos elementos de la RCA es sumamente complejo. En efecto, el establecimiento de medidas ambientales responden a un proceso donde (i) se identificaron los impactos ambientales, (ii) se determinó cuáles de ellos eran significativos, (iii) se analizaron medidas que fuesen adecuadas para “hacerse cargo de ellos”. En lo que respecta a las condiciones o exigencias ambientales, la LBGMA sólo establece como límite que deben

²⁰³ Recordemos que la propia ley señala como objetivo de la evaluación de impacto ambiental determinar si el impacto ambiental del proyecto se ajusta a las normas vigentes.

²⁰⁴ Artículo 11 e) LBGMA.

responder a criterios técnicos expuestos durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Estos elementos de la RCA son los que presentan mayores dificultades al momento de determinar el alcance del control judicial. En efecto, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, como no es posible darle varios significados a la vez podemos decir que en el caso concreto corresponderá dar sólo una solución²⁰⁵, como por ejemplo, que los malos olores provenientes de un plantel de cerdos constituye un impacto significativo al valor turístico de la zona donde esta se emplaza, de manera que requiere ingresar al SEIA por medio de un EIA²⁰⁶.

Sin embargo, las medidas que deba adoptar el titular para hacerse cargo de los malos olores que afectan el valor turístico de la zona caen dentro de un universo amplio de posibilidades, de manera que, como veremos en el Capítulo 3, la autoridad ambiental se encuentra sujeta a un estándar de motivación del acto alto que será clave para efectos del control judicial de la RCA.

2.2.4 Efectos de la decisión

El principal efecto que produce la RCA es consecuencia de su carácter de “autorización de funcionamiento”, en virtud del cual se integra al régimen jurídico aplicable a la actividad calificada ambientalmente. En este sentido crea una relación jurídica entre el titular y la Administración²⁰⁷ donde “en todo momento puede acordar lo preciso para que la actividad se ajuste a las exigencias del interés público a través de una continuada función de policía, que no se agota con el otorgamiento de la licencia, sino que permite acordar el establecimiento de medidas correctoras y la revisión de éstas cuando se revelen ineficaces”²⁰⁸. En este sentido, el artículo 25 quinquies de la LBGMA señala

²⁰⁵ IGARTUA, 1996:553, quien aclara que ello no significa que sólo *tengan* una solución posible, como sugiere la teoría de la única solución correcta.

²⁰⁶ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de enero de 2011, Rol 4668-2010.

²⁰⁷ Sobre los problemas que se han planteado respecto a los efectos de la RCA, *vid.* GUZMÁN, 2004; EYZAGUIRRE, 2006; y CORREA, 2006.

²⁰⁸ LAGUNA DE PAZ, 2006:73.

“Artículo 25 quinquies.- La **Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada**, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, **cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.**

Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880.

El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20²⁰⁹.

Asimismo, en la medida que agota la discusión ambiental del proyecto y en base al contenido certificatorio analizado anteriormente, vincula a los organismos del Estado competentes en los siguientes términos:

- Si la RCA es favorable, dice el inciso segundo del artículo 24 de la LBGMA, ningún organismo del Estado podrá negar las autorizaciones ambientales pertinentes.
- Si la RCA es desfavorable, agrega el inciso tercero de la misma disposición, los organismos del Estado quedarán obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones.

Por último, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 ter de la LBGMA, comienza a correr el plazo de cinco años, contados desde su notificación, para que el titular de inicio a la ejecución del proyecto o de lo contrario su inactividad es sancionada con la caducidad de la RCA.

²⁰⁹ Este artículo, incorporado por la Ley 20.417, viene a solucionar un problema crítico de la Ley 19.300: no existían procedimientos para enfrentar aquellos impactos ambientales que no evolucionaban de acuerdo a lo pronosticado. En efecto, la regulación anterior descansaba, no sin cierta ingenuidad, que el pronóstico en el cual se fundamentaba la RCA sería siempre correcto. En definitiva fue la CGR en el Dictamen 20.477 de 2003 la que estableció criterios de revisión de la RCA. Un análisis exhaustivo de este problema en SEPÚLVEDA (2008a y 2008b).

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTROL JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Hemos revisado el proceso de gestación de la resolución de calificación ambiental y quienes intervienen en él, concluyendo que se trata de un procedimiento complejo que involucra una gran cantidad de información que sirve de sustento para la decisión final. En este contexto, no causaría mayor sorpresa que la actitud de un juez frente a ello sea de perplejidad. ¿Cómo controlar?

La actitud de nuestros tribunales, quienes se han enfrentado a este dilema fundamentalmente al conocer acciones constitucionales de protección, ha sido confiar, sin más, en el criterio de la autoridad ambiental²¹⁰ o esperar que los efectos ambientales ocurran en la realidad²¹¹. Pero dicho enfoque es claramente insuficiente.

En una primera aproximación al tema es importante destacar que no sería posible para el juez reproducir el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, por cuanto su intervención no tiene por objeto alcanzar la mejor decisión posible, sino que cumple un rol de garantía de

²¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 08 de enero de 2009, Rol 6397-2008, donde señala que “el proceso de evaluación de impacto ambiental a que fue sometido el proyecto en cuestión y que concluyó en las Resoluciones N° 380 y 390, implicaron la imposición a su titular de una serie de **condiciones y exigencias que, conforme a lo resuelto por la Corema X Región, apuntan a eliminar los efectos adversos de las obras que se pretenden construir**” (considerando 7°, énfasis agregado). En definitiva, lo resuelto por la Corte Suprema al conocer de este recurso de protección es simplemente confiar en el criterio de la autoridad ambiental.

²¹¹ En este sentido, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de fecha 22 de enero de 2008 Rol 385-2007 y 411-2007 (acumulados), confirmada por la Corte Suprema con fecha 27 de mayo de 2008 Rol 856-2008, quien “hace presente la reiterada jurisprudencia nacional en términos de no afectar la garantía constitucional del numeral octavo del artículo 19 de la Constitución Política de la República, atento a no existir relación causal con una resolución de calificación ambiental; lo anterior, por cuanto **no se ha producido, por el acto administrativo, una situación de resultado material que provoque una contaminación en el medioambiente.**” Este criterio de la Corte hace imposible un control de la actividad de la administración, limitando la acción de protección sólo a las vías de hecho, esto es, aquellas conductas desarrolladas sin autorización.

derechos²¹². Como apuntan PIEROTH y KREMM, “la tutela judicial no consiste [...] en adoptar una decisión primaria, sino en un control secundario cuyo único parámetro son la Ley y el Derecho”²¹³.

De este modo, el problema no dice relación con la complejidad técnica de la decisión, sino que con el respeto al marco jurídico de actuación que tiene la Administración. Por ello, así como el juez no puede renunciar a ejercer un control jurídico de la actividad de la Administración, el Legislador no puede renunciar a otorgar potestades con una densidad normativa mínima que permita este control²¹⁴. Potestad y control jurídico son, de este modo, dos caras de una misma moneda²¹⁵.

Lo anterior tiene importantes consecuencias. Por una parte, una vez resuelto que no es posible concebir una idea de imperio de la ley sin la presencia de un control judicial de la

²¹² En este sentido, y referido a la acción de protección, la Corte Suprema señaló en su Sentencia de fecha 30 de mayo de 2005, Rol N° 1853-2005 (Caso Celco) que “a través del presente recurso se pretende que los Tribunales de Justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la Corema Xª Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la resolución de calificación ambiental, **siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la Carta Fundamental**, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo.” (considerando 10º) Un análisis de este caso, desde la óptica de los problemas del control de la discrecionalidad administrativa en CORDERO, 2005b.

²¹³ Citado por BACIGALUPO, 1997:68 en nota 66.

²¹⁴ Aún más, en nuestra doctrina FERRADA ha señalado que “la configuración adecuada de las potestades exorbitantes de la Administración y su control, para que no devengan en arbitrarias, exigen un sistema eficaz de justicia administrativa, sin la cual no está plenamente asegurado el Estado de Derecho” (2007: 88-89). MORAGA, por su parte, sostiene que “la Justicia Contenciosa-Administrativa permite reconocer y aseverar que la Administración del Estado se encuentra sometida a Derecho” (2004:111).

²¹⁵ En este sentido BACIGALUPO, “Dado que, como se acaba de recordar, las *normas de conducta*, dirigidas a la Administración, son siempre a la vez *normas de control*, dirigidas al juez contencioso-administrativo, existe, según este punto de vista, una necesaria correlación entre la densidad de la programación normativa de la actuación administrativa y la intensidad de su control judicial.” (1997:82) Cursivas en el original.

Administración, lo que en términos subjetivos se traduce, como veremos, en un derecho fundamental a la acción o tutela judicial efectiva, la atención se centra en (i) la constitucionalidad de la atribución de la potestad discrecional, en cuanto su configuración permite dicho control o no; y (ii) el control del ejercicio de la discrecionalidad, lo que supone que existan parámetros jurídicos por medio de los cuales los jueces pueden realizar esta labor²¹⁶.

El control constitucional de la *atribución* legal de potestades discrecionales ha sido tratado en el derecho comparado por BACIGALUPO, cuyas reflexiones y conclusiones estimamos replicables en nuestro país. En términos generales, este autor centra su argumento en el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española²¹⁷. La idea principal es la siguiente: si el control jurídico se encuentra indisolublemente unido a la densidad normativa de las potestades que atribuye el Legislador a la Administración, en la medida que éste no sea posible por no encontrarse suficientemente especificada la potestad discrecional, imposibilita su control posterior por medio de criterios jurídicos, tornándose por tanto en inconstitucional al no permitir una tutela judicial efectiva para los ciudadanos²¹⁸.

El control del *ejercicio* de la discrecionalidad otorgada a la Administración será posible, entonces, según las disposiciones legales pertinentes contengan un mínimo de parámetros *jurídicos* por medio de los cuales el juez pueda revisar la decisión final²¹⁹. Para ello nos proponemos en este capítulo construir un sistema de impugnación de la RCA considerando las reformas recientes tanto al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental como a la creación de los Tribunales Ambientales.

²¹⁶ En este sentido, BACIGALUPO (1997).

²¹⁷ Dicha disposición señala “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

²¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA ha calificado como un “cambio de paradigma” de lo contencioso administrativo su conceptualización desde la óptica de la tutela judicial efectiva (2007:131-132). Sobre la evolución del control judicial de la Administración desde la óptica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, PADROS y ROCA, 1995.

²¹⁹ Hasta donde tenemos noticia, la constitucionalidad de las potestades otorgadas a la Administración en el marco del SEIA no ha sido cuestionada por nuestra doctrina ni tampoco en tribunales. Sin embargo, creemos que estas consideraciones al menos exigen una lectura cuidadosa del texto de la LBGMA y un estándar de motivación de la RCA que permita su control judicial.

Este capítulo ha sido estructurado de la siguiente manera. En primer término, se exponen las bases positivas del control judicial de la resolución de calificación ambiental, esto es, las disposiciones constitucionales y legales en base a las cuales es posible construir un sistema de impugnación de la RCA. Posteriormente, se presentan estándares de control judicial de la actividad de la Administración del Estado y su aplicación al control de la RCA. Finalmente, se expone un análisis de los límites del control judicial.

3.1 Bases Positivas del Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental

Las bases positivas del control judicial de la RCA se encuentran en la CPR, la LOCBGAE, LBPA, la LBGMA y próximamente el PLTA. Las disposiciones pertinentes de dichos cuerpos legales pueden ser sistematizadas en base a la función que cumplen para configurar el control de la actividad administrativa. Por una parte, existen disposiciones que otorgan el derecho para acudir a un organismo independiente e imparcial para la determinación de los derechos afectados (derecho a la acción). Otras establecen el supuesto principal para activar la reacción del ordenamiento jurídico: la frustración de expectativas normativas debido a la decisión de la Administración (presencia de un afectado). Finalmente, existen disposiciones que tiene por objeto permitir la revisión judicial de la actividad administrativa por medio del examen de las razones que justifican la decisión (deber de motivación).

En forma previa, recordemos que la RCA siempre será susceptible de ser impugnada por medio de la acción de protección²²⁰ y la acción de nulidad de derecho público, cuyo conocimiento es competencia de los tribunales ordinarios²²¹. Sin embargo, nuestro trabajo se centrará en la intervención de los Tribunales Ambientales, de manera que el sistema de impugnación de la RCA que se propone a continuación se refiere sólo a aquellas materias que conocerán estos tribunales especiales dentro del SEIA, de acuerdo al PLTA.

²²⁰ En nuestra doctrina, se ha criticado fuertemente el uso de la acción de protección como contencioso-administrativo (BORDALÍ y FERRADA, 2008:209-233). En materia ambiental, se puede consultar el caso Itata en GALINDO, 2003 donde se discute la idoneidad de la acción de protección para revisar judicialmente la RCA.

²²¹ Una presentación de las vías de impugnación de la RCA en BARROS, 2009.

3.1.1 Derecho a la acción

Nuestra Constitución Política no establece expresamente ninguna disposición que establezca un derecho a la acción en los términos en que se encuentra en el derecho comparado²²². No obstante lo anterior, BORDALÍ y FERRADA han planteado una construcción de este derecho a partir del inciso primero del artículo 19 N° 3 de la Constitución, el cual asegura “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, lo que vendría a significar que “aquellos ciudadanos que sufran una vulneración o afectación a sus derechos, pueden siempre recurrir a los tribunales que establece la ley para pedir la tutela para esos derechos”.

La LBGMA y el PLTA regulan el derecho a la acción respecto de algunos actos administrativos y, en general, en forma indirecta. En efecto, salvo el caso de la invalidación, la competencia de los tribunales ambientales se encuentra sujeta a la impugnación previa del acto por medio de un recurso de reclamación administrativo.

El PLTA otorga a los Tribunales Ambientales competencia para conocer diversas impugnaciones judiciales en contra de actos administrativos relacionados con el SEIA. En efecto, el artículo 16 del PLTA señala lo siguiente:

Artículo 16.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

- 5) Conocer de la **reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300**. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.
- 6) Conocer de las **reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental**, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

²²² BORDALÍ y FERRADA, 2008: 138-39.

8) Conocer de las **reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental**. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión de carácter formal que emita un organismo de la Administración del Estado, con competencia ambiental, que contenga el ejercicio de una potestad pública y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido.

Como es posible apreciar, la disposición bajo la cual se estructura la acción judicial de revisión de la RCA es el artículo 20 de la LBGMA, el cual establece una reclamación administrativa para el Titular del proyecto en contra de la RCA que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una DIA. En el caso de un EIA, en contra de la RCA que rechace o establezca condiciones o exigencias. Sólo en contra de lo resuelto en la reclamación administrativa, se concede una acción judicial para que el Tribunal Ambiental conozca del asunto.

Las reglas establecidas para la reclamación administrativa y judicial del titular del proyecto, son luego referidas en el artículo 29 de la LBGMA respecto de la reclamación de quienes hayan formulado observaciones durante el proceso de participación ciudadana sin que hayan sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, y el acto administrativo que realiza la revisión de la RCA conforme al artículo 25 quinquies de la LBGMA.

Por último, el PLTA establece reglas especiales para la revisión del ejercicio de la potestad invalidatoria que establece la LBPA en su artículo 53 respecto de “actos administrativos de carácter ambiental”, como lo es la RCA, fijando el plazo de prescripción de la acción y su caducidad una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos.

3.1.2 Presencia de un afectado

Según vimos al inicio de este trabajo, el fundamento del control público es la defraudación de una expectativa normativa, en términos tales que afecte la proyección de nuestra acción impidiendo alcanzar los resultados legítimos deseados al momento de adoptar una decisión particular.

Si consideramos que el ordenamiento jurídico reacciona ante la frustración de expectativas normativas, es necesario que, para poner en movimiento la jurisdicción, exista un “defraudado”, esto es, alguien que se encuentre afectado por la decisión. En otros términos, las desviaciones requieren cierta relevancia a fin de justificar los efectos de una sentencia que anule la decisión adoptada por otro órgano del Estado.

De este modo, lo que motiva la reacción del sistema jurídico no es sólo lo inesperado, en el sentido que aquello que no se encuentre “dicho” en el ordenamiento jurídico vigente. Si el fundamento del imperio de la ley es la autonomía personal, se requiere también que esa desviación afecte una expectativa normativa en base a la cual fue elaborado un plan de acción, esto es, que exista un afectado²²³.

Nos parece que esta idea se encuentra recogida por la Constitución Política en su artículo 38 inciso segundo cuando establece 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 daño”.

Parte de nuestra doctrina considera que esta disposición establece un sistema de garantía de derechos, siguiendo el modelo alemán. Así, CORDERO, señala que “...el derecho reclamado

²²³ Nuestros tribunales, tratándose de la acción de protección en materia ambiental exigen un grado de afectación extremo: la presencia de impactos en el medio ambiente. En este sentido, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de fecha 22 de enero de 2008 Rol 385-2007 y 411-2007 (acumulados) ya referida.

por el recurrente es un derecho material que, como tal, no constituye sólo un estímulo para la puesta en marcha del proceso judicial, sino su principal fin de protección”²²⁴.

No obstante, BORDALÍ y FERRADA han objetado esta interpretación haciendo presente algunos inconvenientes que presenta frente al ordenamiento jurídico chileno. Por una parte, estiman que “supone una lectura determinada del artículo 38 inciso 2º CPR que no tiene fundamento alguno en los antecedentes históricos del precepto, ni en la discusión posterior que se generó para su reforma en 1989. En segundo lugar, implica establecer una prohibición constitucional expresa para la jurisdicción de conocer un contencioso administrativo de carácter objetivo, lo que tiene un impacto en el ordenamiento jurídico chileno, donde al menos algunos contenciosos-administrativos están diseñados de forma objetiva o al menos prescindiendo de la infracción de un derecho subjetivo o un interés legítimo para su configuración”²²⁵.

Por nuestra parte, estimamos que los inconvenientes apuntados por estos autores no son convincentes. Respecto a las objeciones históricas, siguiendo a ALDUNATE, estimamos que el origen histórico de las disposiciones constitucionales sólo constituye un punto de referencia para el trabajo interpretativo, pero en ningún caso lo agota²²⁶. Y, en este sentido, existe consenso en nuestra doctrina que el origen histórico del inciso segundo del artículo 38 CPR fue la declaración de incompetencia de los tribunales ordinarios ante lo contencioso-administrativo²²⁷, viniendo entonces esta disposición a reforzar una idea que nuestros tribunales no encontraban suficientemente clara en un momento histórico determinado, y que pareciera ya estar superado.

Y respecto a la objeción de constitucionalidad, estimamos que el ordenamiento jurídico sub-constitucional no es un espejo de la Constitución, sino que se construye en base a ella. La Constitución establece mínimos inviolables, pero en ningún caso prohíbe aumentar el grado de protección de derechos, como sería el caso de una ley que amplíe los supuestos de impugnación

²²⁴ CORDERO, 2005a:331. Cabe hacer presente que el análisis de esta disposición por nuestra doctrina no se agota con esta interpretación, según dan cuenta BORDALÍ y FERRADA, 2008:140-44. No obstante, es ésta, el establecimiento de un sistema de protección de derechos, la que nos parece más convincente.

²²⁵ BORDALÍ y FERRADA, 2008:142.

²²⁶ ALDUNATE 2008:110.

²²⁷ MUÑOZ, 2007; BORDALÍ y FERRADA, 2008:144.

de un acto administrativo. En este sentido, el alcance del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución es establecer que *por lo menos* tratándose de derechos, su lesión habilita al afectado para acudir ante un tribunal solicitando su protección, pero no es posible concluir de ello que exista una *prohibición* de otorgar mayor protección a nivel legal, como sugieren BORDALÍ y FERRADA.

En el marco del SEIA, la LBGMA establece tanto los afectados como la forma de afectación. Naturalmente el titular del proyecto podrá impugnar la RCA, en los términos que establece el artículo 20, donde se distingue según el proyecto haya ingresado al SEIA por medio de una DIA o un EIA.

Tratándose de una DIA, la forma de afectación consiste en que la Administración haya negado lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias ilegítimas para la ejecución del proyecto. Y en el caso de un EIA, la RCA será impugnable cuando rechace o establezca condiciones o exigencias ilegítimas al proyecto.

El artículo 29 de la LBGMA regula esta materia respecto de quienes hayan participado en el proceso de participación ciudadana del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, señalando que

“Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”.

Este requisito excluye que quienes no hayan participado en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental puedan posteriormente impugnar la RCA a fin de solicitar la incorporación de sus intereses en la decisión. La razón es simple: el momento oportuno para ello es el procedimiento administrativo, en cuya regulación se establecen mecanismos para conocer de su inicio y participar haciendo valer sus intereses. Asimismo, en el control judicial que realiza el juez, no se busca una nueva decisión que sea mejor que la anterior, sino sólo revisar el sometimiento al Derecho de ésta.

Finalmente, recordemos que el acceso a la justicia ambiental se establece indirectamente, los afectados deben recurrir en primer término por medio de las reclamaciones administrativas pertinentes, y luego, en caso de un resultado negativo, interponer la reclamación judicial.

3.1.3 Deber de motivación

Esencial para todo control jurídico es conocer las razones que tuvo en consideración la Administración al adoptar su decisión²²⁸. Sólo de esta forma es posible garantizar que la decisión no tenga sustento en el mero capricho de la autoridad²²⁹, sino que tiene un respaldo en el ordenamiento jurídico vigente²³⁰.

Este deber de motivación, conviene aclarar, no se satisface con enunciar o señalar los antecedentes que *explican* la decisión, sino que debe proporcionar razones intersubjetivamente válidas que la *justifiquen*. En este sentido, señala IGARTUA, “[s]i contra el riesgo de la arbitrariedad no se conoce otro antídoto que la *motivación*, a ésta habrá que considerarla como sinónimo de *justificación* (aducir buenas razones en favor de una decisión) y no – por mucho que sea habitual – como si fuera la *descripción* de las razones/motivos que han inducido a un sujeto a decidir algo...”²³¹

²²⁸ Una opinión distinta, y a nuestro juicio insostenible, tuvo la Corte Suprema en su Sentencia de fecha 17 de junio de 2008, Rol 4178-2008, (Caso “Metrogas”), donde rechazó un recurso de protección por extemporáneo contabilizando el plazo desde la sesión de la COREMA y no desde la notificación de la Resolución de Calificación Ambiental, que es el instrumento donde la autoridad expresa las razones por las cuales adopta una decisión. Lo anterior no sólo hace imposible todo control jurídico de los actos administrativos, sino también es derechamente ilegal: el inciso séptimo del artículo 3 de la LBPA señala que “las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y **se llevan a efecto** por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente”, esto es, no nacen a la vida jurídica sin la respectiva resolución.

²²⁹ En este sentido, nos dice FERNÁNDEZ “si no hay motivación que lo sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal” (2006:96). GARCÍA DE ENTERRÍA, por su parte, sostiene que el deber de motivación descansa en la legitimidad de ejercicio de los gobernantes (2000:156-157).

²³⁰ Así lo dispone, por lo demás, el inciso primero del artículo 6 de la CPR: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...”

²³¹ IGARTUA, 1998:77.

La importancia de la motivación del acto administrativo ha sido destacada en nuestra doctrina. Así, MORAGA la estima “funcional al autocontrol de la propia administración y a la protección de los derechos de los ciudadanos al facilitar al órgano jurisdiccional verificar la juridicidad íntegra del acto administrativo”²³². CAMACHO, por su parte, señala que “la expresión de razones de la decisión administrativa coadyuva al conocimiento de cómo la Administración ha usado de su autoridad y de su potestad, lo que resulta un aspecto central para la limitación del poder y su sujeción dentro de los cauces democráticos que exige el Estado constitucional, haciendo realidad el Estado material de Derecho frente al Estado formal de Derecho”²³³.

Estas ideas se encuentran recogidas en diversas disposiciones. A nivel constitucional, el artículo 8° de la Constitución, que consagra el principio de transparencia, señala que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, lo que se expresa respecto de la Administración del Estado en el inciso segundo del artículo 13 de la LOCBGAE y el artículo 3 de la Ley 20.285 sobre Acceso a Información Pública en los siguientes términos:

“La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el *conocimiento* de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

La LBPA establece en el inciso segundo del artículo 11, como contenido del principio de imparcialidad, lo siguiente:

“Los *hechos y fundamentos de derecho* deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Finalmente, el artículo 41 de la LBPA establece en su inciso cuarto que “las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”. Al respecto, se ha señalado en nuestra doctrina que “la fundamentación exige de la administración una precisión intelectual específica entre los hechos que dan motivo al acto, el derecho en que se funda y la lógica subsunción de la

²³² MORAGA, 2007:282-3.

²³³ CAMACHO, 2010:49.

decisión orgánica administrativa”²³⁴. Es lo que en la doctrina española se conoce como motivación²³⁵ y que la CGR estableció como contenido del acto administrativo en su dictamen N° 33.006 de 1984²³⁶. Distintos son los “motivos” los cuales “forman parte de la sustancia del acto y constituyen los eslabones que permiten comprender el *fundamentum decidendis*, generando las razones justificatorias de la decisión administrativa”²³⁷.

La distinción es relevante, por cuanto según apunta CAMACHO, la Contraloría General de la República “sólo ha representado la ilegalidad de los actos administrativos cuando éstos carecen de fundamentos (motivos) plausibles y suficientes, mas no cuando ellos adolezcan de omisión de la motivación en el propio acto”, lo que de acuerdo a esta autora es concordante con la regla que establece el artículo 13 de la LBPA respecto a los supuestos en los cuales los vicios de forma de un acto administrativo afectan su validez: que se trate de un requisito esencial y que genere perjuicio²³⁸.

No obstante, esta afirmación debe ser matizada tratándose del ejercicio de potestades discrecionales. En efecto, la CGR en su dictamen 7.444 de 2011 ha señalado que “la dictación de actos que, como ocurre en la especie, corresponden al ejercicio de potestades discrecionales, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto asegurar que los actos de la Administración no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las

²³⁴ MORAGA, 2007:283-84. Debemos precisar, claro, que tratándose del ejercicio de potestades discrecionales la decisión final no será la única posible, sino alguna de aquellas indiferentes jurídicamente.

²³⁵ CAMACHO, 2010:53.

²³⁶ Citado por MORAGA, 2010:223.

²³⁷ CAMACHO, 2010:53. *Cursivas en el original.*

²³⁸ CAMACHO, 2010:53. Sobre los vicios de forma del acto administrativo, la CGR en su Dictamen 23.935 de 2010 ha señalado que “conviene tener presente que el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 19.880, dispone 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, por ende, para que el vicio alegado permita invalidar un acto administrativo, debe influir decisivamente en la resolución adoptada por el órgano emisor, esto es, si de haberse cumplido en la forma prescrita por la ley hubiese llevado a la Administración a manifestar su voluntad en un sentido diverso al expresado, conforme con el criterio contenido en el dictamen N° 9.928, de 2007, de esta Entidad de Control.”

respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren ajustados al ordenamiento jurídico vigente”.

Por su parte, la Corte Suprema se ha pronunciado en idéntico sentido expresando que “para no incurrirse en arbitrariedad, la decisión discrecional ‘debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera’. Desde luego, ‘en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión’. Por lo dicho anteriormente es que la Administración está obligada a aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifiquen”²³⁹. Asimismo ha señalado que “aun tratándose del ejercicio de una atribución discrecional o facultativa de la administración, como es la relativa a conceder el beneficio de la libertad condicional a quienes cumplen con los requisitos previstos por la ley para acceder al mismo, esta potestad debe concluir con una decisión debidamente fundada, por aplicación del principio de la imparcialidad establecido en el artículo 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°19.880 del año 2003, que exige que los actos administrativos deben ser motivados, esto es, se deben señalar los hechos y fundamentos en que se sustentan”²⁴⁰.

3.2 Estándares de Control Judicial

Los estándares de control judicial son aquellos parámetros que utiliza el juez para examinar el ejercicio de una potestad pública y evaluar si se ajusta a Derecho. En nuestra doctrina, el establecimiento de parámetros de control judicial se ha desarrollado fundamentalmente por medio de la construcción dogmática de la nulidad de derecho público, específicamente con la determinación de los vicios que afectan a un acto administrativo²⁴¹. Así,

²³⁹ Sentencia Rol 16.790 de fecha 19 de mayo de 1991 (considerando noveno), donde hace suya la doctrina del Tribunal Supremo de España que cita al efecto.

²⁴⁰ Sentencia Rol 612 de fecha 05 de mayo de 2008 (considerando segundo).

²⁴¹ Es este el acercamiento que dan a la discrecionalidad administrativa PIERRY, 1984; y CALDERA, 1989. GONZÁLEZ-VARAS (2002) presenta algunos criterios utilizados en el derecho

se reconoce ampliamente como motivos de nulidad la ausencia de investidura regular del titular del órgano, la incompetencia del órgano, vicio de forma y procedimiento, violación de la ley o ilegalidad, y desviación de poder²⁴².

Sin embargo, la distinción entre potestades regladas y discrecionales demuestra que en aquellos casos donde el Legislador ha establecido un margen de apreciación para la Administración en el cual es posible, jurídicamente, más de una decisión, los criterios expuestos se tornan insuficientes a la hora de ejercer el control del ejercicio de la discrecionalidad, por cuanto se refieren a los elementos reglados de la potestad discrecional²⁴³.

Asimismo, una lectura de las disposiciones legales pertinentes sólo permitiría concluir que la Administración tenía un margen de decisión, de manera que mientras se haya dado cumplimiento a los elementos reglados de la potestad discrecional, no sería posible ir más allá. Esta conclusión, sin embargo, no es aceptable. La actividad de la Administración se encuentra programada por normas de diversos tipos que no sólo indican qué es lo que debe hacer, sino también aquello que le está vedado, siendo el caso paradigmático el respeto por los derechos fundamentales.

De este modo, la flexibilidad con que el Legislador determina las potestades discrecionales ocasiona un problema complejo al juez al momento de revisar si la Administración ha actuado dentro de los límites que el Legislador ha establecido. La actividad del juez se dirige a determinar si se trata o no de una decisión comprendida dentro de las alternativas posibles jurídicamente, las cuales no están dichas por el Legislador.

norteamericano para controlar la discrecionalidad administrativa en materia ambiental. Sin embargo, se trata de exposición meramente descriptiva, sin realizar un análisis sobre su aplicación al derecho chileno.

²⁴² Por todos, JARA, 2004:227.

²⁴³ Creemos que a esto apunta FERNANDOIS cuando señala que “potestades altamente discrecionales [...] exigen una revisión judicial más prolija del Tribunal de Protección, particularmente en lo referido a la justificación racional del acto” (1998:248).

En el mensaje del PLTA se establecían estándares de control judicial en concordancia con el Protocolo de Acuerdo y que recogían la experiencia comparada sobre la materia²⁴⁴. No obstante, durante su discusión parlamentaria se eliminó toda referencia a estos estándares. En efecto, el texto aprobado por el Senado establece en el artículo 28 como supuesto para acoger la demanda que “no es conforme a la normativa vigente”, en cuyo caso “anulará total o parcialmente...” el acto administrativo y “dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación administrativa”.

La eliminación de los estándares de control judicial en el PLTA deja abierto el problema del control judicial del ejercicio de potestades discrecionales y lo intensifica generando una mayor tensión. En efecto, la composición mixta del tribunal incentiva a una menor deferencia institucional, y en contrapartida, un mayor activismo judicial. La omisión de estándares de control judicial en la ley entrega la solución de esta tensión a los Tribunales Ambientales, quienes deberá establecer jurisprudencialmente los límites al control judicial que ejercerán sobre actos administrativos de carácter ambiental, tanto en su extensión como resultado.

En el derecho comparado, conscientes de esta tensión, se han propuesto una serie de estándares de control para el ejercicio de potestades discrecionales, tales como el de razonabilidad, racionalidad, desviación de fin, abuso de poder, arbitrariedad, entre otros²⁴⁵. Sin embargo, es característico en gran parte de ellos su generalidad, lo que hace difícil precisar cuándo la decisión no satisface dicho parámetro. Por ejemplo, el estándar de razonabilidad

²⁴⁴ El mensaje señalaba los siguientes estándares: (a) estándar de legalidad; (b) estándar de razonabilidad, para lo cual el tribunal debía (i) verificar que el acto no haya sido dictado de manera arbitraria o caprichosa, (ii) que no haya sido dictado en abuso de su poder discrecional, (iii) que no haya violentado ningún derecho o garantía constitucional, (iv) que no haya actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas, (v) no haya actuado con desviación de fin o de poder, (vi) que los supuesto de hecho sobre los cuales descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo; (c) estándar de procedimiento e información, referido al cumplimiento del procedimiento administrativo, que el acto se encuentre respaldado mediante pruebas sustanciales y que disponga de información técnica adecuada.

²⁴⁵ DESDENTADO, 1999:210-252; KÜNNECKE, 2007:83-136.

termina inevitablemente en la búsqueda de criterios para discriminar entre aquellas decisiones que son razonables o no²⁴⁶.

No obstante, a nuestro juicio existen dos parámetros que presentan un grado de especificidad mayor y que por ello estimamos relevantes y útiles para la labor de los Tribunales Ambientales. Se trata de los parámetros de coherencia de la decisión y proporcionalidad, los cuales pasamos a revisar a continuación²⁴⁷.

3.3.1 Coherencia de la decisión

La coherencia de la decisión se compone de dos sub-estándares: coherencia con la práctica administrativa previa, cuyo fundamento es la igualdad ante la ley; y la coherencia interna de la decisión, lo que implica a su vez un estándar de fundamentación.

a) Coherencia con la práctica administrativa previa²⁴⁸.

Este estándar tiene su fundamento en la igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, en cuanto señala “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia Rol 467 ha señalado al respecto

“QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que la igualdad ante la ley, como también lo ha señalado también esta Magistratura en diversos pronunciamientos, “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las

²⁴⁶ La fórmula inglesa, atribuida a Lord Greene en el caso *Wednesbury* de 1948, es tal vez paradigmática en este sentido. De acuerdo a esta fórmula se excluye la razonabilidad cuando se trata de una decisión “tan absurda que ninguna persona sensata podría pensar que la autoridad administrativa está autorizada a adoptarla”. DESDENTADO, 1999:233-241; SÁNCHEZ, 1994, 69-73. KÜNNECKE, comentado este criterio señala que “the meaning of ‘unreasonable’ is sometimes described as extreme behaviour, such as acting in bad faith, taking inappropriate considerations into account or strictly acting irrationally. Less technically, it has been described as a decision which evokes the remark: ‘my goodness, that is certainly wrong!’” (2007: 93-94).

²⁴⁷ Así como los límites intrínsecos del control judicial se encuentran en la configuración de las potestades públicas, los estándares de control judicial pueden ser entendidos como estándares de motivación del acto administrativo. Este es el enfoque que adopta CAMACHO al referirse a “criterios de razonabilidad” (2010:58-62).

²⁴⁸ CAMACHO identifica este estándar como el criterio orientador de razonabilidad de “principio de universalidad” (2010:59).

mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes” (Rol 219, 31 de julio de 1995). A su vez, como ha consignado la Corte Suprema, “por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias” (Rol 16.227, 12 de julio de 1991);”

La igualdad ante la ley impone, de este modo, un trato similar a aquellos proyectos de similares características. Las decisiones que haya adoptado la autoridad con anterioridad la vinculan para aquellos proyectos similares, salvo que justifique adecuadamente el cambio de criterio.

Este sub-estándar tiene especial importancia tratándose de las condiciones o exigencias ambientales que se establezcan para la ejecución de un proyecto de conformidad a lo establecido en el artículo 25 de la LBGMA. En efecto, no sería coherente que la autoridad ambiental exija un monitoreo a un proyecto ubicado en el mismo sector que otro de las mismas características que no debe cumplir con ello.

En este sentido, SCHIMIDT señala que “los órganos aplicadores de la ley están obligados, también allí donde – por acabarse los requisitos del supuesto de hecho normativo establecido en la ley – disponen de una cierta libertad de actuación (sea en forma de ‘conceptos legales indeterminados’, sea en forma de ‘habilitaciones discrecionales’), a desarrollar de entrada un determinado programa de aplicación de la ley y a mantenerlo en el tiempo mientras no concurran razones objetivas que justifiquen su modificación”²⁴⁹.

Este criterio es consecuencia de la localización de la discrecionalidad en la imperfección del supuesto de hecho de la norma jurídico-administrativa, en la medida que requiere, por parte de la Administración, la determinación de criterios para su aplicación, los cuales, por aplicación del derecho a la igualdad ante la ley, deben ser mantenidos en casos futuros que presenten características similares, salvo que existan razones para cambiar la regla.

²⁴⁹ Citado por BACIGALUPO, 1997:186-87.

b) Coherencia interna de la decisión.

La coherencia interna de la decisión, por su parte, exige que exista una congruencia entre la decisión y la información que le sirve de sustento²⁵⁰. En otros términos, “que de los hechos determinantes (premisas) puede derivarse la conclusión a la que ha llegado la Administración y que, por tanto, la decisión cumple con los requisitos de la lógica formal”²⁵¹.

Para estos efectos será relevante el contenido del ICE, el cual da cuenta de los resultados de la evaluación de impacto ambiental y debe ser considerado por el órgano decisor al momento de calificar ambientalmente el proyecto. En efecto, según vimos anteriormente²⁵², en caso que la autoridad se pronuncie en contra de la opinión técnica, la coherencia entre el ICE y la RCA exige que se ofrezcan razones intersubjetivamente válidas para actuar en ese sentido, permitiendo de este modo su control²⁵³. Por ello, no es irrelevante el contenido del ICE, ya que exige, en caso que la autoridad se pronuncie en contra de la opinión técnica, que en la decisión se expliciten las razones para desatender lo informado por los servicios públicos con competencia ambiental.

Como vimos, la Corte Suprema se pronunció en este sentido al dejar sin efecto una resolución que acogía el recurso de reclamación del titular de un proyecto inicialmente rechazado por advertir una incoherencia o falta de congruencia con esta decisión y el mérito del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental. En este caso se discutía la presencia de impactos significativos al valor turístico de la zona donde se emplazaría un proyecto agroindustrial, el cual fue ingresado por medio de una DIA. La autoridad ambiental estimó que la presencia de olores constituía un impacto significativo que requería de medidas

²⁵⁰ En este sentido, BARROS, quien sostiene que la razonabilidad permite excluir la arbitrariedad por cuanto exige un “importante grado de coherencia entre el ejercicio de la discrecionalidad y el procedimiento administrativo respectivo lo que podrá comprobarse a nivel de la motivación del acto” (2009: 91).

²⁵¹ DESDENTADO, 1999:221.

²⁵² *Supra* 2.2.1 c).

²⁵³ Sobre esta materia, CONAMA dictó en su oportunidad 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”, Oficio ORD. DJ 070983/07.

ambientales, de manera que correspondía ingresar por medio de un EIA. El Director Ejecutivo de CONAMA desestimó estas consideraciones, frente a lo cual la Corte Suprema señaló²⁵⁴:

“Undécimo: Que reclamada la decisión aludida, ante el Director Ejecutivo de la CONAMA, éste tuvo en consideración para desestimar lo resuelto por la COREMA que en su concepto el proyecto se hace cargo de los efectos aludidos por lo que estima que ellos no se generarán. Sin embargo, **los antecedentes expuestos demuestran que el proyecto puede influir negativamente en la magnitud del valor turístico de la zona de Casablanca, puesto que los olores que emanen de la planta obviamente tendrán una incidencia significativa en la decisión de los turistas de visitar o no la zona, si no se asegura debidamente el total control del efecto.**

Duodécimo: Que teniendo en cuenta lo anterior, existe una alta probabilidad que el proyecto genere el efecto contemplado en el artículo 11 letra e) de la Ley N° 19.300 por lo que ante esa premisa, **la autoridad recurrida no pudo acoger la reclamación de que se trata y al hacerlo incurrió en ilegalidad”**.

La Corte Suprema estimó en este caso que del mérito del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental resultaba claro que la presencia de malos olores era un criterio que permitía densificar un concepto jurídico indeterminado, la significancia del impacto al valor turístico de una zona, de manera que el Director Ejecutivo, al conocer de un recurso de reclamación, no podía dejar sin efecto lo resuelto por la autoridad ambiental haciendo una mera referencia que estos impactos simplemente no se generarán.

3.3.2 Proporcionalidad

El estándar de proporcionalidad analiza la relación entre fines y medios. Consiste en una revisión de la decisión adoptada por la Administración a la luz de los fines para los cuales se le ha otorgado la potestad en cuyo ejercicio ha adoptado una decisión²⁵⁵. En este sentido, el control de proporcionalidad se encuentra vinculado al carácter fiduciario de las potestades públicas. En efecto, de acuerdo a SARMIENTO “el reconocimiento de que el Derecho administrativo se basa en un conjunto de potestades fiduciarias es mucho más relevante a efectos del control que de cara a

²⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de enero de 2011, Rol 4668-2010.

²⁵⁵ CAMACHO señala que “el principio de proporcionalidad alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto” (2010:75).

su ejercicio, pues el logro de la potestad al tornarse en fiduciaria reside en la ampliación de la fiscalización que trae consigo²⁵⁶.

El principio de proporcionalidad ofrece una completa metodología de revisión judicial, que refuerza en último término la fundamentación de la sentencia. Se compone de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto²⁵⁷.

a) En virtud del principio de idoneidad, se evalúa la aptitud que tiene la decisión para alcanzar el fin propuesto por la norma. De acuerdo a este sub-principio, el tribunal analizará si la medida permite alcanzar o no este fin, recurriendo al uso de las máximas de la experiencia o conocimiento especializado²⁵⁸.

b) El principio de necesidad, por su parte, exige que dentro de las medidas idóneas para la consecución del fin, se adopte la menos lesiva o perjudicial para el afectado. Se trata de un mayor grado de control que ya entra en la discrecionalidad de la Administración. No obstante, en virtud de este sub-principio, basta que el interesado acredite ante el tribunal la existencia de medidas menos restrictivas para solicitar la nulidad del acto administrativo, sin que sea posible reemplazar la decisión de la Administración²⁵⁹.

c) Por último, la proporcionalidad estricta compara las ventajas y desventajas de la decisión. Se trata de un balance entre los beneficios de la decisión y los perjuicios que ocasiona, excluyendo de este modo aquellos que presenten mayores perjuicios que beneficios. En este sentido, lo que ordena la proporcionalidad es que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio al ciudadano, mayor ha de ser la importancia del fin público”²⁶⁰.

El examen de la proporcionalidad opera en forma gradual y escalonada. En primer lugar, corresponde analizar si la medida propuesta sirve para alcanzar el fin para el cual se ha atribuido una potestad discrecional, análisis donde serán relevantes antecedentes de hecho de la decisión

²⁵⁶ SARMIENTO, 2007:133.

²⁵⁷ DESDENTADO, 1999; SARMIENTO, 2007.

²⁵⁸ DESDENTADO, 1999:241.

²⁵⁹ SARMIENTO, 2007:191.

²⁶⁰ SARMIENTO, 2007:215.

impugnada. Si la medida es idónea, corresponde analizar si existían otras medidas menos gravosas que cumplan la misma finalidad. Finalmente, una medida podrá ser idónea y la menos lesiva, pero además requiere estar justificada porque produce mayores beneficios que desventajas.

Cualquiera de estos sub-principios es suficiente para calificar la decisión como desproporcionada. En este sentido, la carga argumental de la sentencia es alta y por ello se considera que “la proporcionalidad, aplicada en su estructura tripartita, sólo puede generar motivación, en tanto su aplicación requiere de un análisis de medio, fines y hechos y el equilibrio entre todos ellos. Si el juicio se realiza siguiendo estas pautas, entonces la función deferente resulta neutralizada merced a la fuerza argumentativa del control de proporcionalidad”²⁶¹.

3.3 Límites al Control Judicial de la RCA

Al hablar de límites del control judicial del poder público en general, y de la RCA en particular, se puede estar refiriendo, al menos, a dos cosas. Por una parte, a la existencia de espacios exentos de dicho control, esto es, elementos de la decisión que no son revisables por el tribunal. Y en segundo término, a la actitud que debe adoptar el tribunal al advertir una irregularidad en el ejercicio de una potestad pública. Llamaremos al primero límite a la extensión del control judicial y al segundo, límite al resultado del control judicial.

3.3.1 Justificación de los límites al control judicial

La existencia de límites al control judicial del poder público se ha justificado en la llamada “condición de deferencia”, según la cual, la Constitución encarga el cumplimiento óptimo de cometidos materiales que atendido sus diferencias requieren de métodos organizativos y procedimientos adecuados, lo que explica la distinción entre función judicial y administrativa”²⁶². En este sentido, “la Administración está mejor equipada, en comparación con el Poder Legislativo o Judicial, para enfrentarse con complejos problemas, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como, por lo

²⁶¹ SARMIENTO, 2007:37.

²⁶² CORDERO, 2007:161. MORAGA, 2010:36.

que nos interesa, la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones”²⁶³.

No obstante, los jueces siempre tendrán algo que decir. En efecto, éstos tienen mayor experiencia en asuntos tales como procedimientos, imparcialidad, interpretación jurídica²⁶⁴, donde la deferencia hacia la Administración será mucho menor²⁶⁵. Por ello, el margen de decisión que otorgan las potestades discrecionales a la Administración, apunta BACIGALUPO, proviene directamente de los límites del control jurídico²⁶⁶.

De este modo, los límites al control judicial de la actuación de la Administración se encuentran en su estructura misma. No se trata de una nueva decisión que reemplace a la originaria, por cuanto no es la función que cumplen los jueces. Se trata de una decisión de segundo grado que constituye un control jurídico de la decisión de primer grado, analizando si en el ejercicio de la discrecionalidad se ha respetado el marco jurídico vigente.

Como veremos, los límites de la actividad de los jueces no afecta la extensión del control, sino sólo su resultado, limitando el contenido de la sentencia que se dicte con ocasión de la revisión judicial del ejercicio de una potestad discrecional.

3.3.2 Límites a la extensión del control judicial

Respecto al límite a la extensión del control judicial, la idea de certeza expuesta durante el desarrollo de este trabajo hace difícil sostener la existencia de zonas exentas del control

²⁶³ CORDERO, 2007:163.

²⁶⁴ Especialmente tratándose de conceptos jurídicos indeterminados (BOCANEGRA, 2004:56-57).

²⁶⁵ BREYER, 2010:110-11, quien señala “Courts ask which institution, court, or agency is comparatively more likely to understand the critical matters that underlie a particular kind of legal question, broadly phrased. Courts are more likely to have experience with procedures, basic fairness to individuals, and interpreting the Constitution. Thus, where questions of this kind are at issue, courts are less likely to give much deference to agency decisions. Agencies, however, are more likely to have experience with facts and policy matters related to their administrative missions. Thus courts will likely give agencies considerably more deference when decisions are about these matters”.

²⁶⁶ BACIGALUPO, 1997:217.

judicial, por cuanto la interdicción de la arbitrariedad exige expresar los fundamentos de la decisión, los cuales serán siempre revisable. ATIENZA lo explica en los siguientes términos

“[...] el Estado democrático de Derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. El Derecho es precisamente el instrumento – o uno de los instrumentos – de racionalización del poder. Esa idea tiene como necesaria *consecuencia* que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico”²⁶⁷.

En este sentido, la deferencia hacia la Administración no permite concluir que existan espacios sin control judicial, por cuanto en último término la autoridad siempre deberá rendir cuenta de sus decisiones según los límites constitucionales y legales que le impone el ordenamiento jurídico. En definitiva, así como la Administración tiene experiencia en materias técnicas, son los jueces quienes tienen el conocimiento y experiencia en materias tales como procedimientos, imparcialidad, interpretación jurídica, entre otras²⁶⁸.

3.3.3 Límites al resultado del control judicial: el control negativo

Si bien estimamos que no es posible, dentro de una concepción de la idea de imperio de la ley como la expuesta en este trabajo, concebir la actividad de la Administración con márgenes exento de control judicial, la deferencia hacia la Administración tiene importantes consecuencias para el resultado del control judicial. En la medida que el Legislador haya otorgado un margen de decisión a la Administración, donde se presenten diversas alternativas indiferentes jurídicamente, el rol del juez sólo puede ser identificar aquellas que no se encontraban dentro de las alternativas posibles y en virtud de ello anular la decisión.

BACIGALUPO explica que “dada la *accesoriedad* de la intensidad del control jurídico respecto de la densidad de la programación normativa, la naturaleza (*positiva* o *negativa*) del

²⁶⁷ ATIENZA, 1995:15. Cursiva en el original.

²⁶⁸ BREYER, 2010: 110-111.

control, depende, a su vez, de si la programación normativa de la actuación administrativa que se trata de fiscalizar es, precisamente, de tipo *positivo* o *negativo*²⁶⁹. Luego agrega,

“la programación es *positiva* cuando el ordenamiento jurídico establece exactamente cuál es el sentido que ha de tener la actuación administrativa en un supuesto de hecho determinado. Por el contrario, la programación es *negativa* cuando el ordenamiento jurídico se limita a establecer cuál es el sentido o cuáles son los sentidos que en ningún caso puede adoptar la actuación administrativa, sin prejuzgar cuál haya de serlo a salvo de los excluidos...la actuación administrativa no debe ser nunca, por ejemplo, arbitraria, irracional, irrazonable, desproporcionada, discriminatoria o defraudadora de la confianza legítima. Pero ninguno de los principios que prohíben semejantes actuaciones (principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de proporcionalidad, principio de igualdad, principio de la buena fe o de protección de la confianza legítima, etc.) indican *positivamente* cuál es – entre todas aquellas que no adolezcan de tales vicios jurídicos – por la que ha de optar en cada caso la Administración²⁷⁰.”

El control negativo tiene su fundamento en la función que cumplen los jueces, a quienes corresponde un control de legalidad, de manera que “si se constata la infracción de alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que sólo hay una solución posible en derecho. Pero esto equivale a decir que la decisión a adoptar en el caso no era discrecional, sino reglada [...]”²⁷¹

Por ello, el margen de decisión que otorgan las potestades discrecionales a la Administración, apunta BACIGALUPO, proviene directamente de los límites del control jurídico²⁷².

En este sentido, el PLTA señala en el artículo 28 lo siguiente

“Artículo 28.- Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.

²⁶⁹ BACIGALUPO, 1997:207. Cursivas en el original.

²⁷⁰ BACIGALUPO, 1997:207-208. Cursivas en el original.

²⁷¹ SÁNCHEZ, 1994:159.

²⁷² BACIGALUPO, 1997:217.

En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 16, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Conforme a esta disposición, acreditado que el acto no cumple con la normativa vigente, el tribunal deberá, en primer término, anularlo total o parcialmente. Luego podrá disponer que se modifique la actuación impugnada precisando que esto será posible “cuando corresponda”. Estimamos que esta disposición se refiere a aquellos elementos reglados de la decisión y las zonas de certeza positiva o negativa de los conceptos jurídicos indeterminados.

El límite a esta facultad se encuentra en el inciso segundo, donde se prohíbe al tribunal (i) determinar el contenido específico de un precepto de alcance general; y (ii) determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Esto es, el ejercicio de potestad reglamentaria y el ejercicio de potestades discrecionales.

CONCLUSIONES

1. De conformidad al principio de legalidad, la ley determina el marco en el cual la Administración se desenvuelve válidamente y le atribuye potestades para el cumplimiento de sus cometidos, sancionando las desviaciones por medio de decisiones jurídicas (acto administrativo o sentencia judicial) que le restan eficacia. En este sentido, acudir a un juez ante desviaciones de la Administración que afectan derechos de las personas es considerado un elemento del Estado de Derecho. En nuestro ordenamiento jurídico tiene consagración constitucional en el artículo 38 inciso segundo CPR.

2. El control judicial de la actividad de la administración, especialmente del ejercicio de potestades públicas, demuestra que existen diversas normas jurídicas que tienen como destinatario a la Administración. Es en este contexto donde se habla de “discrecionalidad administrativa”, término usado para describir un fenómeno bien preciso: la habilitación legal que otorga un margen de decisión a la Administración derivado de una programación normativa incompleta.

3. La discrecionalidad administrativa surge entonces como un concepto delimitador de ámbitos competenciales entre la Administración y los jueces, esto es, como una justificación de zonas exentas de control judicial. El debate, desde este origen, se ha centrado en la intensificación del control judicial del ejercicio de potestades discrecionales²⁷³.

4. La tendencia en nuestro país a la tecnificación de la RCA y su revisión judicial por medio de la creación de un tribunal especializado de composición mixta se inserta en este debate y asimismo da cuenta de una preocupación por obtener decisiones en materia ambiental de mejor calidad, pero refleja una cierta ingenuidad que deja abierto una serie de problemas.

5. En efecto, el conocimiento técnico y su aplicación práctica no es neutro. En este sentido, es posible señalar que el “derecho, al entregar a la ciencia y sus conceptos importantes aspectos de la regulación, renunciando de algún modo a los modelos de decisión y legitimación que le son

²⁷³ SCHMIDT-ASSMANN, 2003:219.

propios, no obtiene de la ciencia certidumbres, sino controversias o soluciones siempre cuestionables en la propia comunidad científica.²⁷⁴”

6. Asimismo, la incertidumbre, fruto del desarrollo tecnológico e industrial, afecta de distinta manera a la ciencia y al derecho. Mientras para la primera supone un desafío y líneas de investigación futuras, para el derecho es crítico por cuanto sin decisiones no puede proveer certeza, lo que hace imposible la convivencia humana. En materia del SEIA, los plazos y presupuesto acotado de una evaluación de impacto ambiental, impone adoptar decisiones muchas veces sin la seguridad que las variables ambientales vayan a evolucionar de acuerdo a lo previsto, sino sólo en base de acuerdo a la información disponible en ese momento.

7. Por otra parte, la tendencia a la tecnificación de las decisiones las aleja de la ciudadanía. La composición técnica del tribunal ambiental puede provocar decisiones altamente tecnificadas que en definitiva excluyan del debate a los ciudadanos.

8. En este sentido, es insuficiente que la legitimidad de las decisiones en materia ambiental tenga su fuente en una pretendida tecnificación, sino que en su fundamentación en el sentido que se ofrezcan razones intersubjetivamente válidas. Por ello la determinación de criterios de revisión judicial cumple la función de contribuir a mejores decisiones a futuro.

9. Una concepción de la discrecionalidad administrativa compatible con el ideal de imperio de la ley expuesto en este trabajo, no atribuye una “libertad” a la administración, sino que eleva el estándar de motivación del acto requiriéndose la indicación explícita de aquellos criterios que tuvo en consideración para completar el supuesto de hecho imperfecto que da origen a la discrecionalidad.

10. Todo ello refuerza el control judicial del ejercicio de potestades discrecionales. Sin embargo la actividad de los jueces tiene sus propios límites, a quienes corresponde un control de legalidad. Por ello, tratándose del control del ejercicio de potestades discrecionales, la programación normativa de la Administración de carácter negativo implica que el resultado del

²⁷⁴ ESTEVE, 2009:134.

control tiene el mismo carácter, esto es, la sentencia sólo puede concluir que la decisión de la Administración no se encontraba dentro del margen de opción legítimo otorgado por el legislador.

BIBLIOGRAFÍA

A. NACIONAL

ALARCÓN, Pablo. Discrecionalidad Administrativa: Un Estudio de la Jurisprudencia Chilena. Santiago, Jurídica ConoSur Ltda., 2000.

ALDUNATE, Eduardo. La Fuerza Normativa de la Constitución y el Sistema de Fuentes del Derecho. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII N° 1 2009.

ALDUNATE, Eduardo. Derechos Fundamentales, Santiago, Legal Publishing, 2008.

ALDUNATE, Eduardo. La Evolución de la Justicia Administrativa EN:FERRADA, Juan Carlos (ed.) La Justicia Administrativa, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

ASTORGA, Eduardo. Derecho Ambiental Chileno. Parte General, Santiago, Lexis Nexis, 2006.

BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica, 2006.

BARROS, Alberto. Regulación y Discrecionalidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: el Procedimiento Administrativo como Garantía Procedimental. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

BERMÚDEZ, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso, 2007.

BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos. Estudios de Justicia Administrativa, Santiago, Lexis Nexis, 2008.

CALDERA, Hugo. Límites Constitucionales de la Discrecionalidad Administrativa. Revista Chilena de Derecho 16 1989.

CAMACHO, Gladys. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV: La Actividad Sustancial de la Administración del Estado. Santiago, LegalPublishing, 2010.

CAMACHO, Gladys. La Actividad Sustancial de la Administración del Estado, EN:PANTOJA, Rolando (Coordinador). Derecho Administrativo Chileno, México, Porrúa, 2007.

CAMACHO, Gladys. La Discrecionalidad Administrativa en Tela de Juicio: Notas para un Reexamen de la Cuestión. Gaceta jurídica 1998.

CEA, José Luis. Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa. Revista Chilena de Derecho 11 N° 1 1984.

CONAMA, División Jurídica. Jurisprudencia SEIA, Planes y Normas. CONAMA, 2008.

CORDERO, Eduardo. El Sentido Actual del Dominio Legal y la Potestad Reglamentaria. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII N° 1 2009.

CORDERO, Luis. El Control de la Administración del Estado, Santiago, Lexis Nexis, 2007.

CORDERO, Luis. Procedimiento Administrativo y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, EN:FERRADA, Juan Carlos (Coord.) La Justicia Administrativa, Santiago, Lexis Nexis, 2005a.

CORDERO, Luis. Entre la Deferencia, los Estándares de Control Judicial y los Procedimientos Administrativos. Comentarios a las Sentencias sobre el Caso Celco, Revista de Derecho Público 67, 2005b.

CORDERO, Luis. El Procedimiento Administrativo, Santiago, Lexis Nexis, 2004.

CORDERO, Luis. Justificación de la Intervención Administrativa en el Medio Ambiente (Principio de Legalidad, Reserva Legal y Regulación Administrativa del Medio Ambiente. EN:CONAMA y CDA, Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Santiago, LOM Ediciones, 2003.

CORDERO, Luis. El Medio Ambiente como Título de Intervención Administrativa. El Caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Revista de Derecho Público 63, 2002.

CORREA, Eduardo. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Certeza Jurídica: Elementos para una Discusión Necesaria. EN: Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile, Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para el Chile del Bicentenario. Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago, LOM Ediciones, 2006.

DE LA FUENTE, Osvaldo y MORA, Rodrigo. Grupos de Interés y Participación Ciudadana en el SEIA: Un Enfoque Económico, EN:DURÁN et al. Derecho Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago, Legal Publishing, 2008.

DE LA FUENTE, Osvaldo. La Ordenación del Territorio como Instrumento de Gestión Ambiental, EN: Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile,

Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para el Chile del Bicentenario. Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago, LOM Ediciones, 2006.

EYZAGUIRRE, Juan José. Reflexiones en torno al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Análisis Comparativo con el Sistema Americano, EN: Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile, Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para el Chile del Bicentenario. Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago, LOM Ediciones, 2006.

FERMANDOIS, Arturo. Discrecionalidad Urbanística y Garantías Constitucionales. Revista Chilena de Derecho 25 N° 1 1998.

FERMANDOIS, Arturo. Derecho Constitucional Económico. Tomo II: Regulación, Tributos y Propiedad. Santiago, Ediciones UC, 2010.

FERRADA, Juan Carlos. Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno, Revista de Derecho, Vol. XX N° 2, 2007.

FERRADA, Juan Carlos (Coord.) La Justicia Administrativa, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

GALINDO, Mario. Diagnóstico y Reforma de los Procedimientos Jurisdiccionales Ambientales, EN: Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago, LOM, 2006.

GALINDO, Mario. El “Caso Itata”: Sobre el Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica a través del Recurso de Protección. Revista de Derecho Ambiental 1, 2003.

GALINDO, Mario. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia: 1996 – 2000, Santiago, CONAMA, 2001.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. El Criterio Jurisprudencial Norteamericano del Hard Look y el Control de la Discrecionalidad Administrativa (en el Medio Ambiente). Revista Chilena de Derecho 29 N° 2, 2002.

GUZMÁN, Felipe. Algunos Problemas Ocasionados por Impactos No Previstos y Otras Modificaciones de Proyecto en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. EN: Facultad de Derecho Universidad de Chile, Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Santiago, LexisNexis, 2004.

GUZMÁN, Rodrigo. La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile. Aspectos Sustantivos y Adjetivos. Historia, Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, LexisNexis, 2005.

JARA, Jaime. La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia, Santiago, Libromar, 2004.

LAVÍN, Julio. El SEIA: Visión Crítica a 10 años de su Vigencia. Serie en Foco, Expansiva, 2006.

MORAGA, Claudio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII: La Actividad Formal de la Administración del Estado. Santiago, LegalPublishing, 2010.

MORAGA, Claudio. La Actividad Formal de la Administración del Estado, EN: PANTOJA, Rolando (Coordinador). Derecho Administrativo Chileno, México, Porrúa, 2007.

MORAGA, Claudio. La Jurisdicción Contenciosa Administrativa. El Proceso Jurisdiccional Administrativo, EN: COOPER, James et al (ed.) Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

MUÑOZ, Natalia. La Justicia Administrativa en Chile, EN: PANTOJA, Rolando (Coordinador). Derecho Administrativo Chileno, México, Porrúa, 2007.

PIERRY, Pedro. El Control de la Discrecionalidad Administrativa. Revista Chilena de Derecho 11 1984.

PIZARRO, Rodrigo. Los Cinco Problemas de la Institucionalidad Ambiental en Chile. Serie en Foco, Expansiva, 2006.

RIQUELME, Paulina. Permisos Ambientales Sectoriales en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Revista de Derecho Administrativo Económico 1, 1999.

SALINAS, Carlos. ¿Legalidad en Entredicho? Comentarios sobre Discrecionalidad Administrativa. Anuario de Filosofía Jurídica y Social 202002.

SEPÚLVEDA, Doris. Invalidación Sobreviniente de la Resolución de Calificación Ambiental por Modificación de su Presupuesto de Hecho. EN: DURÁN et al. Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago, Legal Publishing, 2008a.

SEPÚLVEDA, Doris. Invalidación Sobreviniente de la Resolución de Calificación Ambiental por Modificación de su Presupuesto de Hecho. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008b.

B. EXTRANJERA

ATIENZA, Manuel. Sobre El Control de la Discrecionalidad Administrativa. Comentarios a una Polémica. Revista Española de Derecho Administrativo 85, 1995.

BACIGALUPO, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (Estructura Normativa, Control Judicial y Límites Constitucionales de su Atribución). Madrid, Marcial Pons, 1997.

BOCANEGRA, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo. Madrid, Civitas, 2004.

BREYER, Stephen. Making Our Democracy Work. A Judge's View. New York, Knopf, 2010.

CIERCO, César. El Principio de Precaución: Reflexiones sobre su Contenido y Alcance en los Derechos Comunitario y Español, Revista de Administración Pública 163, 2004.

DESDENTADO, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Pamplona, Aranzadi, 1999.

DESDENTADO, Eva, Los Problemas del Control Judicial de la Discrecionalidad Técnica : Un Estudio Crítico de la Jurisprudencia. Madrid, Civitas, 1997.

ESTEVE, José. El Desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las Inceridumbre de la Ciencia. Madrid, Marcial Pons, 2009.

ESTEVE, José. Derecho del Medio Ambiente. Madrid, Marcial Pons, 2005.

ESTEVE, Jose. De la Policía Administrativa a la Gestión de Riesgos, Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo 119, 2003.

ESTEVE, José. Técnica, Riesgo y Derecho: Tratamiento del Riesgo Tecnológico en el Derecho Ambiental. Barcelona, Ariel, 1999.

FERNÁNDEZ, Severiano. La Inspección en el Marco del Control de la Aplicación del Derecho Ambiental, Revista de Derecho Ambiental 24, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional, Lima, Palestra, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional ¿Un Cambio de Paradigma?, Madrid, Civitas, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2004 (duodécima edición).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración, Madrid, Civitas, 1998.

- GLASSON, John; THERIVEL, Riki y CHADWICK, Andrew. Introduction to Environmental Assessment. Oxford, Routledge, 2005.
- HOBBS, Thomas. Leviatán, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2005 [1651].
- HOLDER, Jane. Environmental Assessment. The Regulation of the Decision Making. New York, OUP, 2006.
- IGARTUA, Juan. Principio de Legalidad, Conceptos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa. Revista Española de Derecho Administrativo 92, 1996.
- IGARTUA, Juan. Discrecionalidad Técnica, Motivación y Control Jurisdiccional. Madrid, Civitas, 1998.
- KÜNNECKE, Martina. Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison. Berlin, Springer, 2007.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La Autorización Administrativa. Madrid, Civitas, 2006.
- LAPORTA, Francisco. El Imperio de la Ley. Una Visión Actual, Madrid, Trotta, 2007.
- LAPORTA, Francisco. Imperio de la Ley y Seguridad Jurídica. EN: DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis. Estado, Justicia, Derecho. Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- LINFANTE, Isabel. Dos Conceptos de Discrecionalidad Jurídica. Doxa 25, 2002.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- MORRIS, Peter y THERIVEL, Riki. Methods of Environmental Impact Assessment. Oxford, Routledge, 2009.
- PADROS, Carlos y ROCA, Joan. La Armonización Europea en el Control Judicial de la Administración: el Papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista Administración Pública 136, 1995.
- PAREJO, Luciano. Administrar y Juzgar: Dos Funciones Constitucionales Distintas y Complementarias. Madrid, Tecnos, 1993.
- ROSA, Juan. Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental. Madrid, Trivium, 1993.
- SÁNCHEZ, Miguel. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. Madrid, Tecnos, 1994.
- SANDS, Philippe. Principles of International Environmental Law. Cambridge, CUP, 2003.

SANTAMARÍA, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

SARMIENTO, Daniel. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un Análisis Jurídico desde el Derecho Español, Universidad Externado de Colombia, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática. Madrid, Marcial Pons, 2003.

VILLAR, José Luis. Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y Actividad de los Particulares. Madrid, Civitas, 1999.