



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

¿PROCEDE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN RESPECTO
DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL
SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL? ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE CENTRAL CASTILLA E
HIDROAYSÉN.

NAYARET RODRÍGUEZ TAPIA

Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado
En Ciencias Jurídicas y Sociales.

PROFESOR GUÍA:
AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES

Santiago de Chile

Noviembre de 2017

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE POTESTADES TÉCNICAS	5
1.1 Discrecionalidad Técnica	6
1.1.1. Concepto de discrecionalidad.....	6
1.1.2. Concepto de Discrecionalidad Técnica	11
1.1.3. Conceptos relacionados.....	17
1.2. Características de la Discrecionalidad Técnica	31
1.2.1. Tipos de Discrecionalidad	33
1.2.2. Límites de la discrecionalidad técnica.....	36
1.3. Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica	40
1.3.1. No se puede ejercer un control judicial de la discrecionalidad técnica	42
1.3.2. Se puede ejercer un control de la discrecionalidad técnica	48
CAPÍTULO 2: CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL TÉCNICA DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL	55
2.1. La Protección al Medio Ambiente y la Institucionalidad Ambiental	55
2.1.1. El Medio Ambiente Como Bien Jurídico Protegido	55
2.1.2. Instrumentos de Gestión Ambiental.....	63
2.1.3. Los Órganos Ambientales	64
2.2. El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)	65
2.2.1. Definición	65
2.2.2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)	69
2.2.3. Discrecionalidad Técnica del Servicio de Evaluación Ambiental	77
2.3. Control Judicial de las decisiones del Servicio de Evaluación Ambiental ante la posible fragmentación de un procedimiento administrativo.....	130
2.3.1. Casos de Análisis	131

2.3.2. ¿Corresponde el control de la discrecionalidad técnica del SEA por parte de los tribunales?.....	154
CAPÍTULO 3: CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL TÉCNICA DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL EN EL RECURSO DE PROTECCIÓN	158
3.1. El Recurso de Protección como Procedimiento de Garantía de los Derechos Fundamentales.....	161
3.2. El Recurso de Protección y la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	169
3.3. ¿Es el recurso de protección el procedimiento más idóneo para controlar la discrecionalidad técnica del SEA?.....	176
3.3.1. Procedencia del recurso de protección como mecanismo de control de la potestad discrecional técnica del SEA.	180
3.3.2. Improcedencia del recurso de protección como medio para el control de la potestad discrecional técnica.	187
3.3.3. Críticas a los argumentos de las distintas posturas.	193
3.4. ¿Es el recurso de protección una respuesta imperfecta a la falta de un procedimiento especializado?.....	200
CONCLUSIÓN	203
ABREVIATURAS	211
BIBLIOGRAFÍA	212

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto determinar la procedencia del recurso de protección como mecanismo de control de las potestades con elementos discrecionales de los órganos ambientales, en particular, en lo que se refiere a las potestades discrecionales técnicas del Servicio de Evaluación Ambiental, a partir de lo resuelto por la Corte Suprema en los casos de Puerto y Central Castilla y Central Hidroeléctrica Aysén.

Para ello, se analizan diversos aspectos del problema, partiendo de la procedencia del control judicial de las potestades discrecionales, en especial, las potestades con elementos discrecionales técnicos; posteriormente se analiza las potestades del Servicio de Evaluación Ambiental y la posibilidad de control de sus facultades, examinando los argumentos presentados en los casos de Central y Puerto Castilla e Hidroaysén; finalmente, se analizará las diferentes características del recurso de protección, cuando el derecho vulnerado es el medio ambiente libre de contaminación y si es una vía idónea para revisar el ejercicio de la potestad discrecional.

El trabajo sostiene como conclusión que el recurso de protección es procedente para el control judicial de las potestades discrecionales, puesto que en esta acción se permite analizar los elementos entregados por las normas jurídicas. Sin embargo, en lo que se refiere a revisión de las potestades discrecionales técnicas, el recurso de protección no sería apropiado, puesto que el procedimiento no permite un análisis mayor de los elementos técnicos del SEA.

INTRODUCCIÓN

En el año 2012 la Corte Suprema, conociendo de las apelaciones a dos recursos de protección deducidos contra del Servicio de Evaluación Ambiental, entre otros, resuelve dos casos: por un lado, se encuentra el caso de Puerto Castilla y Central Castilla, en el cual los recurrentes acusan la existencia de un fraccionamiento de un mega proyecto termoeléctrico, y a pesar de ello, ambos proyectos habrían sido calificados de manera favorable por la autoridad ambiental; por el otro, se encuentra el caso de la Central Hidroeléctrica Aysén, en el cual los recurrentes también denuncian el fraccionamiento de un mega proyecto conformado por el proyecto de centrales hidroeléctricas presentado ante la autoridad ambiental y el proyecto de líneas de transmisión, el cual no se presentó a evaluación ambiental. En el primero de los casos, la Corte Suprema decide acoger el recurso, dejando sin efecto las resoluciones de calificación ambiental dictada para los proyectos, ordenando la evaluación conjunta de ambos proyectos; en el segundo caso, la Corte rechaza el recurso, y no se refiere a la existencia del fraccionamiento de los proyectos. Estos casos, de apariencia similares, las soluciones son opuestas.

Ante esta situación, en consideración a esta disparidad de soluciones y al hecho de que los órganos ambientales no sólo se toman en consideración las normas legales, sino que también tienen importancia los conocimientos provenientes de otras ramas de las ciencias, especialmente cuando se trata del ejercicio de potestades que contienen elementos discrecionales, tomando en cuenta que el órgano recurrido en ambos casos es el Servicio de Evaluación

Ambiental y en el hecho de que en ambos casos se alega la existencia de arbitrariedad por parte de este, surge la siguiente pregunta: ¿procede la acción de protección respecto del ejercicio de la potestad discrecional del Servicio de Evaluación Ambiental?

La hipótesis por probar es que no parece procedente que el Recurso de Protección ejerza el control de la potestad discrecional de los órganos ambiental. Ello, por diversas razones: en primer lugar, porque el objeto de la acción es proteger los derechos y los intereses de las personas y dar acceso a la jurisdicción para lograr este fin, además de no ser un procedimiento de carácter contradictorio que permita perseguir una pretensión. En segundo lugar, de acuerdo con la Historia de la Ley N°20.600, y sin perjuicio que no se impide a la comunidad la posibilidad de recurrir contra actos administrativos, lo que pretende la creación del Tribunal Ambiental es precisamente revisar la decisión de los órganos administrativos ambientales, sobre todo en los casos en donde se toman decisiones discrecionales de las características señaladas, en el marco de la Evaluación de Impacto Ambiental. Este, a diferencia del Recurso de Protección, precisamente tiene por objeto revisar la legalidad de los procedimientos ambientales, por lo que cumpliría de mejor manera el control jurisdiccional de este tipo de potestades.

Con el objeto de probarla, se efectuó una investigación acuciosa, primero analizando las respuestas que entrega la Constitución y las leyes respecto al tema, estudiando la literatura nacional y comparada que ofreciera diversos aspectos de los temas a tratar, para posteriormente examinar las sentencias de las Cortes de Apelaciones de Antofagasta y Puerto Montt y las sentencias de las Corte Suprema, que resolvieron estos casos.

De esta manera, en el capítulo 1, se definirá lo que se ha entendido la discrecionalidad, enfocándose posteriormente a lo que es la discrecionalidad técnica y diferenciándolo de otros conceptos, con los cuales tiene relación. Se analizarán las características de la discrecionalidad, tomando en cuenta las clasificaciones que existen de la misma y los límites en su ejercicio; y, para finalizar, se analizará si es posible que los tribunales controlen el ejercicio de las potestades con elementos discrecionales, considerando los argumentos a favor y en contra de las mismas.

En el capítulo 2, se hará referencia a la protección del medio ambiente, analizando el carácter de bien jurídico protegido por la Constitución y las leyes, describiendo cuales son los instrumentos de gestión ambiental, que no sólo permiten que se encuentre garantizado, sino que además, lo concilian con el desarrollo económico del país y los órganos que intervienen en la institucionalidad ambiental; posteriormente, se define al Servicio de Evaluación, que es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y se analizan cada una de las potestades del Servicio, determinando si hay o no elementos discrecionales presentes en cada una de esas facultades. Finalmente se analizará los casos de Central y Puerto Castilla y de Central Hidroeléctrica Aysén, examinando los argumentos de cada una de las partes y el razonamiento de la Corte, para después determinar si corresponde el control de la discrecionalidad del Servicio de Evaluación Ambiental por parte de los tribunales de justicia.

Finalmente, el capítulo 3 analizará qué es el recurso de protección, determinando quiénes pueden recurrir, los actos u omisiones por los cuales se puede ejercer la acción y los derechos que garantiza. Posteriormente se estudiará

el recurso de protección en el caso que el derecho alegado sea el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, determinando las diferencias y semejanzas con los casos en los cuales se alega un derecho al contemplado en el artículo 19 N° 8; para terminar analizando si es el recurso de protección el medio más adecuado para el control de la discrecionalidad técnica, tomando en consideración las distintas posturas de autores chilenos y extranjeros.

CAPÍTULO 1: CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE POTESTADES TÉCNICAS

Intentar establecer un concepto de discrecionalidad técnica implica una gran dificultad, puesto que no hay acuerdo entre los autores para establecer un significado unívoco al respecto¹. Ello, puesto que no está clara cuál es la fisonomía del término, sin dejar clara la naturaleza de la misma, la que en sí misma es altamente discutible. Influye en esto que no queda claro cuál es la categoría en la que se inserta este tipo de potestades, lo cual es relevante para determinar la posibilidad de revisión que tienen las decisiones de la administración en el ejercicio de esa facultad.

Por ello, determinar en qué consiste, la naturaleza, los elementos y la categoría en las que podría ser clasificada es relevante, puesto que dependiendo de las características presentes en las ideas de cada uno de los autores permite responder la siguiente pregunta: ¿es admisible controlar los actos administrativos emanados del ejercicio de la discrecionalidad técnica de la Administración?

Por ello, para responder a la pregunta, es necesario establecer un concepto de discrecionalidad técnica, definiendo en primer lugar qué se entiende por discrecionalidad técnica, estableciendo su relación con la discrecionalidad en general y otros conceptos similares; luego, se determinará su naturaleza jurídica

¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid, Ed. Civitas, 1997. p. 28

y, para terminar, se analizará la admisibilidad para controlar los actos administrativos ejercidos por medio de esta potestad.

1.1 Discrecionalidad Técnica

Con el fin de desarrollar y definir qué es la discrecionalidad técnica, se explicará, en primer lugar, los conceptos de discrecionalidad que ha establecido la doctrina, para posteriormente definir el concepto de discrecionalidad técnica y, finalmente, establecer diferencias con otras acepciones de similares características, con las cuales puede ser confundida.

1.1.1. Concepto de discrecionalidad

Se han establecido diversos conceptos en relación con la discrecionalidad, en la cual, si bien no hay una definición unívoca, a diferencia de lo que ocurre en relación con la discrecionalidad técnica, hay un cierto acuerdo sobre su contenido.

Así, la profesora Desdentado señala que “consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente”, agregando que es un *modus operandi* que supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento,

implica un acto de elección por medio de criterios valorativos y siempre se adopta en base a criterios extrajurídicos².

Guzmán sistematiza diferentes definiciones de discrecionalidad dadas en doctrina comparada y en doctrina nacional³: así, Forsthoff la define como “un ámbito de acción y decisión, una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles: hacer A o hacer B o abstenerse de toda acción. [...] Potestad discrecional sólo existe con una vinculación pensable, cuando menos como posible, es decir, sólo allí con el contenido de la acción administrativa está determinado en general por la norma jurídica”⁴; García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que la discrecionalidad “es un poder configurado de tal modo que en su concreto ejercicio la Administración titular del mismo goza de una libertad de elección, mayor o menor, para adoptar sus determinaciones”⁵, agregando que “el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”⁶; mientras que para Gianinni es una elección de la Administración que “*spazia in un ámbito circoscritto da norme: quando l’amministrazione agisce, deve curare l’interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata: dev’essere la più opportuna in ordine ad un pubblico interesse nel*

² Ibidem, p. 22

³ GUZMÁN SUAREZ, Lionel. El control de la discrecionalidad administrativa en Chile. Tesis (Magister en Derecho Público). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. pp. 31-35

⁴ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de derecho administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958. pp. 112-123

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. 12 ed. Madrid, Civitas Ediciones, 2004. p. 205

⁶ Ídem, p. 461

caso concreto”⁷, agregando que “*si può, a questo punto, precisare che se la scelta è il risultato della discrezionalità, questa consta di una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario*”⁸.

Julio Prat la define como “el margen de libertad que dispone la Administración para apreciar la libertad o conveniencia de su acción”⁹, y Joan Mesquida Sampol la define como “facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o a un funcionario para que decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a aplicar”¹⁰.

Sesín la define como “modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”¹¹.

7 Traducción libre: “abarca un ámbito circunscrito de normas: cuando la administración actúa, debe cuidar el interés público propio de la atribución o de su competencia; su elección está encaminada: debe ser la más oportuna en orden a un público interés en el caso concreto”. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970. p. 480

⁸ Traducción libre: “se puede, en este punto, precisar que si la elección es el resultado de la discrecionalidad, esta consta de una ponderación comparativa de más intereses secundarios en orden a un interés primario”. *Ibidem*, p. 481

⁹ PRAT, Julio. De la recurribilidad de los llamados “actos discrecionales”. [en línea] *Revista de Ciencias Jurídicas*. 1966, Núm. 7. <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/16965/16408>> [consulta: 16 noviembre 2016]. p. 72

¹⁰ MESQUIDA SAMPOL, Joan. El concepto de discrecionalidad y su control. [en línea] *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. 2003, Vol. 37. <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/1096/1294>> [consulta: 27 febrero 2017]. pp. 342-343

¹¹ SESÍN, Domingo. El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica. [en línea] *Revista de Documentación Administrativa*. Mayo-diciembre 2004, Núm. 269-260 <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5643&path%5B%5D=5695>> [consulta: 14 diciembre 2014]. p. 3

A nivel nacional también es posible encontrar diversas acepciones de discrecionalidad. Cea lo define como “margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la administración para que, en casos o en situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella”¹². Carrasco Fuentes señala que “comprende el margen de actuación o interpretación que el ordenamiento otorga a la Administración, [...] que responde a distintos tipos de funciones de los diferentes modos de actuación de la Administración [...]”¹³.

A las anteriores hay que agregar la definición de Soto Kloss que señala al respecto que el legislador puede configurar la actuación, confiriéndole a la Administración “un margen de libertad de apreciación para actuar en su función de satisfacer las necesidades públicas. ese campo de apreciación -que no se da respecto de todos los elementos del actuar del poder sino de algunos- es precisamente el ámbito donde el órgano habrá de ejercitar su voluntad (dirigida por la razón), eligiendo, escogiendo, deliberando, imperando, medios adecuados, proporcionados al fin, para conseguir, según el Derecho”¹⁴; Silva Cimma define potestad discrecional como “la materialización de los atributos que se otorgan a un órgano administrador a fin de dictar normas y prescripciones de contenido libre y lato dentro de un margen más o menos amplio, sean generales o no, con vistas a actuar oportuna o convenientemente , pero debiendo en todo caso,

12 CEA, José Luis. Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho. [en línea] Revista Chilena de Derecho. 1984, Vol. 11 <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjRhNzpi67QAhVEFZAKHesSCAoQFggZMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2649478.pdf&usg=AFQjCNFFtmkfljVbRxri-8Oh6mzwdv69cw&sig2=DWpbam6maVPPt_zbCIH6hQ> [consulta: 16 noviembre 2016]. p. 12

13 CARRASCO FUENTES, Pablo. Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho Público*. 77: 70, 2012

14 SOTO KLOSS, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982. p. 189

enmarcar su acción dentro del marco de la ley”¹⁵. Agrega que “en virtud de la discrecionalidad administrativa, el órgano administrativo está facultado para actuar conforme a criterios de conveniencia u oportunidad [...]. Habrá a menudo discrecionalidad en los motivos, en cuanto quien administra está facultado para resolver si actúa o se abstiene de hacerlo en un caso determinado.”¹⁶; Aylwin Azocar establece que “los actos discrecionales son aquéllos autorizados por la ley, pero sin señalar los motivos que lo determinan [...]. De este modo, si la legitimidad del acto administrativo está integrada por tres elementos (motivo, objeto y fin), y su discrecionalidad sólo se refiere a uno de esos elementos: el motivo, resulta que todo acto tendrá que estar forzosamente limitado en alguna medida, por los otros dos elementos: el objeto y el fin. Aquí estaría lo que los autores llaman los límites de la discrecionalidad del acto administrativo”¹⁷; y finalmente Pierry señala que “el poder discrecional consiste en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho”¹⁸.

De las distintas acepciones que se presenta es posible establecer elementos comunes que forman parte del concepto de discrecionalidad: se trata, en primer lugar, de facultades de la Administración otorgadas por la ley; se da un margen de libertad para el órgano a quien se le otorga la facultad para tomar la decisión

¹⁵ SILVA CIMMA, Enrique. Derecho administrativo chileno y comparado. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Vol. I, p. 33

¹⁶ Ibidem, p. 40

¹⁷ AYLWIN, Patricio. Apuntes de derecho administrativo. Santiago, Editorial Universitaria, 1959, Vol. II, pp. 86-87

¹⁸ PIERRY, Pedro. El control de la discrecionalidad administrativa. [en línea] Revista Chilena de Derecho. 1984, Vol. 11 núm. 2-3 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649469.pdf>> [consulta: 17 noviembre 2016]. p. 480.

del asunto; y se hacen valoraciones al respecto, de acuerdo con los fines previamente establecido.

Toda facultad que tenga estos elementos es, en principio, una facultad discrecional de la Administración, teniendo un margen para tomar la decisión que considere más adecuada para lograr el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos en la norma jurídica. Teniendo en cuenta esto y la utilización del término discrecionalidad, deberíamos identificar como características de la discrecionalidad técnica los elementos antes mencionados, al ser un tipo de discrecionalidad. Sin embargo, que se cumpla con estos elementos en la discrecionalidad analizada ha sido discutido por la doctrina, dejando planteada la pregunta ¿es la discrecionalidad técnica una especie de discrecionalidad? Para determinar una respuesta, es necesario establecer cómo ha sido definido el concepto.

1.1.2. Concepto de Discrecionalidad Técnica

Tal como se señaló en un primer momento, queda claro que no ha sido posible establecer un concepto unívoco acerca de qué es la discrecionalidad técnica. Se han establecido diferentes definiciones, sin poder establecer elementos comunes que la caractericen y permitan delimitar claramente su naturaleza.

Esta situación se ha presentado desde que se acuñó el concepto, lo cual se hace presente a lo largo de su desarrollo en la doctrina comparada. De acuerdo por lo reseñado por la profesora Desdentado, este término surgió en Italia como

instrumento para hacer frente a las dudas que planteaban los conceptos jurídicos indeterminados¹⁹, con el problema que no siempre se designa al mismo fenómeno²⁰, no existiendo un consenso claro sobre qué es y, sobre todo, cual es la naturaleza jurídica de la discrecionalidad técnica.

Para mostrar este panorama, la profesora Desdentado cita las definiciones y opiniones de diferentes autores respecto al tema. De esta manera, por ejemplo, Cammeo, de acuerdo con la opinión de esta autora, señala que la discrecionalidad técnica designa a aquellos supuestos en que hay aplicación de normas imprecisas, en donde la Administración no actúa conforme a su voluntad, sino que debe utilizar criterios propios de la técnica administrativa²¹. Posteriormente el mismo autor, de acuerdo con lo señalado por la profesora, agrega en una obra posterior la necesidad de recurrir a criterios de oportunidad²², acercándolo a los criterios de discrecionalidad. Para otros autores italianos, como Presutti, y de manera muy similar de acuerdo por la autora mencionada a la concepción inicial de Cammeo, señala que se refiere a “sólo aquellos supuestos en los que la aplicación de la norma imprecisa requiere un juicio acerca de la medida e intensidad con la que un determinado atributo se da en un hecho”²³. En ambos casos, no se centrarían en las valoraciones técnicas, sino en la valoración de los hechos opinables²⁴.

Este concepto evoluciona a valoraciones en donde toman relevancia la valoración de los criterios técnicos. De allí que, para Giannini “*la discrezionalità*

19 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 28

20 Idem

21 Ibidem, p. 30

22 Ibidem, p. 31

23 Ibidem, p. 33

24 Ibidem, p. 35

si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale”²⁵.

Posteriormente, para la profesora Desdentado, las definiciones se han centrado en caracterizarla como la actividad que es preciso llevar a cabo para la aplicación de conceptos utilizados por la norma que remiten a criterios técnicos, aunque se han extendido a los supuestos en donde empleando estos criterios sean posibles varias decisiones posibles conforme a los criterios o reglas de la ciencia o técnica²⁶ caracterizando esto a toda la actividad que se rige por los criterios mencionados. De esta manera, Sandulli señala que la discrecionalidad técnica *“non implica alcuna possibilità di valutazione dell’interesse pubblico nè alcuna libertà di scelta, alla stregua di essa, in ordine al provvedimento da adottare: la valutazione e la scelta vengono in simili casi eseguite una volta per tutte, e in modo vincolate, a priori, dal legislatore. Nei casi in questione, quindi, una volta compiuta, alla stregua di discipline tecniche (...), la propria valutazione (...), l’autorità amministrativa – ove non disponga anche di discrezionalità amministrativa – è vincolata a provvedere in quel certo modo che l’ordinamento prevede per l’ipotesi che l’apprezzamento tecnico contribuì a far riconoscere (...). E’ da chiarire che non può parlarsi di discrezionalità tecnica in quei casi in cui il presupposto del provvedimento da adottare non sia una valutazione, ma*

25 Traducción libre: “La discrecionalidad se refiere de hecho a una potestad, e implica juicio y voluntad conjuntamente; la discrecionalidad técnica se refiere a un momento cognoscitivo, e implica solo opinión: lo que se refiere a la voluntad viene después, y puede implicar o no implicar una separada valoración discrecional”. GIANNINI, Massimo Severo, Ob. Cit., p. 488.

26 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., pp. 38-39

semplicemente un accertamento tecnico”²⁷; para Sánchez Morón “la ley confiere un ámbito de decisión de los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica”²⁸; Ventura define la discrecionalidad técnica como “el proceso, elaborado por el órgano administrativo competente, mediante el cual se procede a determinar los elementos propios de un mandato legislativo, carentes de precisión, en razón de su compleja naturaleza científica; dicho término alude a conocimientos que no puedan desprenderse de la experiencia común, o que, para establecer los mismos, haya que llevar a cabo un proceso de captación y análisis de datos empíricos”²⁹.

Para otro autor, como Manuel Martín González, la discrecionalidad técnica viene dada porque la alternativa que la Administración debe elegir viene determinada por criterios técnicos aplicables. En este sentido, el profesor Martín González, en ningún momento hemos estado ante un tipo de discrecionalidad, sino que ocurre que “la norma, que podría haberse remitido sin más y en bloque a la experiencia técnica, impone parte de los conocimientos de esta, dejando otros a precisar por la experiencia personal de quien haya de aplicar el

27 Traducción libre: no implica alguna posibilidad de valoración del interés público ni alguna libertad de elección, del mismo modo que aquella, en orden a la medida que deba adoptar: la valoración y la elección vienen en tales casos realizadas de una vez por todas y de forma vinculadas, a priori, por el legislador. En los casos en cuestión, por tanto, una vez realizada, del mismo modo que en disciplinas técnicas (...), la propia valoración (...), la autoridad administrativa - cuando no disponga tampoco de discrecionalidad administrativa - está vinculada a proceder de acuerdo al modo que el ordenamiento prevé para la hipótesis que la apreciación técnica contribuya a hacer reconocer (...). Y es preciso aclarar que no puede hablarse de discrecionalidad técnica en esos casos en donde el presupuesto de la medida que deba adoptar no es una valoración, sino simplemente una evaluación técnica. SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. 5ª ed. Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959. pp. 262-263

28 SANCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, Tecnos S. A., 1994. p. 129

29 VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique. *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo*. Tesis Doctoral. Madrid, España. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, 2010. p. 59

concepto”³⁰. Similar posición tienen García de Enterría y Sainz Moreno, que lo encuadran dentro de los conceptos jurídicos indeterminados, siendo para el primero de estos autores, conceptos indeterminados que implican juicios de valor que no llegan a excluir el control judicial, pero si lo limitan³¹; en tanto, el segundo señala que “la noción de “discrecionalidad técnica” se utiliza, pues, en aquellas materias en las que las normas jurídicas utilizan como presupuesto de la acción administrativa conceptos indeterminados. No se trata, por tanto, de una verdadera discrecionalidad, sino más bien de una técnica para reducir progresivamente la discrecionalidad”³². Sin embargo, frente a estas ideas, hay otros autores, como Guicciardi, que reconocen que aun cuando exista aplicación de criterios técnicos, la Administración debe elegir basados en criterios de oportunidad y conveniencia, señalando que *“si qualifica invece come discrezionalità tecnica quella dell’ autorità amministrativa alla quale la legge prescrive di far precedere la sua azione da operazioni o accertamenti condotti secondo le norme date dalla scienza o dall’ esperienza, ma alla quale la legge stessa consente di valutare i risultati di tali operazioni tecniche e di determinare il proprio comportamento in base alla valutazione compiuta”*³³.

³⁰ MARTIN GONZÁLEZ, Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. [en línea] Revista de Administración Pública, diciembre de 1967. Vol. 54 <[³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. Cit. p. 469](http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjI1MzImaWRIMzImaWRIPTEwMzcm dXJsPT0xOTY3XzA1NF8xOTcuUERGJmZpbGU9MTk2N18wNTRfMTk3LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3Vsby Zjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uu3BkZg==> [consulta: 22 septiembre 2016]. p. 227</p></div><div data-bbox=)

³² SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid, Civitas, 1976. p. 268

³³ Traducción libre: “Se califica en cambio como discrecionalidad técnica aquella de la autoridad administrativa a la cual la ley permite hacer su acción por medio de operaciones o constataciones llevadas a cabo según las normas dadas de la ciencia o de la experiencia pero a la cual la ley misma permite valorar los resultados de tales operaciones técnicas y de determinar el propio comportamiento en base a la valoración realizada”. GUICCIARDI, Enrico. La giustizia amministrativa. 3ª ed. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 16

Finalmente, parte de la doctrina, entre los que se encuentran de Vicente Domingo, ha señalado la inutilidad del concepto, basado en las confusiones y la existencia de pocos criterios que permiten delimitar qué es la discrecionalidad técnica³⁴ dejando de lado el estudio de ésta. De esta forma, de Vicente Domingo explica en relación con la discrecionalidad técnica que “su desaparición no traería consigo graves consecuencias pues la afinidad con los conceptos jurídicos indeterminados – técnica con la cual nuestros tribunales están familiarizados y en progresión permanente – hace que estos sustituyan con idéntica eficacia el correcto empleo de ellas”³⁵.

En la doctrina nacional no se ha planteado discusión acerca de la fisonomía de la discrecionalidad técnica, sin perjuicio que se han adoptado los conceptos que han sido expuestos previamente.

La conclusión que se podrían sacar de estas concepciones es que no es posible explicar qué es, de manera precisa, la discrecionalidad técnica, tal como fue señalado por una parte de la doctrina. Sin embargo, llegar a ella dejaría sin posibilidad de análisis de los otros aspectos de ella, lo cual dificultaría la búsqueda de respuesta a las preguntas planteadas en este trabajo. Pero, a pesar de las diferencias entre todas ellas, es posible sacar elementos que nos permitan establecer un concepto de discrecionalidad técnica.

Es claro que, en las definiciones, los criterios que se deben tomar en cuenta en el ejercicio de esta potestad son específicos, de acuerdo con la ciencia o técnica

34 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 46

35 VICENTE DOMINGO, Ricardo de. Las alteraciones del planeamiento: el control judicial de la ordenación del suelo. Madrid, La Ley, 1994. p. 109

de la que se trate, generalmente presente en áreas de alta especialización; y si bien, la ley establece expresamente estos criterios de manera objetiva, no siempre la ponderación de los mismos podría llevar a una misma respuesta correcta en el caso concreto. ¿La norma jurídica que establece la potestad deja margen para que en estos casos pueda decidir entre las distintas alternativas? La respuesta pareciera no ser uniforme, puesto que hay criterios especializados en los que su aplicación puede llevar a una única solución, pero la regla general es que a pesar de lo riguroso que puedan ser, siempre es posible que la Administración tenga un margen de decisión para determinar la actuación de ella, lo cual es característico de la discrecionalidad en general.

Así, una definición que considera todos los aspectos analizados por los autores mencionados es la que entrega Emilio Fernández Vásquez que se refiere a ella como “aquella en que la emisión del acto administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración Pública; o de la elección de un procedimiento técnico o científico; o, para distinguirla de la discrecionalidad administrativa en general se puntualiza que, tratándose de la discrecionalidad técnica, no está en escena ese personaje de primer plano que es el interés público”³⁶.

1.1.3. Conceptos relacionados

Dentro del ordenamiento jurídico y en los diversos trabajos sobre discrecionalidad y discrecionalidad técnica, se utilizan una serie de conceptos

36 FERNÁNDEZ VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 249.

que se encuentran en relación con el término estudiado, de tal manera que muchas veces son confundidos, siendo que no necesariamente son sinónimos. Por lo tanto, antes de proseguir el estudio en cuestión, es necesario hacer la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, interdicción de la arbitrariedad y deferencia.

1.1.3.1. Los conceptos jurídicos indeterminados

Los conceptos jurídicos indeterminados se denominan a “aquellos que describen en forma abstracta la hipótesis de hecho normativa o el tipo o criterio de la consecuencia jurídica”³⁷. El profesor García de Enterría señala se tratan de conceptos en donde la Ley “refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto”³⁸, lo cual implica que “la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto”³⁹. Sesín señala que “un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad”⁴⁰. Sainz Moreno define que un concepto es indeterminado, en términos generales, “cuando no tiene los límites precisos, esto es, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara”⁴¹. De Vicente Domingo señala que se trata de “un caso de aplicación de la ley a una

37 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Ob. Cit., p.116

40 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. Cit., p. 465

³⁹ Ídem

⁴⁰ SESÍN, Domingo Juan. Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Buenos Aires, Depalma, 1994. p. 173

⁴¹ SAINZ MORENO, Fernando, Ob. Cit., p. 70

circunstancia de hecho en la que, no obstante, la imprecisión de límites, el legislador ha querido acotar a un supuesto concreto”⁴².

Se tratan de conceptos que, a pesar de que no deja claro la manera como se limita la aplicación del concepto al caso concreto, sólo admite una solución para el caso concreto, lo cual significa que no deja margen de apreciación para otras posibles alternativas y se elija entre la más conveniente, como sí ocurre en el caso de la discrecionalidad⁴³.

El desarrollo de este concepto viene precisamente de la doctrina de la discrecionalidad, puesto que este se hacía extensivo a todos los casos en donde existía indeterminación en las regulaciones legales u omisión de ellas, es decir, una potestad era discrecional cuando era necesario un proceso intelectual más o menos complejo, así como también cuando la decisión no se encontraba directamente en la norma, sino que dependía de la voluntad del aplicador⁴⁴. Es la doctrina alemana quien reduce el concepto de discrecionalidad para aquellos supuestos en que la norma permite un ámbito de decisión de la Administración de las consecuencias jurídicas de la aplicación. En este sentido, se señaló que en el plano intelectual no existe discrecionalidad⁴⁵. A partir de esta concepción, se amplía el control jurisdiccional de la actividad administrativa, puesto que, en este caso, por medio de su utilización no existe un libre juicio del órgano encargado

⁴² VICENTE DOMINGO, Ricardo de, Ob. Cit., p. 117

⁴³ GUZMÁN SUÁREZ, Lionel, Ob. Cit., p. 55

⁴⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Madrid, Civitas, 2004. Vol. I, p. 530

⁴⁵ Idem

para que decida entre distintas alternativas, sino que se llega a una única solución justa⁴⁶.

Los casos en los que existen conceptos jurídicos indeterminados son variados, como lo sería, por ejemplo, la peligrosidad de una enfermedad, la contaminación de las aguas, idoneidad en un concurso, la urgencia en una contratación⁴⁷. En estos casos, la aplicación práctica de estos supuestos, de acuerdo con Sesín, “obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa según el caso, subsumiendo el hecho concreto a la norma”⁴⁸. Así, Chaïm Perelman se refiere a la existencia de nociones ambiguas señalando que “las nociones sólo pueden permanecer claras y univocas con relación a un campo de aplicación conocido y determinado. Una misma noción, como la del número, cuyo uso es perfectamente univoco en un sistema formal, dejara de tener esta nitidez cuando se utilice en ontología. Por el contrario, una noción eminentemente confusa, como la de la libertad, puede ver que algunos usos se clarifican en un sistema jurídico en el que se define el estatuto de los hombres libres en oposición con el de los esclavos. Pero, conviene señalar que el acuerdo sobre ciertos usos claros de una noción confusa, si presta servicios innegables en un campo determinado, será inutilizable en la mayoría de los casos en que se haya empleado antes la noción confusa”⁴⁹. Termina señalando finalmente que “el uso ambiguo de las nociones se completa por la especificación de situaciones tradicionalmente

⁴⁶ Ibidem, p. 533

⁴⁷ SESÍN, Domingo Juan, Loc. Cit.

⁴⁸ Ídem

⁴⁹ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado de la Argumentación. [en línea] Madrid, Gredos S. A., 5ª ed., 1989. <http://www.fis.cinvestav.mx/~lmontano/perelman_tratado_argumentacion.pdf> [consulta: 8 febrero 2017]. pp. 217-218

reglamentadas en las que se precisa al máximo la utilización de estas mismas nociones”⁵⁰.

En lo que se refiere a la discrecionalidad técnica es claro que en muchas ocasiones hace referencia a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, no significa que no exista un espacio para una decisión en el asunto: es precisamente ese margen el que caracteriza a la discrecionalidad y de no considerarlo, significaría desconocerlo como un tipo de discrecionalidad, puesto que sería un elemento reglado, y su aplicación estaría limitada por conceptos de justicia. Por lo tanto, si bien en muchas ocasiones los conceptos jurídicos indeterminados son parte importante de la discrecionalidad administrativa y de la discrecionalidad técnica, ello no significa que sea el elemento más importante de éstas.

Por lo demás, Sesín menciona la existencia de diferencias cualitativas entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad y cuantitativas entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados. La primera reside en que el concepto jurídico indeterminado sólo presupone en su concreción una solución justa, oponiéndose a la discrecionalidad cuya es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas, razón por la cual el concepto jurídico indeterminado como un problema de interpretación y aplicación de ley⁵¹. En tanto la segunda es una diferencia de grado, representando por dos técnicas normativas distintas, porque íntimamente tienen por objetivo realizar lo preceptuado por el legislador, siendo la tarea de subsunción de aplicación automática en los conceptos jurídicos indeterminados y de una compleja

⁵⁰ Ibidem, p. 218

⁵¹ SESÍN, Domingo Juan, Ob. Cit., p. 176

metodología interpretativa en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados. En ambos casos, es admisible solamente una solución justa⁵².

Por tanto, en estos casos, se manifiestan las principales diferencias entre estos dos términos, principalmente siendo la cantidad de soluciones posibles entre un término y otro y los tipos de procesos que conllevan en sí: por un lado, los conceptos jurídicos indeterminados llevan en sí un proceso interpretativo y en la discrecionalidad lleva en sí un proceso volitivo.

Sin perjuicio de la importancia de los conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de las potestades de la Administración, no debe haber margen de confusión entre estos y la potestad discrecional, en especial a lo referente a la discrecionalidad técnica, puesto que, tal como lo señala Sesín, responden a problemas conceptuales distintos.

1.1.3.2. Interdicción de la arbitrariedad

Otro concepto relacionado a la discrecionalidad es el de “interdicción de la arbitrariedad”. Aunque en algunas ocasiones son confundidos estos conceptos, hay que señalar que son términos contrarios entre sí⁵³. Se ha definido a la arbitrariedad como un acto contrario a la razón, a las leyes y la justicia, basado en el mero capricho⁵⁴. A contrario sensu, la discrecionalidad siempre será un acto acorde a la lógica, a las leyes y la justicia, por lo que siempre es necesario que su

⁵² Ibidem, p. 179

⁵³ GUZMÁN SUÁREZ, Lionel, Ob. Cit., p. 59

⁵⁴ Idem

ejercicio tenga una justificación razonable, objetiva y congruente con la realidad. De esta manera, el acto discrecional siempre debe estar motivada en su ejercicio y con una justificación objetiva⁵⁵.

Así, Tomás Ramón Fernández ha señalado que existe una distinción “entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo de una fundamentación que lo sostiene”⁵⁶. Este es el punto de partida para que distinga criterios diferenciadores de cada uno de estos conceptos: el primero es la motivación de la decisión, puesto que “si no hay motivación que la 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. Lo no motivado es ya por este sólo hecho arbitrario”⁵⁷. El segundo, tal como lo mencionamos anteriormente, es la necesidad de una justificación objetiva, puesto que el poder administrativo es un “poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho”⁵⁸.

Esto hay que relacionarlo con el artículo 7º de la Constitución Política, que establece que “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o

⁵⁵ Ibidem, pp. 60-65

⁵⁶ FERNANDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid, Civitas, 1991. pp. 105-106

⁵⁷ Ibidem, pp. 106-107

⁵⁸ Ibidem, pp. 108-109

derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. Así, los órganos del Estado no deben actuar fuera de su ámbito de su competencia, ni aún por circunstancias extraordinarias, buscando de esta manera evitar todos aquellos actos que se encuentran fuera de sus funciones realizados por mero capricho, que es precisamente una de las características esenciales de un acto arbitrario.

Hay que señalar que en lo que respecta a la discrecionalidad técnica, es menos problemático que en la discrecionalidad administrativa, porque a pesar del margen para tomar una decisión se establecen cuáles son los criterios a considerar para ello, cuestión que no siempre ocurre en la discrecionalidad. Pero esta característica no deja exenta a la administración de la necesidad de motivar su decisión. Ello es acorde con el principio de publicidad y transparencia establecido en el artículo 8° de la Constitución, y con lo establecido en los artículos 16 y 41 de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, que establece el principio de publicidad y transparencia de los procedimientos administrativos y la necesidad de motivación del acto originado de él.

1.1.3.3. Deferencia

Finalmente, el último concepto con el que se relaciona la discrecionalidad técnica es el de deferencia, sobre lo cual se señala que su estudio permite

entender el papel de la discrecionalidad técnica y el control de la misma⁵⁹. Se ha definido como aquel principio en el cual “en primer lugar, los Poderes Públicos se deben entre sí una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía y, en segundo lugar, los órganos del Estado reconocen y respetan las esferas de competencia en que cada uno tiene derecho a tomar decisiones con autonomía relativa”⁶⁰. Así, el Tribunal Constitucional señala que “este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí”⁶¹.

El desarrollo que ha presentado el Tribunal Constitucional respecto de este principio es, en un inicio, de deferencia hacia el legislador, deduciendo de las sentencias, de acuerdo con lo señalado por el profesor Zapata, dos elementos constitutivos de este principio: por un lado, la autonomía del legislador⁶² entendiendo en este sentido que las decisiones que tome el legislador son “fruto del consenso de los órganos colegisladores y constituyendo, en su carácter de ley, una declaración de voluntad de los órganos competentes, revestidos de potestades soberanas fundadas, al efecto, en los artículos 5º, 32 y 63 de la Carta Fundamental, cuya transgresión no ha sido impugnada en este requerimiento ni en ningún otro, por lo cual ha de entenderse acogida al principio de conformidad de las normas a la Constitución, quedando excluida del control constitucional cualquier consideración acerca del mérito, bondad o

59 VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique, Ob. Cit., pp. 2-4. La deferencia del derecho norteamericano es un criterio que permite delimitar hasta qué punto los tribunales de justicia pueden controlar el ejercicio de las potestades de las agencias especializadas. Este ha servido para limitarlo en mayor o menor medida, puesto que los tribunales deben tener claro que la Administración tienen un espacio para decidir.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, 4 de agosto de 2000, Parte Expositiva, p. 11

⁶¹ Ibidem, Considerando 2º

⁶² ZAPATA, Patricio. Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. pp. 233-247

idoneidad material de las opciones del legislador por incursionar en una cuestión de mérito”⁶³; y por otro lado, la presunción de constitucionalidad de los actos del legislador⁶⁴ que consiste en “que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella”⁶⁵.

Sin embargo, a partir del año 2005, momento en el cual se amplía la competencia del Tribunal al tener el control concreto de constitucionalidad por medio de la acción de inaplicabilidad, aplica el principio de deferencia también a los órganos judiciales⁶⁶. En relación con esto ha establecido la siguiente doctrina: ha señalado que no puede establecer cuál es la norma aplicable al caso concreto, respecto de lo cual ha dicho que “se pretende que este Tribunal decida nada más que si una o dos normas legales, no la serie entera de ellas, son o no utilizables por el juez para la decisión de un caso concreto, o con qué sentido y alcance deben ser entendidas por el juzgador para decidirlo,

⁶³ Tribunal Constitucional, Rol 1153-08, 30 de septiembre de 2008, Considerando Noveno. También se reconoce la autonomía por parte del mismo Tribunal en las siguientes sentencias: Rol 280-98, 20 de octubre de 1998, Considerando 19º; Rol 815-07, 19 de agosto de 2008, Considerando Decimo; Rol 1217, 31 de enero de 2009, Considerandos Octavos y Décimos; Rol 1244-08, 2 de junio de 2009, Considerando Decimosegundo; Rol 1337-09, 20 de agosto de 2009, Considerando Decimosegundo; Rol 1380-09, 3 de noviembre de 2009, Considerando Decimosegundo; Rol 1467, 29 de diciembre de 2009, Considerando Decimosegundo; Rol 1535, 28 de enero de 2010, Considerando Decimonoveno; Rol 2398-13, 27 de agosto de 2013, Considerando 18º; Rol 2340-12, 12 de septiembre de 2013, Considerando 18º; Rol 2470-13, 2 de diciembre de 2013, Considerando 14º; Rol 2438-13, 10 de abril de 2014, Considerandos Vigésimosegundo y Vigésimoctavo; Rol 2838-15, 21 de junio de 2016, Considerando Vigésimoprimerero.

⁶⁴ ZAPATA, Loc. Cit.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, 4 de agosto de 2000, Considerando 2º. También se recoge en las siguientes sentencias: Rol 626-06, Considerando Sexto; Rol 634-06, 9 de agosto de 2007, Considerando Decimoquinto; Rol 1254-08, 29 de junio de 2009, Considerandos Decimoctavo y Vigésimoquinto; Rol 1710-10, Considerando Vigésimoprimerero

⁶⁶ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Auto-restricción, deferencia, y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y su desarrollo. [en línea]. Estudios constitucionales, 2014, Vol. 12 Núm. 1 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100009> [consulta: 09 febrero 2017]

problemas cuya dilucidación incumbe realizar a la judicatura ordinaria y, por tanto, extraños a las atribuciones de esta Magistratura”⁶⁷; ha establecido que no puede pronunciarse sobre los efectos de una ley en el tiempo, porque “consiste en una cuestión de legalidad o de sucesión de leyes en el tiempo cuya resolución corresponde a los jueces del fondo; competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado”⁶⁸; que como Tribunal, en virtud del principio de deferencia, tampoco le corresponde pronunciarse sobre los hechos de la causa, puesto que “la comprobación de la concurrencia de los hechos de las normas, es tarea del juez”⁶⁹; que tampoco le corresponde pronunciarse sobre los aspectos procesales de la causa, por lo que “no le corresponde calificar al Tribunal Constitucional las reglas procesales, la carga de la prueba, las facultades del juez o las garantías que se derivan de aplicar uno u otro procedimiento legal. Parte de la deferencia de esta Magistratura con el juez de fondo, es preservar dicha jurisdicción laboral y de derecho común concernida, respectivamente”⁷⁰; y que tampoco le corresponde analizar la correcta interpretación o aplicación de una norma legal, “puesto que no es de su esfera competencial el resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto legal que pudiere efectuar un tribunal, lo que corresponderá corregir, en su caso, a través de los recursos que contemplan las leyes de procedimiento”⁷¹.

⁶⁷ Tribunal Constitucional, Rol 1390-09, 8 de abril de 2010, Considerando Decimosegundo

⁶⁸ Tribunal Constitucional, Rol 503-06, 19 de julio de 2006, Considerando 9°

⁶⁹ Tribunal Constitucional, Rol 2670-14, 2 de diciembre de 2014, Considerando Séptimo

⁷⁰ Tribunal Constitucional, Rol 2014-11, 6 de noviembre de 2012, Considerando Sexto

⁷¹ Tribunal Constitucional, Rol 1416-09, 14 de julio de 2009, Considerando 19°

Por tanto, a lo largo de sus sentencias, ha aplicado el principio de deferencia tanto al legislador como al juez que conoce de un caso, restándose del análisis del mérito en la creación o aplicación de normas y sólo concentrándose en el control de constitucionalidad de las mismas, efectuando un análisis en abstracto o en concreto, según corresponda, de la concordancia de una norma jurídica con la Constitución Política.

A nivel de derecho comparado, su referencia más clara es en el derecho norteamericano, en donde se toma en consideración a la hora de ejercer el control de las potestades de las agencias especializadas⁷². Se destaca en este sentido el caso *Kelo v. City of New London*, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos debe pronunciarse acerca del Plan de Desarrollo para la ciudad de New London llevado a cabo por la *New London Development Corporation* (NLDC), para la reactivación económica de la ciudad, la cual incluía “la construcción de un nuevo Puerto, un paseo marítimo peatonal, un museo público de la Guardia Costera y un parque público adyacente, así como otras instalaciones menores tales como restaurantes, nuevas residencias, oficinas y otros locales comerciales”, para lo cual se requería la compra de algunas de las parcelas en la zona de Fort Trumbull. Sin embargo, algunos de los dueños se negaron a vender sus terrenos, por lo que la NLDC, a nombre del ayuntamiento de la ciudad, invoca la prerrogativa del “dominio eminente”, para llevar a cabo la expropiación. Ante esta situación, el caso llega al Tribunal de New London, quien anula parcialmente la expropiación, por lo que tanto los propietarios como la NLDC recurren al Tribunal Superior de Connecticut, el cual le dio validez al proceso completo. Ante esta situación, los propietarios recurren a la Corte

72 VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique, Ob. Cit., pp. 9-17

Suprema, quien confirma la sentencia del Tribunal Superior de Connecticut⁷³. En particular, en este caso la Corte establece cuestiones importantes, respecto a lo que se entiende por uso público y la deferencia de la Corte respecto de las decisiones de los órganos y legislaturas para tomar estas decisiones y llevarlas a cabo. En lo que se refiere a esta última, la Corte Suprema de Estados Unidos mantiene la jurisprudencia que ha aplicado a lo largo de años: puede determinar qué es uso público y si este se presenta en el caso, pero no puede entrar a analizar el mérito de la decisión de los organismos respectivos. Así, por ejemplo señala que *“without exception, our cases have defined that concept broadly, reflecting our longstanding policy of deference to legislative judgments in this field”*⁷⁴, lo cual ejemplifica citando a la jurisprudencia establecida en *Berman v. Parker* de la siguiente manera: *“in the present case, the Congress and its authorized agencies have made determinations that take into account a wide variety of values. It is not for us to reappraise them. If those who govern the District of Columbia decide that the Nation’s Capital should be beautiful as well as sanitary, there is nothing in the Fifth Amendment that stands in the way”*⁷⁵. De esta manera, la Corte hace aplicación del principio de deferencia en este caso, dejando en claro que *“when the legislature’s purpose is legitimate and its means are not irrational, our cases make clear that empirical debates over the wisdom of takings - no less than debates over the wisdom of other kinds of*

⁷³ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores. Interés público, actividades privadas y expropiación en el derecho comparado. [en línea] InDret Revista Para el Análisis del Derecho, abril 2015, Núm. 2/15 <http://www.indret.com/pdf/1137_es.pdf> [consulta: 16 febrero 2017]

⁷⁴ Traducción libre: “Sin excepción, nuestros casos han definido ese concepto ampliamente, reflejando nuestra política de larga data de deferencia a la opinión legislativa en este ámbito”. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 545 U. S., 23 de junio de 2005, p. 10. [en línea] <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/04-108P.ZO>> [consulta: 16 febrero 2017]

⁷⁵ Traducción libre: “En el presente caso, el Congreso y sus agencias autorizadas han hecho determinaciones que han tomado en cuenta una amplia variedad de valores. No son para nosotros reevaluables. Si quienes gobiernan el distrito de Columbia deciden que la Capital de la Nación debería ser tanto bella como limpia, no hay nada en la Quinta Enmienda que lo impida”. Ibidem, p. 11

*socioeconomic legislation - are not to be carried out in the federal courts*⁷⁶, agregando que *“it is not for the courts to oversee the choice of the boundary line nor to sit in review on the size of a particular project area. Once the question of the public purpose has been decided, the amount and character of land to be taken for the project and the need for a particular tract to complete the integrated plan rests in the discretion of the legislative branch [...] This Court’s authority, however, extends only to determining whether the City’s proposed condemnations are for a “public use” within the meaning of the Fifth Amendment to the Federal Constitution*⁷⁷. Finalmente, señala que *“would empower- and might often require – courts to substitute their predictive judgments for those of elected legislatures and expert agencies”*⁷⁸. En virtud de este razonamiento, la Corte no extiende su decisión al mérito de la medida tomada por la legislatura o agencia especializada.

Manuel Ventura se refiere a su relación, en específico, con la discrecionalidad técnica. De acuerdo con el autor, el Tribunal Supremo español ha establecido el paralelismo de estos conceptos señalando que permite el enriquecimiento de la profundización del procedimiento de toma de decisiones, puesto que valora la toma de decisiones dejando un margen de toma de decisiones de manera amplia,

⁷⁶ Traducción libre: “Cuando la propuesta de la legislatura es legítima y su significado no es irracional, nuestros casos dejan claro que los debates empíricos sobre la sabiduría de las decisiones – ni menos los debates sobre la sabiduría de otros tipos de legislaciones socioeconómicas- no son llevadas a cabo por las cortes federales”. Ibidem, p. 17

⁷⁷ Traducción libre: “No están las cortes para supervisar la elección del límite ni asistir en la revisión del tamaño del área de un proyecto en particular. Una vez que la cuestión del propósito público ha sido decidida, la cantidad y el carácter de la tierra a ser tomada por el proyecto y la necesidad para un tramo particular para completar el plan integral descansa en la discreción del Poder Legislativo [...] La autoridad de esta corte, sin embargo, se extiende solo a determinar si las expropiaciones son para un uso público dentro del significado de la Quinta Enmienda de la Constitución Federal”. Ibidem, pp. 18-19

⁷⁸ Traducción libre: daría poder – y puede a menudo requerir – a las cortes sustituir sus decisiones predictivas por las elegidas por las legislaturas y agencias especializadas”. Ibidem, p. 18

basado en la confianza existente para la Administración⁷⁹. Por lo que permite delimitar el control del ejercicio de estas facultades, sin reemplazar las decisiones tomadas.

Cada uno de estos conceptos, relacionados con la discrecionalidad, no pueden, dado lo expuesto, ser considerados como sinónimos, pero cada uno ayuda a comprender de mejor manera como se pone en ejercicio la potestad discrecional técnica. Sin perjuicio de ello, Cordero señala la existencia de una categoría “intermedia” entre la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, denominado “concepto de discrecionalidad cognitiva”, que generaría mayor, porque tienen menos posibilidad de ser susceptible de ser reproducido judicialmente y que no están definidos con relativa indeterminación, pero que no llegan a conceder a la administración verdadera discreción⁸⁰.

1.2. Características de la Discrecionalidad Técnica

Para determinar la posibilidad de control judicial de la discrecionalidad técnica y, posteriormente, los criterios que deben tenerse a la hora de determinar si se ajustan o no al ordenamiento jurídico las decisiones, es necesario establecer la clasificación de la discrecionalidad, como se encuadra la discrecionalidad técnica en cada una de las categorías que se presentan y los límites de su ejercicio.

79 VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique, Ob. Cit., p. 80. En el derecho español, el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad, como regla general, de controlar a la Administración en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, dejando sin posibilidad de revisión el acto. Lo que propone Ventura es que se tome en consideración este concepto, con el fin que se controle, pero sin que sea el órgano judicial quien tome la decisión.

80 CORDERO VEGA, Luis. Los Hechos y los Supuestos de Hecho Para el Ejercicio de Potestades Administrativas. Aplicación a un Caso. Revista de Derecho Público. 62: 188

En primer lugar, para analizar esta posibilidad de control de la discrecionalidad en general y de la discrecionalidad técnica en particular, hay que señalar, en primer lugar, que se entiende por cada una de ellas. Se entenderá que una potestad es discrecional cuando la administración, al subsumir los hechos a la norma jurídica que contiene la potestad, llega a varias respuestas o soluciones posibles y cada una de ellas son admisibles para el ordenamiento jurídico, debiendo ser el órgano que aplica la norma quien debe decidir cuál de todas las soluciones será la que se concretará en la realidad. Ejemplo de esta discrecionalidad se pueden apreciar en los concursos públicos de antecedentes, en los cuales al momento de elegir un candidato para ocupar un cargo determinado, aplicando todos los requisitos solicitados, llegan a dos o más posibles candidatos que cumplen con todos ellos que pueden ocupar el cargo, quedando a criterio del órgano encargado de llevar a cabo la elección determinar el cargo que debe ocupar; o también puede suceder que ante una situación determinada, el órgano pueda decidir o no actuar. Mientras, la potestad técnica cumple con las mismas características que la discrecionalidad, es decir, también a través de la aplicación de la norma se lleva a dos o más soluciones posibles, con la salvedad que los elementos que se aplican en el hecho exceden del ordenamiento, debiendo aplicar el conocimiento especializado en otras ciencias distinta de las jurídicas para llegar a estas soluciones y decidir cuál de todas ellas hay que aplicar.

Cabe señalar que, a pesar de que en general la discrecionalidad técnica se considere que sea una especie de discrecionalidad, hay autores que, por las características que presenta, estiman que no debiera considerarse como una potestad discrecional, sino como una potestad reglada, puesto que es la ley la que

establece los parámetros técnicos y no dejaría margen para que la Administración pudiera tomar una decisión entre las distintas alternativas, teniendo una única opción⁸¹.

Sin embargo, esta idea no puede ser aceptada, puesto que tal como señalamos previamente, la aplicación de parámetros técnicos de una ciencia determinada no impide que exista más de una alternativa e impida que pueda la Administración dentro de ese margen. Además, confunde el concepto de discrecionalidad técnica con los conceptos jurídicos indeterminados. Es por eso que no es posible caracterizar a la discrecionalidad técnica como una potestad reglada. Sin perjuicio de ello, también hay que considerar que una potestad reglada o discrecional no existe de forma pura, sino que las normas pueden tener elementos discrecionales como reglados. De esta manera “la discrecionalidad administrativa se puede presentar (de distintas formas) respecto de ambos elementos de la norma administrativa, es decir, puede operar tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas”⁸².

Para entender de mejor manera el concepto estudiado, hay que considerar que discrecionalidad técnica se contrapone al concepto “discrecionalidad puramente administrativa”, la que se caracteriza por dejar a la administración espacio para la toma de decisiones, de acuerdo con lo que el órgano estime conveniente.

1.2.1. Tipos de Discrecionalidad

81 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., pp. 42-43.

82 CARRASCO FUENTES, Patricio, Ob. Cit., p. 71

De acuerdo con la profesora Eva Desdentado, cada uno de los tipos de discrecionalidad se trata de conceptos específicos⁸³, los cuales presenta particularidades que influyen en el ámbito de decisión que tiene la Administración, en el ejercicio de sus potestades.

Una primera tipología, la cual fue definida por la Profesora Desdentado dependiendo del ámbito de acción, distingue entre discrecionalidad fuerte y discrecionalidad instrumental. La primera hace referencia a los supuestos en donde quien ejerce la potestad realiza elecciones dentro de un ámbito de decisión propio entregado por el sistema jurídico; mientras que el segundo se trata de un supuesto en donde el titular de la potestad realiza elecciones para el ejercicio de su función, pero no dispone de un ámbito de acción propio, puesto que no ha sido entregado por el ordenamiento jurídico⁸⁴.

Otra distinción establecida por la misma autora es de acuerdo con los tipos de actuación de los poderes políticos, identificándose la discrecionalidad política, la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad jurídica. La primera es la que se ejerce en la función legislativa, es decir, la elección de un amplio margen de opciones políticas; la segunda se refiere a la realización de elecciones para la consecución de los fines establecidos por el legislador o en la especificación de los fines (administración directa); la última se refiere a la interpretación y aplicación de normas a un caso concretos (administración indirecta)⁸⁵.

83 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 21

84 Esta tipología se construyó a partir de una comparación efectuada por la profesora Desdentado de las concepciones de discrecionalidad de Hart, Kelsen, MacCormick, y Dworkin. DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. 2ª ed. Elcano, Editorial Aranzadi, 1999, p. 52.

85 La distinción entre administración directa e indirecta la efectúa a partir de los planteamientos de Kelsen. DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., pp. 23-24

Estas categorías se relacionan entre sí, de manera tal que, por ejemplo, se puede caracterizar a la discrecionalidad política y la discrecionalidad administrativa como una discrecionalidad fuerte, mientras que la discrecionalidad jurídica es una discrecionalidad instrumental⁸⁶.

Sin embargo, se discute si la discrecionalidad administrativa tiene un ámbito de decisión propio o no, lo que implicaría, en caso de no tenerla, ser una discrecionalidad puramente instrumental. Habría acuerdo de parte de la doctrina que en la aplicación de términos indeterminados no hay discrecionalidad administrativa, porque en su aplicación no hay más que una solución justa. Pero algunos autores sostienen que en base a la interpretación de estos conceptos da margen para más de una solución. Sin perjuicio de ello, la profesora Desdentado mantiene que su postura es que la Administración no tiene discrecionalidad fuerte, sino meramente instrumental, lo cual implica que está sujeta a revisión⁸⁷.

En este ámbito, entonces, cabe hablar de la discrecionalidad técnica. Es claro que, de acuerdo con el órgano que la ejerce, estamos ante una discrecionalidad administrativa. Pero ¿es una discrecionalidad fuerte o una discrecionalidad instrumental? Si consideramos que es una discrecionalidad fuerte, entonces, como es señalado por los autores, no es posible que sea objeto de control alguno; si es una discrecionalidad instrumental, entonces es necesario que, al ser una administración indirecta, sea objeto de control. La postura de la profesora Desdentado es que la Administración, en general, no posee una discrecionalidad fuerte, por lo que sus decisiones, de administración indirecta, son plenamente

86 Ibidem, 24-25

87 Ibidem, p. 25

revisables y modificables⁸⁸. Si son modificables, entonces, ¿hasta dónde pueden serlo? o dicho de otra manera ¿hasta dónde la Administración podría tener discrecionalidad en sentido fuerte, que podría impedir un control de la misma por parte de los tribunales? La respuesta está dada en los conceptos dados por la norma jurídica y que deja un margen de decisión, en donde se analiza desde el punto de vista de lo más conveniente, siendo este un ámbito de decisión propio. Es en este margen en donde los tribunales no deberían inmiscuirse⁸⁹.

Sin embargo, contradiciendo lo señalado por la autora, hay que destacar que en el sistema constitucional chileno se reconoce discrecionalidad de carácter fuerte a órganos de carácter administrativos, como por ejemplo, al Banco Central en los artículos 108 y 109 de la Constitución Política y en la Ley 18840 Orgánica Constitucional del Banco Central; también se reconoce esta discrecionalidad al Ministerio Público, en el artículo 83 de la Constitución Política de la República y se pueden encontrar manifestaciones a nivel legal, por ejemplo, en los artículos 166 y ss. del Código Procesal Penal.

1.2.2. Límites de la discrecionalidad técnica

La importancia de los límites radica en que la discrecionalidad, como género, y la discrecionalidad técnica, como su especie, son conceptos finitos y existen los medios para determinar su extensión. Sobre todo, en el ámbito de la discrecionalidad, puesto que no puede quedar espacio para la arbitrariedad. Por tanto, siempre es necesario que se establezcan límites para el ejercicio de sus

88 Ibidem, p. 26-27

89 Ibidem, pp. 27-28

potestades, de manera tal que no pueda pasarse a llevar los derechos de las personas⁹⁰.

A nivel formal, los límites están dados por la Constitución y la ley. Es decir, los actos de la Administración deben respetar los preceptos constitucionales y legales, debiendo actuar dentro de lo establecido por las normas jurídicas. Por ello, hay que destacar que la Constitución Política de la República establece, en el artículo 7° que los funcionarios públicos deben actuar en el ámbito de su competencia, previa investidura regular, dentro de lo establecido por la ley, lo cual debe cumplirse en el ejercicio tanto de las potestades regladas como de las discrecionales.

Otros límites formales están dados por los antecedentes de hecho (los cuales deben encuadrarse en los supuestos jurídicos, es decir, debe ser un hecho que tenga las virtudes para producir una consecuencia jurídica y que generalmente son la causa del acto) y consideraciones de derecho, que sirven para fundamentar el actuar de la Administración del Estado. Esto porque siempre es necesario que los órganos actúen con un motivo, de acuerdo con el artículo 8° de la Constitución, que consagra el principio de publicidad y transparencia. Finalmente, hay que valorar estos antecedentes para tomar una decisión⁹¹.

Lionel Guzmán señala que la doctrina moderna del Derecho Administrativo ha desarrollado esto en el sentido que no se puede ejercer la competencia y que se ha perfilado los límites de la Constitución considerando que no se debe conculcar el principio de juridicidad, para mantener la seguridad jurídica; no se

90 GUZMÁN SUÁREZ, Lionel, Ob. Cit., p. 36-37

91 CORDERO VEGA, Luis, Ob. Cit., pp. 181-188

desconoce la supremacía de la ley, puesto que se puede trasladar el ámbito de decisión a la Administración; y no discute ni limita el control judicial⁹².

De esta manera, se han podido configurar distintos principios que permiten limitar el ejercicio de la discrecional en general y que se aplican, de igual manera, a la discrecionalidad técnica. Los principios que se han identificado por estos efectos son la razonabilidad, la proporcionalidad, la probidad, el principio de juridicidad y los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana⁹³.

La razonabilidad dice relación con actuar, pero no cayendo en actos caprichosos o arbitrarios. La decisión que debe tomar en el caso concreto debe ser la más acertada, basado en los antecedentes pertinentes, de acuerdo con la situación en donde se tiene que tomar la decisión respectiva⁹⁴.

La proporcionalidad se refiere a la relación entre medios empleados y los fines que se busca para conseguir estos. La alternativa que se elija debe ser la más adecuada para el cumplimiento de los objetivos previstos en la norma legal⁹⁵.

La probidad se relaciona con una actuación de la Administración orientada al bien común y no debe buscar otro fin distinto a este⁹⁶. Este principio se

92 GUZMÁN SUÁREZ, Lionel, Ob. Cit., p. 38

93 Ibidem, pp. 38-40

94 Ibidem, p. 38

95 Ibidem, p. 39

96 Ídem

encuentra consagrado en el artículo 8° de la Constitución, aunque esta hace referencia a la conducta del funcionario⁹⁷.

El principio de juridicidad hace referencia a lo señalado en el artículo 7° de la Constitución, es decir, debe actuar dentro del ámbito de su competencia en conformidad con el ordenamiento jurídico. La consecuencia de no respetar esto es que el acto es nulo. Cabe destacar que este principio es una forma evolucionada de la legalidad, el que “superó su carácter simplemente regulador de estructuras y normas de competencias para hacerse realizadora del Derecho-derecho”⁹⁸, puesto no sólo reconoce la existencia de un sistema con normas emanadas de manera formal, sino que también reconoce los principios que subyacen a ellas y la existencia de derechos que emanan de la naturaleza humana.

Por último, en lo que se refiere a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, la Administración, en el ejercicio de sus potestades deben respetar los derechos de las personas, lo cual es acorde a lo señalado por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución⁹⁹. Es así como los artículos 20 y 21 de la Carta Fundamental establecen dos acciones constitucionales que tienen por objetivo, por acción u omisión ilegal o arbitraria que amenace, perturbe o prive, la protección de alguno de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Así, el artículo 21 trata de la acción de amparo y se ejerce en el caso en que se vulnera el derecho a la libertad individual y seguridad personal en el artículo 19 N° 7; mientras que el artículo 20 trata de la acción de

97 Ídem

98 ídem.

99 PANTOJA BAUZÁ, Rolando. El Principio de Juridicidad. Revista de Derecho Público. 62: 156-157

protección y se ejerce ante la vulneración de algunos de los derechos consagrados en el artículo 19. De esta manera, se puede apreciar de manera concreta como los derechos emanados de la naturaleza humana actúan como límite a los actos administrativos, entre ellos, los que emanan del ejercicio de potestades discrecionales.

Estos son los principios que más claramente se presentan a nivel nacional, sin perjuicio que la doctrina comparada agregue otros¹⁰⁰. Lo importante es que estos permiten establecer el campo de acción en donde puede actuar la Administración en el ejercicio de sus potestades. Cabe destacar que también hay que tomar en consideración los principios generales del derecho, que también son tomados en consideración a la hora de interpretar y delimitar la actuación de los órganos del Estado¹⁰¹.

1.3. Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica

El profesor Pantoja define el control como “una actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo según los patrones objetivos que sirven de base al control”¹⁰². Se trata de revisar el acto administrativo pronunciado en ejercicio de una potestad discrecional, en este caso de una potestad discrecional técnica, para analizar los posibles vicios que pueden estar subyacentes en ella.

100 GUZMÁN SUÁREZ, Lionel, Ob. Cit., pp. 39-40. Se agregan como principios que limitan la discrecionalidad en general indelegabilidad, independencia, obligatoriedad y especialidad.

101 Ibidem, p. 40

102 PANTOJA BAUZÁ, Rolando. La Organización Administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 351

Es claro que, en el caso de la potestad reglada, hay parámetros objetivos que permiten establecer los estándares más adecuados para determinar el cumplimiento de la norma: hay una única solución en el caso concreto y si la solución es distinta, queda claro que la norma jurídica no se cumplió: es claro que debe existir un control, puesto que es la norma jurídica la que debe actuar en el caso concreto bajo este contexto. Pero en el caso de la discrecionalidad técnica, en lo que se refiere al control judicial de la misma, da lugar a dos preguntas: ¿puede controlar la discrecionalidad técnica cuando se establece un margen para que la Administración pueda actuar en la toma de decisiones? Y, por otro lado, ¿puede el órgano judicial reemplazar la decisión que tomó el órgano administrativo?...

Esas son las interrogantes que pretenden responder los distintos autores respecto del control de la discrecionalidad en general y en específico, de la discrecionalidad técnica. Lo que se hará a continuación, siguiendo el planteamiento de la profesora Desdentado, es exponer las distintas posturas en relación con el control judicial de la discrecionalidad técnica, estableciendo si es posible ejercer un control de estas potestades.

Ya en las distintas definiciones que se daba del concepto de discrecionalidad técnica permite ya intuir cuál es la respuesta que dan a las preguntas señaladas anteriormente, puesto que cada concepción que se presenta en el caso que se señala permite determinar la posibilidad de control en cada una de ellas y hasta qué punto puede ella ser controlada.

Las concepciones en cada caso buscan delimitar el ámbito de acción y de extensión del ejercicio de estas potestades. Dependiendo de cuán amplio se considere ella, es posible determinar cuánto puede ser objeto de control. De allí que se den posturas distintas, de acuerdo con lo que se quiera responder: concepciones que no admiten el control judicial de la discrecionalidad técnica (y en algunos casos, de ningún tipo de discrecionalidad); concepciones que admiten control, pero no permiten que el órgano que controla reemplace la decisión por una propia y, finalmente, aquella que permite tanto su control como su reemplazo.

1.3.1. No se puede ejercer un control judicial de la discrecionalidad técnica

Existen autores que postulan que la discrecionalidad técnica no puede ser objeto de control por parte de los tribunales. Los argumentos para fundamentar esta postura son diversos, dependiendo de la manera como conciben la discrecionalidad técnica.

García de Enterría es uno que está a favor de esta postura, reconociendo que han existido “aplicaciones excesivas en alguna ocasión, en que el juez se ha sustituido lisa y llanamente en el lugar de los órganos políticos y técnicos”¹⁰³ lo que para este autor “sería una suplantación, una verdadera invasión de esferas de poder y de responsabilidad que no pertenecen al juez”¹⁰⁴.

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid, Civitas, 1989. p. 55

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 53. Sin embargo, hay que hacer el alcance que, para el autor, esto no significa que exista una exención total de control de los actos resultantes del ejercicio de la potestad. En efecto, reconoce que “en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control de los mismos”. Por ello, desde este punto de vista, se puede hacer un primer control externo de

En similar sentido lo señala Muñoz Machado, el cual establece que esta extensión de control implica que los tribunales se inmiscuyan en las funciones de otros poderes del Estado¹⁰⁵. En ambos casos, como lo expresa la profesora Desdentado, habría una vulneración de la división de poderes¹⁰⁶.

Nieto, quien sigue una misma línea que los autores anteriores, se hace cargo, a su vez, de la crítica que se hace a la idea de que el control vulnera la división de poderes. Si bien considera que la discrecionalidad envuelve una operación cognoscitiva de conceptos indeterminados y no volitiva, también niega que sea posible controlar el ejercicio de estas potestades, salvo que haya habilitación especial para la misma. En este sentido, señala que se adhiere a la solución Kellner en donde “forzada por la especial naturaleza de las cosas, es decir, por las dificultades de revisar un examen, la norma entrega una habilitación en blanco al Tribunal («rigurosamente personal»), y da, sin más, validez a su decisión. De un modo paralelo a las operaciones volitivas, aquí, por excepción, cualquier juicio del Tribunal es válido”¹⁰⁷. En la misma línea se mantiene Mozo Seoane, aunque agrega que la habilitación no siempre se produce, puesto que “el

la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional. En este sentido, considera como técnica de control de estas potestades la desviación de poder (teniendo en cuenta que el fin que cumple la potestad es un elemento reglado); el control de los hechos determinantes que dan lugar al ejercicio de la potestad discrecional; la distinción entre lo que es una potestad discrecional y un concepto jurídico indeterminado; y el control a través de los principios generales del derecho. En conclusión, la imposibilidad de control de la discrecionalidad no impide el control del acto resultante, sino que hace referencia a la imposibilidad que tienen los tribunales para reprochar las valoraciones que ha tenido en consideración el órgano en este ejercicio, puesto que “esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales”, lo cual es especialmente aplicable en el ejercicio de la potestad discrecional técnica. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ob. Cit., p. 475 y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El Control de los Poderes Discrecionales de la Administración. Revista de Derecho Público. 75: 81-96, 1975

105 MUÑOZ MACHADO, Santiago. La reserva de jurisdicción. Madrid, La Ley, 1989. p. 276

106 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 105

107 NIETO, Alejandro. Reducción Jurisdiccional de la Discrecionalidad en Materia Disciplinaria. [en línea] Revista de Administración Pública. 1964, Vol. 44 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2115800.pdf>> [consultado: 20 septiembre 2016]. p. 156

legislador puede “anticiparse” a la dificultad del problema, remitiendo precisa y expresamente al criterio de quien haya que realizar la valoración, esto es, confiriendo facultad discrecional para valorar un concepto normativo indeterminado: ello es perfectamente posible. Si no lo hace así, no hay, stricto sensu, apoderamiento discrecional”¹⁰⁸. Concluye que “la conformación del interés general en tanto dependa de un puro acto de valoración (pero sólo en esta medida, variable en cada caso) genera un ámbito de libertad (valorativa) para la Administración ejecutora, ámbito que no se puede juridificar precisamente por no ser objetivable: por tanto, tampoco está al alcance del control (jurídico) de los Tribunales”¹⁰⁹.

Garrido Falla señala que cuando están presentes criterios técnicos “no puede decirse que exista discrecionalidad frente a la ley, pues la ley determina de forma categórica la solución procedente; sin embargo resultará prácticamente imposible la fiscalización de este tipo por un Tribunal o jurisdicción revisora, ya que para ello habría que sustituir el punto de vista del organismo técnico que actuó por los criterios del propio Tribunal que, obviamente, no puede manejar más técnica que la jurídica”¹¹⁰. Posturas más matizadas son la de Pérez Olea y la de Beltrán de Felipe. El primero parte su análisis desde el punto de vista de este control relacionándolos con los conceptos jurídicos indeterminados, acepción que para él ofrece más dificultades, puesto que “el tecnicismo encubierto en muchos de estos conceptos retrotrae su aplicación jurisprudencial al problema de la valoración de juicios técnicos y para un Tribunal, la en apariencia sencilla alternativa (...)

108 MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración pública en España. Madrid, Montecorvo, 1985, p. 331

109 Ibidem p. 396

110 GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. 13ª ed. Madrid, Tecnos, Vol. I, pp. 206-207

supone en realidad un pronunciamiento sobre apreciaciones técnicas muy remotas a un concepto jurídico, sea o no indeterminado”¹¹¹; mientras que el segundo señala que “un órgano judicial no está capacitado en Derecho para rehacer válidamente una valoración técnica (...) no solo porque no se halla técnicamente capacitado para ellos, sino también y sobre todo porque el Derecho no dice nada al respecto, toda vez que el juicio está fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico”¹¹². .

Por último, hay autores que señalan que la imposibilidad de control judicial en la inidoneidad de la prueba pericial como medio para el control¹¹³, entre los que se encuentra el profesor Sánchez Morón. Señala que el juez contencioso-administrativo no puede “sustituir los criterios valorativos de la Administración por los suyos propios, puesto que el ordenamiento no ha conferido la potestad discrecional tampoco en estos supuestos a los órganos judiciales, incluyendo en esta potestad la de valorar las situaciones las situaciones fácticas opinables según su saber y entender”¹¹⁴, agregando, respecto de la discrecionalidad técnica en particular, que “no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces”¹¹⁵.

¹¹¹ PÉREZ OLEA, Manuel. La Discrecionalidad Administrativa y su Fiscalización Judicial. [en línea] *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1973, Vol. 173<<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=download&path%5B%5D=7768&path%5B%5D=7817>> [consultado: 21 septiembre 2016]. pp. 54-55.

¹¹² BELTRAN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1995. pp. 145-146

¹¹³ DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 110.

¹¹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Ob. Cit. p. 120

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 129

Esta es una posición que comparte el Tribunal Supremo español, el cual señala que “este Tribunal no tiene, como en este caso potestades para fiscalizar el contenido de una actuación que por esencia es discrecional en su aspecto técnico, y esto es precisamente lo que ocurre con las valoraciones efectuadas por los órganos calificadoros, insusceptibles de control jurídico como no sea en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad, y entonces sólo para anular las mismas pero nunca para sustituirlas por otras”¹¹⁶.

Todas estas ideas afirman la imposibilidad de control por parte del órgano judicial de la discrecionalidad técnica. Sin embargo, estas ideas presentan algunas debilidades que son importantes precisar.

Uno de los argumentos para rechazar el control de la discrecionalidad es que por medio de este se afectaría la división de poderes, puesto que el ejercicio de su control excede la función entregada a estos órganos al inmiscuirse en las potestades de la Administración. Sin embargo, hay que considerar que, si bien se reconoce un margen de decisión, ello no implica una libertad total para el órgano encargado de ejercer la potestad. ¿Qué sucede si la Administración, incurre en vicios y estos no pueden controlarse? En este caso, dentro de un Estado de Derecho, no basta con considerar para estos efectos la división de funciones en el ordenamiento, sino que además hay que considerar, en beneficio de los administrados, que se debe ejercer entre los órganos del Estado, contrapeso en el ejercicio de sus funciones. Es así, que el hecho que exista un margen de apreciación no impide que exista un contrapeso para los órganos jurisdiccionales. Lo mismo se aplicaría si se adhiere al planteamiento que se refiere a la

116 STS, 18522-1994, 8 de Julio de 1994, Considerando Cuarto

posibilidad de control de la discrecionalidad si es que la ley entrega una habilitación especial, puesto que el órgano judicial debe actuar como contrapeso de la Administración, incluso si estamos ante una potestad técnica.

Otro de los argumentos hace referencia a “discrecionalidad técnica” frente a los tribunales y no frente a la ley y que su control implicaría reemplazo de la decisión que tomó el órgano. Sin embargo, este argumento es errado por dos motivos. El primero, se refiere a la confusión de los conceptos de discrecionalidad técnica con el concepto de deferencia que deben tener los tribunales con los órganos administrativos. Ello, porque la deferencia implica que el órgano puede tomar la decisión dentro de su margen de libertad, pero respetando los límites que imponen la ley y los principios generales del derecho, lo cual sería un límite para el órgano judicial en el control del acto administrativo en ejercicio de esta potestad. Y, en cuanto a la posibilidad de reemplazar la decisión, en base al concepto de deferencia es limitada, la cual generalmente es una consecuencia de la constatación de un vicio. ¿Qué sucedería si no existiera un vicio? Se mantendría la decisión y no habría cambio alguno en lo resuelto.

Por último, en lo que se refiere a la inidoneidad de la prueba pericial como medio de prueba para ejercer el control, hay que señalar que, si bien es un medio de prueba importante, esto no sería un argumento fuerte para señalar la imposibilidad de control: es sólo un tipo de prueba, que, si bien es importante, pero no es el único para determinar si el criterio y la decisión de la Administración se ajusta a lo buscado por la norma.

Por tanto, si bien son argumentos que pueden hacer reflexionar sobre la imposibilidad de control de la discrecionalidad técnica, no son lo suficientemente

fuerte para considerar esta alternativa. Esto, aun cuando se pueda pensar que su carácter especializado impida que se puede analizar a la luz de lo establecido en el ordenamiento jurídico.

1.3.2. Se puede ejercer un control de la discrecionalidad técnica

Se trata de un grupo de autores que postula la posibilidad de control de la potestad discrecional técnica, el cual sostiene que el órgano judicial no puede autolimitar su ejercicio de ella¹¹⁷. Se encuentran aquellos autores que niegan el carácter discrecional de esta potestad, junto con aquellos que reconocen este carácter.

Considerando a aquellos autores que consideran a la potestad discrecional técnica en realidad como una potestad reglada, el silogismo aplicado es claro. Dado que son reglas que objetivas, establecida por la norma jurídica, es fácil garantizar un control pleno de la misma¹¹⁸.

Entre aquellos que consideran la discrecionalidad técnica como un tipo de discrecionalidad y que es posible controlar su ejercicio se encuentra Tomás Ramón Fernández, E. Coca Vita, Gallego Anabitarte, M. Martín Mateo y Eva Desdentado.¹¹⁹

117 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 98

118 Ibidem, p. 100-101. Como ya señalábamos de manera previa, estos autores señalan que simplemente se tratan de conceptos que la misma norma jurídica y no deja margen de aplicación, por lo que la conclusión sobre su control es natural.

119 Ibidem, p. 99-103

Para Tomás Ramón Fernández, de acuerdo con lo expresado por la profesora Desdentado, no existe justificación para que el control de la discrecionalidad técnica sea mínimo, no pueda analizarla a fondo ni menos sustituirla. Se basa para afirmar esta idea en que no en todos los casos se aplica restricciones¹²⁰. así, el mismo Tomás Ramón Fernández señala que “Nosotros necesitábamos (y seguimos necesitando inexcusablemente) construir una teoría del control del poder discrecional capaz de sentar las bases, conceptuales y, por supuesto, constitucionales, de ese control y de normalizar este, es decir, de ponerlo a cubierto del decisionismo de los jueces [...] el eje de esa teoría no puede ser otro que el de la motivación de las decisiones discrecionales, una motivación que hay que entender como justificación de esas decisiones, como demostración de que no son el simple fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta aprovechando el espacio, mayor o menor, que la ley le deja libre, sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables”¹²¹. Sin embargo, reconoce que si es más o menos controlada una potestad discrecional depende de la ley que lo permite, puesto que “el juez administrativo no puede llegar, como es natural, donde el Derecho no llega. Y allí donde puede llegar la extensión e intensidad de su control depende esencialmente de la ley, de los términos en que esta apodera a la Administración para actuar. Si estos son muy amplios o muy vagos, será muy poco o nada lo que el juez pueda hacer cuando se le sometan las decisiones que la Administración así apoderada haya podido adoptar”¹²². Por ello, “no podemos dejarles solos en

120 Ibidem, p. 102

121 FERNANDEZ, Tomás Ramón. Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. [en línea] Revista de Administración Pública. 2012, Núm. 187 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3922037.pdf>> [consulta: 24 febrero 2017]. p. 146

122 Ibidem, pp. 149-150

ese empeño porque, por muy comprometidos y muy sacrificados que puedan ser, está más allá de sus posibilidades ejercer un control socialmente eficaz del poder discrecional si este no se reduce en origen, esto es, en la propia ley que lo otorga”¹²³.

Para E. Coca Vita y A. Gallego Anabitarte se expresan en un sentido similar. E. Coca Vita señala que la Administración no es infalible y puede cometer errores, por lo que es “*a priori* de decisiones administrativas técnicas, amén de que aun en la hipótesis de permitirse exclusiones al control judicial por razones de discrecionalidad técnica, en modo alguno tales razones podrían ser previas a la impugnación (...), sino, en todo caso, consecuencia del debate y examen de la cuestión litigiosa”¹²⁴. Agrega que reconocer inmunidad de control judicial del ejercicio de estas potestades “constituiría una violación de la misma Constitución privar de defensa a los administrados, afectados por decisiones de este tipo, es decir, con contenido técnico discrecional, que es lo que una y otra vez me esforzaba en señalar como inadmisibles”¹²⁵. A. Gallego Anabitarte señala que “todas las ponderaciones administrativas sobre el interés público, las circunstancias del caso, etc., están sometidas al control pleno e integral por parte de los jueces de lo contencioso-administrativo. Los razonamientos, motivos, consideraciones que han llevado a la Administración a otorgar o denegar un derecho subjetivo en un caso concreto, tienen que ser racionales, sometidas a la

¹²³ Ibidem, p. 169

¹²⁴ COCA VITA, Eduardo. Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica. [en línea] Revista de Administración Pública. Enero-diciembre 1983, Núm. 100-102 <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjMyODEmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTgzXzEwMC0xMDJfMTAzOS5QREYmZmlsZT0xOTgzXzEwMC0xMDJfMTAzOS5QREYmdGFibGE9QXJ0aWN1bG8mY29udGVudD1hcHBsaWNhdGlvi9wZGY=>> [1 diciembre 2016]. p. 1076

¹²⁵ COCA VITA, Eduardo. También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales. [en línea] Revista de Administración Pública. Septiembre-diciembre 1985 Núm. 108 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/893182.pdf>> [consulta: 1 diciembre 2016]. p. 213

sana crítica, a la lógica, de manera que el Juez de lo contencioso pueda mentalmente seguir el argumento del órgano administrativo: si no lo puede hacer, está constitucionalmente obligado a anular el acto”¹²⁶ Por último, Martín Mateo, de acuerdo con lo dicho por la profesora Desdentado, señala que no resulta convincente que exista un ámbito que no se puede controlar¹²⁷.

Eva Desdentado señala, criticando los argumentos que rechazan el control judicial de la discrecionalidad técnica, que los fundamentos para excluirla del control judicial se desmoronan ante un examen profundo. Entre las razones que expone es que, de la interpretación de la Constitución española¹²⁸, no se deduce que se necesite una habilitación especialísima para su ejercicio; que los órganos tienen como deber la aplicación de las normas jurídicas; que la aplicación de criterios especializados es una operación de carácter jurídico que requiere apoyo de la experiencia especializada; y en virtud de esto, debe ser controlada por los tribunales¹²⁹.

Por último, Manuel Ventura considera una postura a favor del control judicial de la discrecionalidad técnica, señalando que “debe de rescatarse, y además de eso, enfatizarse directamente, es la necesidad y validez del control judicial por parte del Poder Judicial. De esta forma, no es válido, constitucionalmente, limitar el control judicial, sino que más bien, hay que definirlo. Así, una vez que se defina, y no limite, el control judicial, se logrará establecer los criterios que

126 GALLEGO ANARBITANTE, Alfredo. Prólogo al libro de Antonio Mozo Seoane. En: MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la administración pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983. Madrid, Montecorvo, 1985. p. 28

127 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 100

128 Este es el contexto en donde hace el análisis de la discrecionalidad técnica, tomando en cuenta los fallos del Tribunal Supremo español.

129 DESDENTADO DAROCA, Eva, Ob. Cit., p. 142

permitan cumplir a las Administraciones Públicas con los mandatos constitucionales del Estado Social de Derecho, y a proteger, verdaderamente, a la tutela judicial efectiva”¹³⁰, agregando que “es necesario destacar que, sí hay que velar por la definición de un verdadero control judicial sin limitaciones, pero sí con precisiones, y no puede prescindirse de medios probatorios aptos, como lo es la prueba pericial; de lo contrario, el control sería incompleto y se vulneraría el artículo 24.2 de la Constitución Española, en el caso español. Por lo tanto, debe establecerse un medio de control judicial de la discrecionalidad técnica que verdaderamente garantice la tutela judicial efectiva y los distintos criterios valorativos de las Administraciones Públicas”¹³¹

Todos estos argumentos explican por qué puede ser controlada el ejercicio de la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración del Estado. Son argumentos importantes que explican la necesidad de control judicial del ejercicio de estas potestades. Las críticas que podrían presentarse frente a estos argumentos son diversas, dependiendo del tipo de fundamento presentado: así, uno de los primeros es que no se puede considerar una potestad reglada, puesto que hay un espacio en que la Administración puede tomar su decisión (está confundiendo la discrecionalidad técnica con los conceptos jurídicos indeterminados).

Otra crítica es la situación de la Administración que tiene un grado de especialización, que no siempre tienen los tribunales de justicia, por lo que no es conveniente que un órgano que no tenga este carácter pueda tener conocimiento.

¹³⁰ VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique, Ob. Cit., p. 72

¹³¹ Ibidem, pp. 72-73

Sin embargo, los tribunales sí pueden ejercer control de acuerdo con los principios del derecho.

Por tanto, parece ser la posición más adecuada, porque permite establecer un control de los actos, lo cual no implica que se impida el ejercicio de esta potestad.

En resumen, es posible concluir, que la discrecionalidad técnica es una facultad de la Administración, en la cual tiene un espacio para tomar decisiones de acuerdo con criterios técnicos de una ciencia o arte particular. Se trata de un tipo de discrecionalidad, contrapuesta con la discrecionalidad simplemente administrativa, en la cual se establece un espacio para la toma de decisiones, pero sólo tomando en cuenta criterios de oportunidad.

Respecto a la clasificación de la discrecionalidad, en relación con el órgano que la ejerce, se puede caracterizar como una discrecionalidad administrativa, por regla general. Tomando en cuenta esta distinción, se ha caracterizado como discrecionalidad en sentido fuerte, es decir, el órgano tiene un amplio ámbito de decisión dado por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, por las características señaladas por las definiciones, por los órganos que la ejercen, y por los límites señalados, también podemos decir que estamos ante una discrecionalidad instrumental, es decir, su ámbito de decisión se circunscribe a los fines de la Administración. Además, en cuanto a su extensión, tiene límites formales y materiales, estos últimos principios que se encuentran en el ordenamiento jurídico, además de los límites que la norma habilitante imponga.

Por último, se discute sobre la posibilidad de control de esta potestad. Hay una posición que niega esta posibilidad, basado en que no es posible establecer criterios objetivos de control y en la vulneración de la división de poderes. Por otro lado, hay autores que aceptan el control de la discrecionalidad técnica, criticando los argumentos que se sostienen para negar esta posibilidad. Esta es la posición más fuerte y la más plausible con el Estado de Derecho, puesto que tanto la doctrina como la jurisprudencia y de manera más efectiva, las normas jurídicas establecen que existe esta posibilidad de control de los actos, siendo uno de los ejemplos más claros, en el ordenamiento jurídico nacional, la acción de protección por la vulneración de un derecho fundamental a través de un acto u omisión arbitrario. Incluso en el caso del Ministerio Público, en donde se caracteriza por una discrecionalidad fuerte se establecen ciertos límites a los cuales deben cumplir y que pueden ser objeto de control. Por tanto, la discrecionalidad técnica es y debe ser objeto del control, independiente del carácter técnico que tenga los criterios, puesto que debe cumplir con las normas y principios que establece el ordenamiento jurídico. Pero hay que dejar en claro también que el hecho de que exista un control del acto, esto no implica necesariamente que el tribunal pueda reemplazar la decisión del órgano que ejerció la potestad.

CAPÍTULO 2: CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL TÉCNICA DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

2.1. La Protección al Medio Ambiente y la Institucionalidad Ambiental

El artículo 19 de la Constitución Política reconoce los derechos que tiene toda persona independiente de su raza, sexo, condición socioeconómica. De esta manera, en su numeral 8º, se encuentra el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Además, se impone el deber del Estado de garantizar las condiciones necesarias para que el medio ambiente sea respetado.

Con el fin de cumplir con los fines de la norma se ha creado toda una institucionalidad, de carácter especialísima, y que tiene márgenes para su desarrollo. Por ello, en esta parte del trabajo se analizará el medio ambiente como bien jurídico protegido y su reconocimiento en el ordenamiento nacional, para posteriormente analizar los instrumentos de gestión ambiental y finalmente analizar los órganos encargados de velar por el medio ambiente.

2.1.1. El Medio Ambiente Como Bien Jurídico Protegido

La Constitución asegura a todas las personas el derecho a un medio ambiente libre de contaminación en el artículo 19 N° 8. En el mismo numeral se establece que “es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”. Hay que relacionarlo con el inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental, que señala que “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Jorge Bermúdez Soto identifica a partir de lo establecido en el numeral 8° del artículo 19 un doble contenido de este deber: en primer lugar, el deber de velar para que el derecho no sea afectado, siendo “el deber sobre los órganos del Estado radica en que el derecho no sea afectado de modo efectivo, es decir, que no se produzca una privación o perturbación del mismo”¹³²; en segundo lugar, el deber de tutelar la preservación de la naturaleza que ha sido circunscrito en dos sentidos, “en primer término, en cuanto a que el deber se refiere a la acción de preservar (preservación). El legislador de la Ley N° 19.300 ha entendido por preservación de la naturaleza la mantención de los ecosistemas”¹³³ y el segundo en cuanto al objeto de esta preservación, restringiéndolo a la “naturaleza”, con lo que se excluye todos aquellos elementos de carácter artificial que componen el concepto más amplio de medio ambiente, tal como lo definió la Ley N° 19.300”¹³⁴. en este caso, implica el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones

¹³² BERMUDEZ SOTO, Jorge. Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en material ambiental. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 1999, N° 20 <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/440/413>> [consulta: 02 marzo 2017]. p. 244

¹³³ Idem

¹³⁴ Idem

destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país¹³⁵.

Su consagración en el ordenamiento jurídico data del Acta Constitucional N° 3, en su artículo 1° numeral 18, sancionado por el Decreto Ley N° 1552 de 1976, para posteriormente ser reconocido en el actual artículo 19 N° 8. Para su consagración en el texto constitucional se consultaron diversos textos internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo nacida de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas de 1972 y se encontraba consagrado en otros textos constitucionales, tales como la Constitución Política de Panamá de 1972, la Constitución Política de Grecia de 1975 y la Constitución Española de 1978¹³⁶. Esto tuvo lugar después de una discusión en la Sesión 18ª de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en donde a propuesta del comisionado Sergio Diez Urzúa propone una observación en las normas relativas a los derechos fundamentales, que es la siguiente: “Asimismo, para la protección del derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, será necesario establecer normas que eviten la contaminación del medio ambiente”¹³⁷, y que esta sugerencia obedecería a “que la mantención de un ambiente sano es un derecho de todos los hombres, razón por la cual considera adecuado establecerlo en el texto mismo de la Constitución”¹³⁸. Posteriormente Enrique Evans de la Cuadra redacta la indicación en virtud de la cual se discute la consagración del derecho al medio libre de contaminación, cuestión que se

¹³⁵ CORDERO VEGA, Luis. El medio ambiente como título de intervención administrativa. El caso del sistema de evaluación de impacto ambiental. *Revista de Derecho Público*. 63: 138, 2001

¹³⁶ Ibidem, p. 145

¹³⁷ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo I, Sesión 18ª <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 3 marzo 2017]. p. 207

¹³⁸ Ibidem, p. 208

trató en la Sesión 186^a de la Comisión de la Nueva Constitución, en la cual se tuvo presente el informe final de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT)¹³⁹. El texto aprobado por la Comisión fue redactado de la siguiente manera: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”. “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. “La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental”¹⁴⁰. Esta redacción pasó íntegramente al texto del Acta Constitucional N° 3 y, posteriormente, a la Constitución Política de 1980.

En el año 1994 se dicta la Ley 19.300, de Bases del Medio Ambiente, en la cual se define qué es el medio ambiente y se establecen los instrumentos de gestión ambiental y los principios subyacentes a ellos. Esta ley ha sido objeto de múltiples reformas, entre las cuales se encuentran las más importantes las modificaciones introducidas por la Ley 20417, que crea el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), el Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente y la Ley 20.600, que crea los Tribunales Ambientales.

Este derecho se ha entendido como un derecho y una garantía complementaria al derecho a la vida y del derecho a la salud¹⁴¹. De esta manera,

¹³⁹ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo VI, Sesión 186^a <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 3 marzo 2017]. p. 120

¹⁴⁰ Ibidem, p. 142

¹⁴¹ VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio. Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental. *Revista de Derecho Público*. 80: 147, 2014

se resguarda la vida de las personas asegurando un medio ambiente con las condiciones necesarias para su desarrollo.

La Ley 19.300, en su artículo 2º, define medio ambiente en el literal lI como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”; en el literal m define medio ambiente libre de contaminación como “aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental” y en el mismo artículo, en el literal define como protección al medio ambiente como “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro”.

Se ha considerado que es un derecho que tiene una doble dimensión, tanto ética como jurídica, que puede traducirse en la fórmula de valores positivizados¹⁴². También se ha sostenido la existencia de una doble dimensión, por un lado, de carácter individual, que se "manifiesta en el derecho de cada persona por sí y para sí de exigir la protección del medio ambiente"¹⁴³; por otro lado, de carácter colectivo, o social, que “dice relación con las obligaciones que

¹⁴² Ibidem, p. 148

¹⁴³ ESPINOZA LUCERO, Patricio. El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho social. Revista de Derecho Público. 73: 188, 2010

al Estado le corresponden en lo relativo a la preservación de naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental”¹⁴⁴.

Tiene una naturaleza propia respecto de los denominados derechos humanos, siendo esta una pretensión universal, por lo que, por razones humanitarias, se exige un reconocimiento expreso por parte de los Estados¹⁴⁵. Lo que se busca con esto es resguardar el patrimonio mundial con el fin de mantener la supervivencia¹⁴⁶.

También se ha señalado que tiene las características de una garantía individual, entendido como un “derecho subjetivo, pues corresponde o es reconocido para toda persona natural y en tal sentido su ejercicio se traduciría jurídicamente en una facultad o potestad de hacer o de dar. Sin embargo, se podría decir que más que una facultad de hacer, correspondería a un disfrutar o incluso, en cuanto límite a los derechos de terceros, podría configurarse como un no hacer¹⁴⁷. En este sentido se ha entendido que no se trata de un derecho en donde lo que busca es la existencia de un medio ambiente incontaminado, sino un medio ambiente que está en proceso de purificación¹⁴⁸. En este sentido, hay que analizar que la visión presente respecto a la protección del medio ambiente es de carácter “antropocéntrica”, es decir, la protección por ser el espacio de desarrollo del hombre tanto en la Constitución Política como en la ley, en contraposición con la visión “ecocéntrica”, es decir, la protección del medio ambiente per se. Se aprecia en las distintas normas de las leyes ambientales. Así,

¹⁴⁴ Idem

¹⁴⁵ VASQUEZ MARQUEZ, Ob. Cit., p. 147

¹⁴⁶ Ibidem, pp. 147-148

¹⁴⁷ Ibidem, p. 148

¹⁴⁸ Ibidem, pp. 148-149

para Bermúdez, se puede apreciar en el texto de la norma, puesto que “lo que se consagra en el artículo 19 N° 8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él. Lo que con ello pone de relieve es que el derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres”¹⁴⁹, de lo que deduce consecuencias que se proyectan en un doble sentido: en primer lugar, los titulares del derecho son los hombres y las mujeres, requiriéndose para la posibilidad de amparo judicial la afectación de un derecho a una persona natural, no estando legitimadas, por ejemplo, las personas jurídicas que tienen como fin la protección del medio ambiente; y en segundo lugar, no procederá la invocación de este derecho con un afán meramente protector de la naturaleza, en cuanto a bien jurídico en sí mismo tutelado¹⁵⁰. El profesor Soto Kloss también plantea este derecho desde una visión antropocéntrica, al señalar que “no debe olvidarse que son estas – las personas – los verdaderos sujetos de la protección ecológica”¹⁵¹, siendo el derecho a vivir en un medio ambiente libre contaminación una emanación del derecho a la vida¹⁵². Para el profesor Evans “lo importante es no confundir el derecho de las personas a vivir en un medio no contaminado, para lo cual la tarea es eliminar o reducir los focos contaminantes existentes y preservar el equilibrio de la naturaleza para que el peligro con otros caracteres o en otros sectores, con la custodia del paisaje, de la belleza turística, de la sobrevivencia de la flora y fauna y de otros valores del patrimonio nacional que, siendo muy importantes y dignos de protección en otros planos, no están comprometidos con la mantención de un

¹⁴⁹ BERMUDEZ SOTO, Jorge. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 2000, Vol. XXI <http://www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_xxi.pdf> [consulta: 2 marzo 2017]. p. 10

¹⁵⁰ Ibidem, pp. 10-11

¹⁵¹ SOTO KLOSS, Eduardo. El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial. *Gaceta Jurídica*. 151: 22, 1993

¹⁵² Ibidem, p. 24

ambiente digno del ser humano”¹⁵³. En este caso, se ve claramente reflejado en estas opiniones del desarrollo de la persona humana, siendo la mantención de un ambiente libre de contaminación un medio para lograr las condiciones necesarias para el ser humano, pero no un fin en sí mismo.

Sin embargo, también hay que considerar que la norma constitucional establece deberes para el Estado: velar porque el derecho no sea vulnerado y preservar la naturaleza.

Estos deberes han sido caracterizados por:¹⁵⁴

- Ser deberes de resultado, en donde el Estado siempre debe cumplir con la posible diligencia para que resulte en un beneficio a las personas.
- El Estado debe realizar prestaciones o impedir que se realicen actividades que producirían perjuicio al medio ambiente.
- Pueden ser deberes que se cumplen a corto o largo plazo.
- Lo que se realiza en virtud del deber debe ser posible, aunque no se debe confundir la imposibilidad con la dificultad de la prestación.
- Las potestades que se ejercen deben ser lícitas.
- El deber que permite el ejercicio de las potestades debe ser determinado o determinable.

Tras la determinación de los deberes al Estado, se encuentra el mandato para el legislador para que desarrolle e implemente los instrumentos necesarios para

¹⁵³ EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Vol. II. pp. 158-159

¹⁵⁴ CORDERO VEGA, Luis. El Medio Ambiente como Título de Intervención Administrativa. El Caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ob. Cit., p. 139

conseguir una protección efectiva, regulando todo el sistema ambiental en la Ley 19.300.

Así, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación impone al Estado el deber de velar por la mantención de este en una situación que permita desarrollar la vida de las personas y preservar la naturaleza. Para ello, la Ley de Bases crea una institucionalidad ambiental y establece diversos instrumentos de gestión ambiental.

2.1.2. Instrumentos de Gestión Ambiental

Los instrumentos de gestión ambiental son todos aquellos mecanismos utilizados por los órganos ambientales utilizados con el fin de cumplir con los fines impuestos por las normas ambientales y constitucionales, para el resguardo del medio ambiente. Tienen un carácter preventivo, puesto que se pretende evitar posibles daños al medio ambiente.

Se encuentran regulados en el Título II de la Ley 19.300 y entre los cuales se encuentran:

- La educación y la investigación.
- La evaluación ambiental estratégica.
- El sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA).
- Las normas de calidad ambiental.
- Las normas de emisión.
- Planes de prevención, manejo y descontaminación.

De los instrumentos mencionados acá, a pesar de que en todos ellos podríamos encontrarnos ante el ejercicio de potestades discrecionales técnicas, para efectos de nuestro trabajo nos centraremos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puesto que es uno de los que concentraría aquellas facultades técnicas más especializadas, y se trata de uno de los instrumentos en donde existe mayor participación de la ciudadanía.

2.1.3. Los Órganos Ambientales

Los órganos ambientales son todos aquellos que participan de aquella institucionalidad, ya sea a través de políticas públicas o a través de la revisión de nuevos proyectos, con el fin de cumplir con las normas legales y constitucionales en esta materia.

Se encuentran regulados en la Ley 19.300, en la Ley 20.417 y en la Ley 20.600. Los más relevantes son los siguientes:

- El Ministerio del Medio Ambiente, con sus correspondientes secretarías regionales.
- La Superintendencia del Medio Ambiente
- Los Tribunales Ambientales
- El Servicio de Evaluación Ambiental, la Comisión de Evaluación Ambiental y el Comité de Ministros

Para efectos de este trabajo, nos concentraremos en la labor del Servicio de Evaluación Ambiental, puesto que es este el encargado de administrar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

2.2. El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)

2.2.1. Definición

De acuerdo con el artículo 80 de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, es un “servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente.” Sin embargo, esta definición no nos dice mucho de sus características principales o de su labor en la institucionalidad ambiental.

En la página web del Servicio, el SEA se define de la siguiente manera: “El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) es un organismo público funcionalmente descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio. El SEA fue creado por la Ley N°20.417, publicada en el Diario oficial el 26 de enero de 2010, que modificó la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Su función central es tecnificar y administrar el instrumento de gestión ambiental denominado “Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (SEIA), cuya gestión se basa en la evaluación ambiental de proyectos ajustada a lo establecido en la norma vigente, fomentando y facilitando la participación ciudadana en la evaluación de los proyectos. Este Servicio cumple la función de

uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento de guías trámite. La tecnificación del sistema apunta a establecer criterios comunes para evaluar cada tipo de proyecto, con el objeto de asegurar la protección del medio ambiente de manera eficiente y eficaz”¹⁵⁵.

De las definiciones anteriores podemos inferir que se trata de un órgano descentralizado del Estado, de carácter altamente técnico, el cual tiene como función evaluar proyectos que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y uniformar los criterios que establezcan los demás órganos de la Administración, todo lo cual tiene por fin la protección del medio ambiente.

Su regulación, en relación con su organización y sus funciones, se encuentra principalmente en el Párrafo 6° del Título Final de la Ley 19.300 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y en el Decreto 40 del Ministerio de Medio Ambiente del año 2013, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sin perjuicio de toda otra facultad que entreguen las leyes a este servicio.

Tal como lo señala la página web del Servicio, este órgano no es original de la Ley 19.300, sino que fue creado por la Ley 20.417, la cual modifica la Ley 19.300 y crea, además, el Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente. El Mensaje N° 352-356 de fecha 5 de junio de 2008, con el que se inicia el proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación

¹⁵⁵Servicio de Evaluación Ambiental [en línea] <<http://www.sea.gob.cl/contenido/quienes-somos>> [consulta: 28 diciembre 2014]

Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente y que culmina con la dictación de la Ley 20.417, señala que parte de la creación de estos órganos responden a un compromiso de mejorar y tecnificar la institucionalidad ambiental, que se encuentra en un acuerdo entre los miembros del Congreso en ejercicio¹⁵⁶.

Señala el mismo que el principal fundamento para preocuparse de esta institucionalidad es que es parte necesaria de una reforma al Estado y reconoce que si bien hay desconfianza en los órganos, los cuales responden a un exceso de burocracia, se busca “estructurar incentivos para promover las conductas deseadas y al establecer el ordenamiento de deberes y derechos, reduciendo así la incertidumbre para las actividades que se desarrollan en la sociedad”¹⁵⁷. De esta manera interesa “crear instituciones públicas para cautelar derechos, libertades y bienes públicos, sujetas a presupuestos específicos que condicione el actuar e impongan eficiencia, de manera de promover resultados apreciados por los ciudadanos y potencialmente exigibles frente a su incumplimiento”¹⁵⁸. Para esto, se estima que, en lo que respecta a los órganos, se debe racionalizar las competencias, las cuales no estaban claramente delimitadas¹⁵⁹.

En lo que se refiere al Servicio, se crea “para efectos de disponer de un sistema de gestión que administre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”¹⁶⁰. Antes de éste, existía la Comisión Nacional del Medio Ambiente

156 CONGRESO NACIONAL. 2010. Historia de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf>> [consulta: 28 diciembre 2014]. p. 4

157 Ibidem, p. 5

158 Idem

159 Ibidem, p. 6

160 Ibidem, p. 15

(CONAMA), quien se encargaba de esta tarea, del cual el SEA es el continuador legal. Su objetivo, de acuerdo con el Mensaje, es simplificar los permisos ambientales y entregar información tanto a quienes presenten proyectos como al resto de la comunidad, la que se puede ver afectada por ellos¹⁶¹. Con esto, se busca lograr la tecnificación y certeza en la aprobación de los proyectos¹⁶², pero manteniendo el sistema de permisos existentes hasta ese momento.

Es relevante destacar esto, puesto que la CONAMA ejercía labores tanto en la evaluación de proyectos como en las políticas públicas medioambientales, labores que tienen naturaleza distinta y que no respondía a las necesidades del país. Por ello, estas funciones quedan en órganos distintos: las funciones políticas en el Ministerio del Medio Ambiente y las funciones técnicas en el Servicio de Evaluación Ambiental¹⁶³.

A lo largo de la discusión legislativa, se deja clara la necesidad de contar con un sistema que otorgue certeza técnica a la institucionalidad ambiental. De esta manera, con estos objetivos presentes, se promulga el proyecto y comienza a regir el 26 de enero del año 2010.

De acuerdo con el artículo 82 de la Ley 19.300, está a cargo de un Director Ejecutivo, quien es el jefe superior del Servicio y está a cargo, entre otras funciones de manejar el servicio, solicitar información a los organismos pertinentes y de conocer los recursos de reclamación en los casos que corresponda.

161 Idem

162 Ibidem, p. 19

163 Ibidem, p. 102

Así, se configura un órgano de carácter altamente técnico, encargado de la gestión en la evaluación de proyectos que pudieran afectar al medio ambiente.

2.2.2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

Para poder comprender de mejor manera las facultades discrecionales técnica del SEA, es necesario entender en el contexto en donde se desarrollan. Por ello, es necesario dejar claro que las potestades que aquí se estudiarán se ejercen en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

El artículo 2° de la Ley 19.300, en su literal j, define 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 ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”.

En la página web del Ministerio del Medio Ambiente se señala que el SEIA es “es un instrumento de gestión ambiental diseñado para introducir la dimensión ambiental en las etapas de construcción, operación y cierre y abandono de proyectos o actividades que se realicen en el país. Se trata de asegurar que los proyectos del sector público y del sector privado sean sustentables desde el punto de vista ambiental”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. [en línea] <<http://www.mma.gob.cl/chilecanada/1288/article-29795.html>> [consulta: 13 marzo 2017]

Por su parte, en la página web del SEA se define el SEIA como uno de los principales instrumentos de para prevenir el deterioro ambiental, puesto que “permite introducir la dimensión ambiental en el diseño y la ejecución de los proyectos y actividades que se realizan en el país; a través de él se evalúa y certifica que las iniciativas, tanto del sector público como del sector privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables”¹⁶⁵.

Por su parte, de acuerdo con Rodrigo Guzmán, para poder definir qué es el SEIA, es necesario comprenderla desde tres puntos de vistas. En el primer caso, se le concibe como una “técnica que, a través de la aplicación sobre determinadas metodologías, sobre la base de las características del espacio geográfico donde se emplazará un cierto emprendimiento económico, introduce elementos multidisciplinarios que permiten predecir de una forma más o menos precisa los efectos que un proyecto puede provocar sobre el medio ambiente en cada una de sus etapas”¹⁶⁶. Un segundo punto de vista, de carácter legal, es definirlo como un “instrumento de gestión conformado por un procedimiento a cargo del SEA, que, basado en un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de un proyecto se ajusta a las normas vigentes”¹⁶⁷. Por último, desde el punto de vista de las potestades públicas, es posible definirlo como un “procedimiento administrativo especial, formal y reglado, constituidos por una sucesión de actos trámites, vinculados entre sí, emanados de la Comisión de Evaluación Ambiental o del Director Ejecutivo del

¹⁶⁵ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. ¿Qué es el SEIA? [en línea] <<http://sea.gob.cl/sea/que-es-seia>> [consulta: 16 marzo 2017]

¹⁶⁶ GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. Derecho Ambiental Chileno: Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión. Santiago, Ril Editores, 2012. p.130

¹⁶⁷ Idem

SEA según corresponda, y, en su caso, de particulares interesados (el titular y quienes formulen observaciones ciudadanas), que tiene por finalidad determinar si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes, y que concluye con un acto administrativo terminal representado por la resolución calificación ambiental (RCA) pertinente”¹⁶⁸.

El profesor Cordero señala que, por un lado “el sistema de evaluación de impacto ambiental consiste en la preparación, a través de la cooperación del titular del proyecto, las autoridades y los ciudadanos, de la más completa información posible sobre los efectos del proyecto sobre el medio ambiente, con el objeto de evaluar la magnitud de esos efectos y examinar las posibles alternativas al proyecto propuesto y, finalmente, proporcionar medidas para minimizar las repercusiones adversas”¹⁶⁹; por otro lado, “el sistema de evaluación de impacto ambiental es una cooperación tripartita tendiente a minimizar o suprimir un impacto ambiental negativo de un proyecto”, interviniendo el titular del proyecto, la administración y el público general¹⁷⁰.

De acuerdo con las definiciones, es posible entender que el SEIA se trata de un procedimiento, por medio del cual se busca predecir los impactos a un medio ambiente determinado de un proyecto, presentado ante el Servicio de Evaluación Ambiental. Es en este contexto en donde se desarrollan el mayor número de potestades discrecionales técnicas del SEA.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 131

¹⁶⁹ CORDERO VEGA, Luis. El medio ambiente como título de intervención administrativa. El caso del sistema de evaluación de impacto ambiental. Ob. Cit., p. 140

¹⁷⁰ Idem

El SEIA tiene una serie de características generales, importantes de destacar por su relevancia tanto en el sistema jurídico como en el contexto estudiado. Entre sus características generales se encuentran su carácter de instrumento integrador¹⁷¹, en la que convergen múltiples intereses¹⁷², que impone un estándar estricto entre los órganos que participan del mismo¹⁷³, demanda una actuación altamente especializada¹⁷⁴ y admite espacios de discrecionalidad¹⁷⁵.

Las últimas dos características generales mencionadas son altamente relevantes, puesto que hacen referencia clara a la discrecionalidad técnica de los servicios que participan en el procedimiento, en especial del SEA. Al referirse a su grado de especialización, habla de una “herramienta sobre la cual se vierten enfoques, opiniones, dictámenes y solicitudes de una factura altamente técnica (en lo jurídico y en lo científico). Desde esta perspectiva puede decirse que tiene un componente claro sesgo especializado, exclusivo y muchas veces excluyentes. Se genera por tanto en no pocas ocasiones una asimetría en la información que detenta el titular del proyecto y los órganos públicos versus la que tiene la ciudadanía, y, además, referente a la forma de procesarla, analizarla y comprenderla, lo que implica también una reducción en las posibilidades de control y de acceso a la justicia, eventualmente”¹⁷⁶. En lo que se refiere a los espacios de discrecionalidad, se relaciona con el examen previo en donde se valoran los distintos elementos al momento de la toma de decisión dentro de alternativas distintas, en un margen acotado. Sin embargo, una regla precisa y objetiva es una excepción dentro del procedimiento, basado en las características

171 GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, Ob. Cit., pp. 131-132

172 Ibidem, pp. 132-133

173 Ibidem, p. 133

174 Ibidem, pp. 133-134

175 Ibidem, p. 134

176 Ibidem, p. 133

del bien jurídico protegido: el medio ambiente se caracteriza por ser cambiante¹⁷⁷.

El profesor Cordero también analiza las características del SEIA, señalando que tiene un ámbito material de aplicación, que son los que define la ley 19.300 en su artículo 10¹⁷⁸; la susceptibilidad de causar impacto ambiental lo define la ley, haciendo la ley una “presunción de derecho”¹⁷⁹; se basa en el principio de la precaución, es decir, que ante la existencia de una duda razonable en cuanto a la peligrosidad de cualquier actividad con repercusiones ambientales se evite la misma o se tomen las medidas pertinentes para que el daño no se produzca¹⁸⁰; aplica el principio de la prevención, buscando evitar con anticipación cualquier medida o actividad que produzca deterioro ambiental¹⁸¹; implica una potestad permanente, puesto la autoridad ambiental siempre debe evaluar un proyecto sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental¹⁸²; existen diversos instrumentos para la evaluación según los efectos que produzca el proyecto de actividad, que son la declaración de impacto ambiental y la evaluación de impacto ambiental¹⁸³; tiene objeto preciso, el cual consiste en diferenciar tres acciones que son la identificación, la descripción y la evaluación del proyecto¹⁸⁴; es indiferente el carácter público o privado de los proyectos¹⁸⁵; tiene un relativo campo de discrecionalidad en la evaluación del proyecto, correspondiendo a criterios reglados y discrecionales acotados¹⁸⁶; es una autorización, porque el

177 Ibidem, p. 134

178 CORDERO VEGA, Luis, Loc. Cit.

179 Ibidem, p. 141

180 Idem

181 Idem

182 Ibidem, pp. 141-142

183 Ibidem, p. 142

184 Ibidem, pp. 142-143

185 Ibidem, p. 143

186 Ibidem, pp. 143-144

proyecto no puede modificarse o ejecutarse sin que sea evaluado ambientalmente¹⁸⁷; es una sistema de coordinación de las competencias públicas y en la unicidad de la decisión, puesto que es la conclusión de un procedimiento legalmente tramitado que se hace cargo de los aspectos tanto formales como técnicos de un proyecto¹⁸⁸; y finalmente, consagra el principio participativo, lo cual implica acceso a la adecuada información y también opinar o realizar observaciones a los proyectos¹⁸⁹.

Urrutia lo caracteriza, en primer lugar, con el principio de “Ventanilla Única”, en el cual todos los permisos sectoriales con contenido ambiental deben ser entregados a través del respectivo sistema¹⁹⁰; en segundo lugar, tiene un carácter preventivo o anticipatorio “ya que busca determinar con anterioridad si un determinado proyecto se ajustará a las normas ambientales vigentes”¹⁹¹; en tercer lugar, el procedimiento contempla la participación de organismos del Estado como evaluadores y de particulares que se estiman afectados por el proyecto¹⁹²; y, en cuarto lugar, tiene una doble proyección pues “por un lado, la evaluación considera todos los impactos o alteraciones que dicho proyecto puede ocasionar sobre el medio ambiente y por otra parte, el SEIA abarca todas las etapas de realización de un proyecto”¹⁹³.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 144

¹⁸⁸ Ibidem, pp. 144-145

¹⁸⁹ Ibidem, p. 145

¹⁹⁰ URRUTIA CÁCERES, Ignacio. El impacto ambiental no previsto en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Tesis (Magister en Derecho Ambiental). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. pp. 89-90

¹⁹¹ Ibidem, p. 90

¹⁹² Idem

¹⁹³ Ibidem, p. 91

Finalmente, Céspedes Reyes caracteriza al SEIA como preventivo, porque permite determinar con anterioridad si un determinado proyecto se ajustará a las normas ambientales vigentes; igualitario, porque no diferencia si quien lleva el proyecto adelante es un particular o el Estado; cooperativo, porque “contempla la participación de una serie de personas y organismos, tanto particulares como estatales, de los cuales depende el éxito de este instrumento”; y extensivo, porque “por un lado, cuando un proyecto se somete al SEIA, la evaluación que este hace considera todos los impactos o alteraciones que dicho proyecto puede ocasionar sobre el medio ambiente. Por otra parte, el SEIA abarca todas las etapas de realización de un proyecto”¹⁹⁴.

El procedimiento que se sigue en el SEIA será diverso, dependiendo si se somete a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). En este último, se trata de un procedimiento más corto, acotado, en donde no existe participación de las personas que podrían ser afectadas por las posibles consecuencias derivadas del desarrollo del proyecto que se pretende aprobar, como si sucede en la EIA. Que se presente un EIA o una DIA dependerá de si se trata un proyecto que se encuentra en los artículos 10 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, es decir, si es susceptible de causar impacto ambiental¹⁹⁵ y si dicho proyecto produce efectos en el Medio Ambiente, recogidos en el artículo 11 de la misma Ley^{196 197}.

¹⁹⁴ CÉSPED REYES, Álvaro. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. [en línea] <<http://dudalegal.cl/sistema-evaluacion-impacto-ambiental.html>> [consulta: 16 marzo 2017]

¹⁹⁵ Ley 19.300, Artículo 10. “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas; b) Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones; c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW; d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas; e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas; f) Puertos, vías de navegación, astilleros y

A lo largo de todo el procedimiento se aprecian espacios de toma de decisiones importantes, en los que tienen que tomar aspectos de las ciencias naturales y sociales. Son en estos ámbitos en donde estamos frente al ejercicio de la potestad discrecional técnica de la Administración, por lo que cabe analizar cuáles son los momentos en que se presenta y como se manifiesta.

terminales marítimos; g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis; h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas; i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda; j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos; k) Instalaciones fabriles, tales como metalúrgicas, químicas, textiles, productoras de materiales para la construcción, de equipos y productos metálicos y curtiembres, de dimensiones industriales; l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, de dimensiones industriales; m) Proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales; n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos; ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas; o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos; p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita; q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas, y r) Proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas. El reglamento podrá definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de esta exigencia. El mismo reglamento establecerá el procedimiento para declarar áreas como libres de organismos genéticamente modificados.”

196 Ley 19.300, Artículo 11. “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

197 En estos casos, si se producen los efectos del artículo 11, debe presentar un estudio de impacto ambiental, mientras que, en caso contrario, basta sólo una declaración. En este caso, debe complementarse con lo establecido en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

2.2.3. Discrecionalidad Técnica del Servicio de Evaluación Ambiental

Las principales funciones y atribuciones del SEA se encuentran en el artículo 81 de la Ley 19.300. Algunas de estas funciones podría permitir el ejercicio de potestades discrecionales del SEA, siendo en el caso de la Administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en donde podrían encontrarse aquellas que se caracterizan como potestades discrecionales de características técnicas. Sin embargo, en su mayoría se trata de funciones que implican la aplicación de normas y principios jurídicos.

En virtud de ello, se analizarán cada una de estas funciones, para ver si estas atribuciones pueden implicar un grado de discrecionalidad y, en caso afirmativo, si puede clasificarse estas dentro de lo que es la discrecionalidad técnica, tal como fue analizado en el primer capítulo.

2.2.3.1. Análisis de las atribuciones del SEA

Las atribuciones que se estudiarán a continuación se tratan de aquellas que se encuentran comprendidas en el artículo 83 de la ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, las cuales han sido complementadas con reglamentos correspondientes y resoluciones exentas.

2.2.3.1.1. La administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Se encuentra regulado en el artículo 81 letra a de la ley 19.300. A nivel regional está a cargo de las Direcciones Regionales del SEA¹⁹⁸ y dentro del mismo Servicio se encuentra a cargo de la División de Evaluación Ambiental y Participación Ciudadana¹⁹⁹.

En cuanto a la regulación de esta atribución, se puede encontrar íntegramente ella en el Decreto 40 de 12 de agosto de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y es de acuerdo con esta normativa bajo la cual debe desarrollarse esta atribución. También se hace referencia de ella en la Resolución Exenta N° 348/2016 de la Dirección Ejecutiva del SEA, en donde se entrega esta facultad a las direcciones regionales y al departamento mencionado anteriormente.

La administración del SEIA no consiste en la producción de conocimiento científico, sino que consiste en coordinar el debate ambiental que genera un proyecto de inversión ambiental y resolver con arreglo a las observaciones que los distintos intervinientes formulen durante la tramitación del procedimiento.

Cabe señalar que el SEA no es el único órgano que interviene en la tramitación de un proyecto dentro del SEIA, pero es este quien sistematiza toda la información producida por los organismos públicos, el titular del proyecto y de las observaciones que se presenten dentro del proceso de participación

¹⁹⁸ Resolución Exenta N° 348/2016 de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental [en línea]. <http://transparencia.sea.gob.cl/transparencia/2016/instructivos/RE_0348_Estructura_Interna_SEA_.pdf> [consulta: 09 marzo 2017]. 3.2, letra a

¹⁹⁹ Ibidem, 3.1.8 letra a

ciudadana, para que se apruebe o rechace el proyecto o actividad sometido a evaluación.

Ahora bien, dentro de la clasificación de los tipos de potestad, la administración del SEA es una actividad regulada en la ley 19.300 y en el Reglamento del SEIA. En este sentido, de la aplicación de estas normas no implica necesariamente la existencia de varias posibilidades en que la administración pueda elegir: es la ley y el reglamento quienes regulan la forma y las etapas como se deben llevar a cabo, por lo que esta atribución del SEA puede clasificarse como una actividad de carácter reglado.

Sin embargo, no es posible desconocer que dentro del procedimiento de evaluación ambiental existen momentos en los cuales existe la posibilidad en que un órgano involucrado en el proceso de evaluación puede tomar decisiones en los casos en que la ley y el reglamento lo señalen y es aquí en donde el SEIA puede encontrarse con elementos discrecionales. Así, de acuerdo con de Astaburuaga, a lo largo de todo el procedimiento se presentan diversos momentos en donde se ejercería la discrecionalidad técnica de los órganos, lo cual es mencionado como una de las características del procedimiento²⁰⁰.

Los diversos momentos en los que se presenta el ejercicio de estas potestades:

- a. La suficiencia o adecuación de las medidas de mitigación, compensación o reparación contenidas en un estudio de impacto ambiental.

²⁰⁰ ASTABURUAGA CHALES DE BEAULIEU, Felipe. La discrecionalidad Administrativa en el contexto del sistema de evaluación de impacto ambiental. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Ambiental. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho: 107-108

Se hace referencia a las medidas de mitigación, compensación y reparación a lo largo de la ley y del reglamento del SEIA, considerándose parte del contenido mínimo que debe tener el estudio de impacto ambiental sometido a evaluación, de acuerdo con el artículo 18 de la ley 19.300 y parte del contenido mínimo que debe tener la RCA que apruebe el proyecto sometido a evaluación y tienen por fin aminorar el impacto ambiental producido por la ejecución de un proyecto.

Será medida de mitigación todas aquellas que tengan por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución (art. 98 Reglamento SEIA); en tanto será medida de reparación aquella que tenga por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al impacto sobre dicho componente o elemento o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas (art. 99 Reglamento SEIA); y será medida de compensación aquella que tenga por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar (art. 100 Reglamento SEIA).

Estas medidas se analizan en diversos momentos del proceso de evaluación del proyecto y dependiendo de cuando se hayan estudiado, tendrá una consecuencia en la duración y la calificación favorable o desfavorable de éste. El primer momento en que se lleva a cabo la determinación de existencia y suficiencia de las medidas es al inicio de la evaluación, en donde, de acuerdo con el artículo 36 del Reglamento SEIA, contempla la posibilidad de dar término anticipado al procedimiento cuando el estudio carece de información esencial

que no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, entendiéndose como información esencial cuando sobre la base de los antecedentes presentados no es posible determinar, entre otras cosas, si las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas son adecuadas, lo que será declarado por el Director Regional o el Director Ejecutivo del SEA, mediante resolución fundada. Esta resolución debe pronunciarse dentro de los primeros 40 días desde la presentación del estudio de impacto ambiental. Esta decisión se toma en base a los informes solicitados por el SEA a los órganos con competencia ambiental, en la cual entregan su opinión fundada respecto al proyecto, opiniones que no son vinculantes en la decisión que entrega el Director Regional o Ejecutivo.

En el segundo momento en que se toman se analiza la existencia y suficiencia de las medidas de mitigación, reparación y compensación es en la elaboración del Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones (ICSARA), tratado en el artículo 38 del Reglamento SEIA, a partir de lo solicitado en los informes de los órganos con competencia ambiental y de las observaciones que se presentaron en el proceso de participación ciudadana. Este informe, entre otras cosas, considera las solicitudes y observaciones referidas a las medidas de mitigación, reparación y compensación.

Uno de los últimos momentos en que se analizan estas medidas a lo largo del proyecto es en la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), en la cual se señala la decisión de aprobar o rechazar el proyecto, decisión que de acuerdo con el art. 86 de la Ley 19.300 es tomada por la Comisión de Evaluación Ambiental (CEA) presidida por el intendente regional e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de

Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio, quien actúa como secretario. En el caso de que sea aprobado el proyecto sometido al SEIA, debe señalarse en la RCA que manifieste esta decisión, entre otras, las medidas de mitigación, reparación y compensación del proyecto.

Así, estas medidas de reparación, mitigación y compensación son evaluadas por el Director Regional o Ejecutivo del sea (lo que dependerá si el proyecto afecta a una o más regiones del país), los órganos ambientales, los posibles afectados por los impactos del proyecto en evaluación y, finalmente, por la CEA, quien da la aprobación o rechazo del proyecto completo.

Ahora bien, en lo que se refiere a la existencia de un margen de decisión para la calificación de estas medidas, este existe para el SEA, por medio del Director Ejecutivo o Regional, durante los 40 primeros días de ingresado el proyecto al SEIA y para el CEA, al momento de evaluar el proyecto favorable o desfavorablemente. Pero la calificación de estos órganos no se basa en la producción de un criterio técnico propio, sino que se fundamenta en las observaciones emanadas por los órganos con competencia ambiental que hayan sido solicitadas por el SEA. Sin embargo, los informes evacuados por los servicios no son vinculantes para los órganos calificadores de las medidas, por los que pueden considerar o no el contenido de esto. De esta manera, se puede deducir que hay elementos discrecionales en la determinación de la suficiencia de las medidas de mitigación, reparación y compensación, puesto que, entre distintas alternativas, que están dadas por el contenido de las observaciones de

los órganos con competencia ambiental, la ley permite al órgano considerarlas para la determinación de la suficiencia de ella.

Así, el profesor Cordero señala que “el EIA considera un elemento en donde el ámbito de discrecionalidad no solo existe, sino que parece necesario e indispensable. Esto es, que las medidas de mitigación, compensación o reparación sean considerados suficientes por la autoridad pública o apropiadas”²⁰¹, señalando, a su vez que “la discrecionalidad es tan inevitable como su control judicial”²⁰². Cofré también reconoce este espacio de discrecionalidad, pero sus límites “dependerán de la calidad de los marcos normativos con que se delinee sus bordes y de la actitud que los órganos de control asuman al ejercer sus atribuciones”²⁰³.

Sin embargo, tomando en consideración esta última opinión, el espacio de decisión es limitado. En efecto, tanto la ley como el reglamento define varios conceptos relevantes para la calificación de estas normas, efectos significativos, o cuales son los impactos ambientales que estas medidas deben prevenir, reparar o compensar. Además, define cada una de estas medidas y los objetivos que debe buscar con ellas, todo con el fin de proteger y conservar el medio ambiente, lo que finalmente dejaría una gran cantidad de elementos reglados en esta potestad. Pero aun con estas circunstancias, el espacio de discrecionalidad está presente, puesto que aun cuando se esté cumpliendo con la normativa, puede no necesariamente considerarse como una medida, lo cual quedará al criterio de la

²⁰¹ CORDERO, L. Ob. Cit., p. 143

²⁰² Ibidem, p. 144

²⁰³ COFRÉ, Leonardo. Discrecionalidad de los Actos Administrativos: El Caso de la Potestad de Dictación de Medidas de Compensación Socioambiental. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental, diciembre 2012, N° 4 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Justicia-Ambiental-n-4.pdf>> [consulta: 31 marzo 2017], p. 146

autoridad que esté calificando la proposición hecha por el titular del proyecto, basado en los informes solicitados por el SEA, tomando la decisión de calificar la medida como suficiente o no. Es decir, aun cuando se cumpla con la normativa técnica y legal, el órgano puede considerar que la medida propuesta por el titular no es suficiente.

Ahora bien ¿es esta una discrecionalidad técnica? en este punto, hay que recordar que el SEA es un órgano que coordina la información y el debate ambiental en relación con un proyecto, pero que no genera contenido técnico propio, sino que toma sus decisiones en base a los informes técnicos de otros órganos. aun así, el conocimiento de otra ciencia no es ni el único criterio utilizado ni es excluyente: también considera criterios jurídicos para tomar sus decisiones. Por tanto, si bien estamos ante una potestad que tiene elementos discrecionales, esta no es necesariamente técnica, sino que puede tener un carácter más político que discrecional.

b. Falta de información relevante o esencial

La entrega de información por parte del titular de un proyecto es relevante para todo el SEIA, puesto que en base a ella se realizan todos los informes y observaciones que permiten el análisis del impacto ambiental de un proyecto y si es posible aprobar su ejecución o no. Sin ella, el SEIA no funciona.

Por ello, es importante que información se entrega y como esta permite determinar los posibles impactos que se pueden causar o no al medio ambiente en general. En base a esto, no es de extrañar el hecho que se permita dar término

anticipado al proyecto ingresado a la evaluación de impacto ambiental ante el caso. Así, de acuerdo con el artículo 15 bis de la Ley 19.300, para el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, y el artículo 18 bis, para las Declaraciones de impacto ambiental, el Director Regional o el Director Ejecutivo del SEA puede dar término anticipado al procedimiento de evaluación de impacto ambiental por falta de información relevante o esencial dentro de los 40 días de iniciado el procedimiento. Es identificada por Astaburuaga como una potestad de la Administración, la cual consiste en decidir si la información entregada por el titular del proyecto sujeto evaluación es suficiente para seguir con el procedimiento o no²⁰⁴.

La ley no define que se entenderá qué es o en qué consistirá la información esencial o relevante necesaria para la aprobación del proyecto, lo cual sí hace el reglamento. El artículo 36 establece en su inciso final que “se entenderá que el Estudio carece de información relevante para su evaluación, cuando no se describen todas las partes, obras o acciones del proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, o sus distintas etapas; y se entenderá que carece de información esencial para su evaluación cuando, sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible evaluar la presencia o generación de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, ni determinar si las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas son adecuadas, así como tampoco la efectividad del plan de seguimiento”.

Si bien la falta de medidas de mitigación, reparación y compensación se considera información esencial, a la situación que nos estamos refiriendo en este

204 ASTABURUAGA CHALES DE BEAULIEU, Ob. Cit., pp. 128-129

caso es mucho más amplia, de acuerdo con lo descrito en el reglamento. Además, a diferencia de lo que sucede con las medidas, al ser más amplia se aplica tanto a las EIA como a las DIA, según lo señalado en los artículos 36 y 48 del Reglamento del SEIA.

De la misma manera que señalábamos respecto de las medidas de mitigación, reparación y compensación, Guzmán Rosen identifica que la información entregada por el titular de un proyecto es analizada en diversas ocasiones: la primera, apenas iniciado el procedimiento y se refiere a la admisión a trámite del proyecto, según lo establecido en el artículo 14 ter de la ley 19.300 y el artículo 30 del Reglamento del SEIA, en donde debe cumplir con la entrega de antecedentes respecto al tipo de proyecto y la vía de presentación²⁰⁵. Para declarar la admisibilidad, tiene un plazo de 5 días, en la que se debe verificar que se han entregado los antecedentes solicitados por la ley y el reglamento, sin perjuicio de los otros antecedentes que puede solicitar el SEA en otras etapas del procedimiento. En este caso, si no cumple con la entrega de esta información, la presentación del titular de un proyecto puede declararse inadmisibile.

La segunda ocasión, de acuerdo con el mismo autor, se puede apreciar durante la tramitación del procedimiento y se puede presentar en dos modalidades: la petición de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones por medio de un ICSARA y por medio de las modificaciones sustanciales de los proyectos o actividades en evaluación²⁰⁶.

²⁰⁵ GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. Condiciones y límites de aplicación de la puesta de término del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, en virtud de la falta de información relevante o esencial. Revista de Derecho Público. Vol. 75: 247-248, 2º Semestre, 2011.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 248

La tercera ocasión lo constituye la forma de finalizar el procedimiento, que puede ocurrir por medio del término por falta de información relevante o esencial (forma de término anormal del procedimiento) o por la expedición de una RCA (forma de término normal del procedimiento)²⁰⁷.

En la mayoría de estas ocasiones, salvo en la primera mencionada, la falta de información relevante también puede ser analizada por los órganos sectoriales pertinentes, quienes pueden emitir una opinión no vinculante al respecto, ya sea antes de que se declare anticipadamente el término del procedimiento, o en informes que son solicitados con posterioridad, por lo que pueden emitir una opinión sobre la calidad de la información. La opinión no es vinculante para el SEA.

Hasta antes del 2010, se trataba de una situación que era analizada una vez que se encontraba avanzado el procedimiento, al momento de pedir los informes necesarios que permitían determinar el impacto de un proyecto. Con la reforma de la Ley 20.417, se podrá analizar la calidad de la información antes de avanzar en el procedimiento, pudiendo existir una terminación anticipada del procedimiento de evaluación, sin perjuicio de poder decidir en una etapa posterior la relevancia de esa información²⁰⁸.

¿Estamos ante una potestad discrecional en este caso? Para dar esta respuesta se tiene que considerar lo señalado respecto a las medidas de mitigación, reparación y compensación, es decir, la decisión que tome se hará en base a los

²⁰⁷ Ibidem, pp. 248-249

²⁰⁸ Los órganos sectoriales pueden considerar que la información presentada por el titular del proyecto no es suficiente para determinar los impactos en la salud de las personas y en el ambiente.

informes técnicos. Y tiene dos posibles alternativas: llevar a cabo un ICSARA o dar término anticipado al procedimiento. Para esto, dependerá si la falta de información relevante o esencial puede ser subsanada o no. Por ello, dado la falta de fuerza vinculante de las opiniones de los órganos sectoriales respectivos y por la posibilidad que ante una situación similar pueda tomar dos decisiones diversas, es posible concluir que estamos ante una potestad discrecional.

De esta manera, Guzmán Rosen señala que esta facultad está pensada “para hacer más eficientes los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, restringiendo la posibilidad de que estos se extendieran en demasía y que su objeto fuera desfigurando el perfil original que tenían desde su inicio”²⁰⁹ y reconoce que la aplicación de ellas posee límites: en principio, “toda la información que el titular de un proyecto o actividad se encuentra obligado a entregar para la evaluación del mismo, de acuerdo con los artículos 8° inciso 3°, 9 ter, 11, 12, 12 bis, 13 bis y 18 de la Ley 19.300 tiene el carácter de relevante y esencial”²¹⁰; “la regla general es que el SEA solicite aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones”²¹¹, puesto que “una decisión tan radical como es la de colocar fin al procedimiento de forma anticipada requiere un grado de participación adicional del interesado antes que se adopte”²¹²; “la forma normal de poner término al procedimiento de evaluación de impacto ambiental es a través de una dictación de una RCA”²¹³, por lo que la invocación de esta forma de término “no apunta al este objetivo, sino simplemente a su término y a su archivo”²¹⁴; debe existir un estándar de razonabilidad y fundamentación, sobre todo considerando

²⁰⁹ Ibidem, p. 253

²¹⁰ Ibidem, p. 254

²¹¹ Ídem

²¹² Ibidem, p. 255

²¹³ Ibidem, p. 256

²¹⁴ Ídem

el carácter excepcional de la regla²¹⁵; “la decisión de poner término anticipado al procedimiento se encuentra condicionada por un espacio temporal”, que es 40 días desde la presentación del proyecto o actividad²¹⁶; y “la decisión debe respetar el principio de la no discriminación y encontrarse conforme al principio de confianza legítima”²¹⁷.

Méndez Ortiz señala que “los artículos 15 bis y 18 bis permiten a la autoridad ambiental ejercer discrecionalmente una facultad pero solo dentro de un plazo determinado. De lo contrario, el procedimiento seguirá su curso hasta la emisión del ICSARA, y una vez vencido el plazo legal en cuestión (40 o 30, según sea el caso) se extinguirá la facultad de la autoridad ambiental para poner término anticipadamente al procedimiento de evaluación”²¹⁸.

De esta manera, los autores reconocen la existencia de elementos discrecionales en el ejercicio de esta potestad. Por ejemplo, Méndez Ortiz la señala con esta característica de manera expresa, mientras que en el caso de Guzmán Rosen, si bien no menciona la existencia de discrecionalidad, reconoce como límite el principio de no discriminación, el cual es un límite de la discrecionalidad en general. Sin embargo, en ambos autores reconocen que esta discrecionalidad se encuentra limitada. Se puede ver, por ejemplo, que seguir o no el procedimiento va estar dado por el hecho que se encuentre dentro del plazo y que sea la información que, de acuerdo por el reglamento, pueda ser calificada como relevante o esencial. Por ello, si no se toma la decisión dentro de los

²¹⁵ Ídem

²¹⁶ Ibidem, p. 257

²¹⁷ Ídem

²¹⁸ MÉNDEZ ORTIZ, Pablo. 2016. Algunas precisiones sobre el término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental. [en línea] Revista de Derecho. Junio 2016, Vol. XXIX, N° 1. <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v29n1/art07.pdf>> [consulta: 1 abril 2017]

primeros 30 o 40 días, necesariamente tendrá que seguir con el procedimiento y subsanar la falta de información.

Ahora bien, ¿son criterios técnicos los que utilizan para ejercer esta potestad? hay que recordar que la decisión la toma el Director regional o ejecutivo del SEA, de acuerdo con los informes evacuados por los órganos sectoriales, que tienen observaciones en el ámbito técnico y jurídico que, como ya fue mencionado, no tiene fuerza vinculante para el SEA. Por eso, la decisión de dar término anticipado del procedimiento o no por parte de quien califica la falta de información puede exceder los criterios técnicos de los informes y puede considerar criterios incluso políticos. Por ello, no se puede caracterizar esta potestad con la discrecionalidad técnica.

Estas son algunas de las instancias que de Astaburuaga identifica como ejercicio de la potestad discrecional del SEA en el procedimiento de evaluación ambiental. Sin embargo y sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad ya analizados, hay dos potestades que deben examinarse para determinar si corresponden al ejercicio de la discrecionalidad en materia ambiental dentro del procedimiento y cuál es el margen de decisión que tiene el órgano que las toma. Por ello se desarrollará a continuación respecto a la declaración de fragmentación de proyectos y las decisiones en las consultas de pertinencias, con el fin de identificar si existe ejercicio de potestades discrecionales dentro del procedimiento de evaluación ambiental.

c. Fraccionamiento de proyectos

El artículo 11 bis de la Ley 19.300 prohíbe fraccionar, a sabiendas, los proyectos con el fin de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o de variar el instrumento de evaluación (por ejemplo, efectuar una declaración en vez de un Estudio). La misma norma establece el artículo 14 del Reglamento.

La situación a la que se refiere este artículo se trata de aquellos casos en los que se varía el instrumento de calificación ambiental, de acuerdo con el profesor Dougnac Rodríguez, “cuando debiendo ser uno el EIA, se cambia su forma de presentación al Sistema de Evaluación Ambiental, fragmentándolo o dividiéndolo en dos o más, entre otras cosas y como ya se dijo, con el fin de ocultar los efectos sinérgicos que generan sus partes o componentes, lo que deriva en el ocultamiento de sus efectos no lineales o mayores que la suma de ellos individualmente considerados”²¹⁹.

La norma que consagra la prohibición de fraccionamientos se incorporó a la Ley 19.300 en el año 2010, con la dictación de la Ley 20.417. De acuerdo con lo informado por la diputada Denise Pascal en la discusión en sala de la Cámara de Diputados, lo que se buscaba con las modificaciones introducidas por esta ley, entre las cuales se encuentra la posibilidad de dar término anticipado al procedimiento y la prohibición de fraccionamiento de proyectos, era implementar una norma de eficiencia al Sistema²²⁰. En tanto, en el Informe de la Comisión de Evaluación de Recurso Naturales de la Cámara de Diputados, se

²¹⁹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando. El recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público. En relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Septiembre 2011, N° 3 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Revista-final.pdf>> [consulta: 22 enero 2016]. p. 135

²²⁰ CONGRESO NACIONAL, Ob. Cit., pp. 480-481

señala que don Javier Hurtado, Gerente de Estudios de la Cámara Chilena de la Construcción, expresó que consideraba “que la modificación que impedirá el fraccionamiento de proyectos que se realiza actualmente con el objeto de evitar la evaluación ambiental, con lo que se pone fin a prácticas poco sanas”²²¹; en tanto, en el mismo informe, don Rodrigo Herrera Jena, Director de Greenpeace, expresó respecto a esta facultad que “si bien se prohíbe el fraccionamiento de proyectos o actividades con el propósito de variar el ingreso al sistema o el instrumento de evaluación, se excepciona en caso de proyectos por etapas o que correspondan a literales diferentes del artículo 10 de la ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, pero se debe tener presente que situaciones como la de Hidroaysén no se pueden volver a presentar en que el proyecto no está siendo evaluado en su conjunto sino que por etapas”²²².

Ya en la discusión del proyecto en general en el Senado, el senador señor Letelier, manifestó su voluntad de aprobar, sobre todo teniendo en consideración la normativa de prohibición de fraccionamientos de proyectos, señalando que “el nuevo sistema de evaluación de impacto ambiental pone término a fenómenos como el que hemos visto en Hidroaysén, donde se pudo separar en dos un proyecto que tiene una sola lógica, y cierra las puertas a aquellos que recurren a ese tipo de prácticas para lograr la aprobación de sus iniciativas. Es decir, se termina con lo que se conoce como el “fraccionamiento de los proyectos”. Se consagra un procedimiento más claro cuando se generan adendas a esos proyectos”²²³.

²²¹ Ibidem, p. 121

²²² Ibidem, p. 141

²²³ Ibidem, p. 885

Entrado en el debate, en el Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente del Senado una de las cuestiones que más se discutió fue el inciso 2° del futuro artículo 11 bis, en cuanto establecía que no se aplica la prohibición de fraccionamiento si se acreditaba que el proyecto se iba a ejecutar por etapas. Para el senador señor Girardi expresaba que “en este caso se está generando deliberadamente un implemento para vulnerar el estudio del impacto ambiental”²²⁴, ante lo cual la Ministra Presidenta de la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), señora Ana Lya Uriarte que el sistema existente hasta ese momento “no tiene ningún cauce ni control, sin embargo, se está explicando claramente la forma en que se establecerán los controles [...]. Esta iniciativa legal incorporará los efectos sinérgicos que antes no existían, que en el caso de una construcción por etapas será necesario acreditarlo y no se podrá ingresar al sistema antes de que se haya terminado la ejecución del proyecto anterior”²²⁵.

Posteriormente en la discusión en sala de las normas en particular, el senador señor Letelier reitera su idea manifestada previamente, señalando que “lo primero que se desea es que los proponentes no fraccionen su proyecto y que objetivamente se evalúe su conjunto y todo su impacto. Porque ocurre que muchos se han dedicado a burlar la débil institucionalidad que se logró generar en los años 90, causando tremendos daños al patrimonio ambiental de Chile. Por lo tanto, lo que se busca es poner mayor freno, una limitación, a esta práctica en que han incurrido muchos”²²⁶ y agrega que “la duda razonable que abrigan algunos colegas -y deseo primero hablar en comprensión de ello- se vincula a la

²²⁴ Ibidem, p. 1533

²²⁵ Idem

²²⁶ Ibidem, p. 1889

necesidad de clarificar quién debe demostrar que un proyecto no envuelve diferentes etapas. Por cierto, no es el proponente. La Superintendencia del Medio Ambiente debe definir cuándo un proyecto es por etapas y cuándo no, y también, determinar claramente -como dice el proyecto- las sanciones aplicables a quienes traten de burlar el sistema. Porque este artículo sí trata de evitar el abuso que han cometido muchos proponentes. El caso de Hidroaysén es quizá el más grosero, a mi juicio, que hemos visto en este último tiempo. Allí tratan de separar dos “patas” de un mismo proyecto. Espero que, ante situaciones como esa, haya la certeza de que la Superintendencia tendrá la fuerza necesaria para evitar que se burle lo que es la presentación de proyectos por etapas”²²⁷. El senador señor Longueira también se manifiesta respecto a esta norma, señalando que la norma “tiene origen en el artículo 11, referente a todos los proyectos o actividades que requieren la elaboración de un estudio de impacto ambiental. Y, como aquí se expresó, en algunos casos se ha abusado del fraccionamiento para eludir la evaluación. Eso es lo que debemos determinar aquí: si se va a evaluación de impacto ambiental o se efectúa una declaración de impacto ambiental. Y, en efecto, parte del acuerdo político implicó perfeccionar diversas normas para evitar los abusos que se hacen del fraccionamiento con el propósito de eludir los estudios pertinentes”²²⁸. Finalmente, la Ministra Presidenta de la CONAMA expresa que “el espíritu de la norma sobre fraccionamiento es el señalado por el Senador señor Longueira: queremos evitar a los titulares que deliberadamente fraccionan sus proyectos para soslayar el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental. También estamos diciendo que, si un proyecto se va a ejecutar por etapas, ello puede ser acreditado. Pero aquí se trata de poner coto al proponente malintencionado que quiere evitar -como muy bien manifestó el

²²⁷ Ibidem, pp. 1889-1890

²²⁸ Ibidem, p. 1890

Senador señor Pizarro- que su proyecto sea objeto de la evaluación. ¿Quién tiene la competencia para realizar toda esta investigación digámoslo así- a los efectos de la determinación respectiva? La Superintendencia del Medio Ambiente”²²⁹.

Así, de lo planteado en la historia de la Ley 20.417, se puede deducir que se busca evitar la evasión al SEIA, puesto los senadores manifestaron que en diversas oportunidades titulares de distintos proyectos de inversión los dividían con el fin de que estos no fueran evaluados ambientalmente o que se hiciera esta evaluación por medio de una DIA, en circunstancias que correspondía que ingresara al sistema por medio de un EIA. Se tuvo presente en ese momento el caso Hidroaysén.

Ante esta situación, el órgano que tiene competencia para determinar si existe fraccionamiento del proyecto y que puede requerir al proponente para que ingrese al SEIA es la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA).

¿Cómo se configura el fraccionamiento? Javier Naranjo Solano identifica los siguientes elementos de la norma²³⁰:

- La situación se refiere a los titulares de un proyecto que aún no ha obtenido calificación ambiental.
- La fragmentación tiene que ser con conocimiento del proponente, en donde se exige que tenga la intención de fraccionar.

²²⁹ Ibidem, pp. 1891-1892

²³⁰ NARANJO SOLANO, Javier. El problema del fraccionamiento en el sistema de evaluación ambiental. [en línea] LWYR. 17 de diciembre, 2014. <<http://www.lwyr.cl/opinion/el-problema-del-fraccionamiento-en-el-sistema-de-evaluacion-ambiental/>> [consulta: 2 abril 2017]

- El objeto del fraccionamiento sólo puede ser variar el instrumento de evaluación para evitar un EIA o eludir el SEIA.
- Es una facultad privativa del SMA.

Pero ¿cómo se puede determinar que estamos ante un fraccionamiento de proyectos? Es decir, ¿cuáles son los parámetros objetivos que permiten determinar que estamos frente a proyectos fraccionados? Ni la ley ni el reglamento nos dan parámetros claros para su determinación. El límite está en el hecho que no se trate de un proyecto que se desarrolle por etapas, cuestión que debe acreditar el titular del proyecto objeto de evaluación.

Así, el SEA no es en principio competente para resolver las cuestiones que se suscitan ante la existencia de un fraccionamiento de proyectos. Sin embargo, como se aprecia en los casos de Central Castilla e Hidroaysén²³¹, los recursos de protecciones se interponen en contra de este órgano, por no haber advertido el fraccionamiento de los proyectos.

Ante esta situación, Naranjo Solano señala que “creemos, entonces, que corresponde al SEA, si sospecha de un eventual fraccionamiento, consultar a través de los mecanismos que establece la ley al proponente del proyecto y llegar a tres posibles conclusiones: a) Que puede haber infracción al artículo 11 bis de la Ley 19.300, para lo que deberá remitir los antecedentes a la SMA; 2) que estime que hay un eventual fraccionamiento y calificar en base al mérito del proyecto y; 3) que persista su duda y sea finalmente la Comisión de Evaluación la que califique desfavorablemente el proyecto. Con todo, el Tribunal puede

²³¹ Estos casos se tratarán en los acápite 2.3.1.1. y 2.3.1.2.

determinar que hubo fraccionamiento. Sin embargo, creemos que dicha resolución no puede ni debe ser atribuida al SEA, ya que el organismo competente para ello es otro, la Superintendencia de Medio Ambiente”²³².

De esta manera, si bien el SEA no tiene la facultad de declarar la existencia de un fraccionamiento de proyecto, tiene un espacio de decisión para determinar si remitir lo antecedentes al SMA en caso que considere que bastan los antecedentes presentados en las etapas iniciales de la evaluación para considerar que existe el fraccionamiento o seguir con el procedimiento y calificar el proyecto de manera desfavorable, salvo que ya exista una denuncia previa ante el órgano fiscalizador, en el cual en este caso el SEA debe evacuar un informe y esperar la decisión. En ningún caso, ante la existencia de un fraccionamiento, puede calificarse de manera favorable, puesto que el artículo 16 inciso final de la Ley 19.300 establece que el proyecto será aprobado si cumple con la normativa ambiental, normativa entre la cual se encuentra el artículo 11 bis del mismo cuerpo legal. Hay que considerar que esta situación será en la hipótesis de que se varíe el instrumento de evaluación.

Por ello, podría señalarse que estamos ante una facultad con elementos discrecionales. Sin embargo, no puede calificarse de discrecionalidad técnica, puesto que puede atender a criterios que no precisen los conocimientos de otras ciencias, sino que podría responder a una cuestión más bien de certeza del SEA de contar con antecedentes suficientes en una etapa inicial para remitir los antecedentes. Y finalmente, esta posibilidad desaparece cuando se denuncia el

²³² NARANJO SOLANO, Javier, Loc. Cit.

fraccionamiento. En esta situación, debe suspender el procedimiento y remitir un informe a la SMA.

d. Consulta de Pertinencia

Puede ocurrir que el titular de un proyecto tenga dudas en relación con el ingreso de la actividad que va a desarrollar al SEIA, no teniendo claro si este producirá en qué medidas producirá impactos ambientales y qué instrumento de evaluación le permitiría determinar cuáles son los impactos ambientales de este proyecto. Es por ello, que el artículo 26 del Reglamento permite que el Director Regional o Director Ejecutivo del SEA pueda resolver esta duda del particular.

La consulta de pertinencia se puede definir, en base a lo señalado por la norma jurídica señalada, como el pronunciamiento del Director Regional o Director Ejecutivo del SEA en base a los antecedentes presentados por el titular de un proyecto, cuando existe la duda de si la actividad a desarrollar o su modificación debe someterse o no al sistema. A diferencia de las otras potestades analizadas, no se encuentra regulada en la Ley 19.300, sino sólo en el Reglamento.

Se contempla esta facultad del Director Regional o Director Ejecutivo del SEA porque si bien la ley establece taxativamente los proyectos que se someten al Sistema y los efectos que deben producir los proyectos para determinar si ingresa por Estudio o por Declaración, dadas las complejidades técnicas para comprender los antecedentes de un proyecto determinado, siempre es posible que existan dudas respecto a un caso particular, en relación a si el proyecto puede

tener el impacto suficiente en el medio ambiente y sea necesario ingresar al Sistema. En este sentido, tal como lo señalan Undurraga y Abogabir, “la ley intenta dar respuestas claras, pero la casuística hace que igualmente existan áreas grises. Esas áreas grises son las que se tratan de resolver a través de las Consultas de Pertinencias que los particulares efectúan a la autoridad ambiental pertinente”²³³.

De acuerdo a lo señalado por el SEA en relación a esta potestad, que “ésta además constituye una manifestación del derecho de petición, consagrado en el artículo 19° N°14 de la Constitución Política de la República y, específicamente, del ejercicio del derecho de las personas en sus relaciones con la Administración, para obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”²³⁴. Por ello, esta facultad no sólo permite una forma de análisis preliminar de los proyectos ingresados, sino también una primera forma de comunicación entre el titular de la actividad y el órgano ambiental.

Antes de la existencia de esta norma, ya se hacían consultas de pertinencias, cuestión que era reconocida por la jurisprudencia de la Contraloría General de la

²³³ UNDURRAGA, José Gabriel y ABOGABIR, Sebastián. Pertinencia Ambiental y la Seguridad Jurídica de los Particulares. [en línea] El Mercurio Legal. 10 de abril, 2013. <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901955&Path=/0D/C3/>> [consulta: 15 abril 2017]

²³⁴ SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Pertinencia de ingreso al SEIA. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/permisos-autorizaciones-ambientales/pertinencia-ingreso-seia>> [consulta: 15 abril 2017]

República²³⁵. Así, las normas aplicables para esos efectos eran las normas generales contempladas en la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Después de la dictación del Reglamento del SEIA, se dictó el “Instructivo de pertinencia de Ingreso de proyectos o actividades o sus modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” establecido en el Ordinario N° 131456/2013 del 12 de septiembre del 2013, dictado por el Director Ejecutivo del SEA. En ella se establece la forma en que se debe llevar a cabo la solicitud y los criterios que deben considerarse al momento de determinar la pertinencia o no de un proyecto.

Ahora bien ¿estamos ante una potestad de carácter discrecional? Pareciera que la respuesta a esta pregunta es negativa, puesto que el Director Ejecutivo del SEA, al momento de resolver la solicitud de pertinencia de que un proyecto deba o no ingresar al SEIA, tiene en cuenta tanto los artículos 10 y 11 de la Ley 19.300 y los artículos 3 a 11 del Reglamento del SEIA. Los primeros se refieren a cuáles son los proyectos que deben ingresar al SEIA y cuáles son los efectos ambientales relevantes que determinan el tipo de documento mediante el cual se va a evaluar el proyecto. Los segundos, detallan lo señalado en cada uno de los artículos señalados en la ley, y qué debe entenderse por cada uno de los conceptos establecidos en ella. De esta manera, en este caso estamos frente a un caso de aplicación e interpretación de la norma jurídica.

²³⁵ Así, a modo de ejemplo, se puede apreciar en el dictamen de la Contraloría General de la República, N° 056032-11 de 5 de septiembre de 2011, reconoce la existencia de consulta de pertinencia y de jurisprudencia administrativa sobre la materia, las que fueron dictadas antes de la publicación del Decreto 40 del Ministerio del Medio Ambiente del año 2013.

Sin embargo, hay un margen pequeño en el cual podría eventualmente existir elementos discrecionales del SEA. Este espacio se establece en el instructivo, en donde el SEA puede solicitar informes a otros órganos, los cuales pueden emitir una opinión sobre si deben o no ingresar los proyectos analizados al SEIA. Estos, en el caso de ser evacuados, no serán vinculantes para el órgano que entrega la respuesta a la solicitud del proponente. Este pequeño margen, si bien discrecional, no necesariamente es técnico, sino que puede basarse en motivos distintos que los de una ciencia o arte particular, pudiendo estar relacionado con los principios ambientales o criterios de carácter político.

Así, analizadas estas cuatro potestades de los órganos ambientales, las cuales suceden en el contexto del SEIA (ya sea antes del ingreso o durante este), se puede apreciar que cada una de ellas tienen tanto elementos reglados, en donde existe aplicación e interpretación de la norma ambiental, y elementos discrecionales, en donde existe un margen para que el órgano puede actuar de acuerdo con las distintas alternativas que puede dar lugar la aplicación de la norma jurídica. Se pueden apreciar la presencia de estos márgenes durante el procedimiento, pero estas deben considerarse siempre, como ocurre en toda potestad discrecional, dentro del ámbito que permita la misma norma que la establezca.

Respecto a lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, lo que se puede apreciar de estas normas es que ninguna de ellas debe necesariamente considerar criterios técnicos para poder tomar una decisión respecto de ella. Es decir, puede haber criterios más allá de lo señalado por una ciencia o arte en particular para elegir alguna de las alternativas que tiene el órgano derivadas de la aplicación de

la ley. Sin perjuicio de que el órgano para tomar su decisión tiene en cuenta criterios técnicos, estos no serán los únicos ni los más relevantes.

2.2.3.1.2. Administrar un sistema de información sobre permisos y autorizaciones de contenido ambiental

Las atribuciones contempladas en las letras b, c y f del artículo 81 que tiene el SEA tiene relación por el manejo de la información de carácter ambiental por parte de este órgano, los cuales están relacionados tanto con el SEIA y con otros instrumentos de evaluación ambiental. La importancia del tipo y calidad de la información ambiental que administre el órgano ambiental será relevante para el ejercicio de los derechos ambientales de las personas y en específico, para la evaluación de impacto ambiental. Así, Moreno y Sáez señalan que “existe un claro vínculo normativo y procedimental entre la información ambiental generada durante el proceso de evaluación y la toma de decisiones, aspecto recogido en el artículo 25 inciso 2° de la Ley N° 19.300 (la ley) y que contribuye a configurar al SEIA como un ‘procedimiento administrativo complejo’. Aún más, tras la reforma introducida mediante la Ley N° 20.417, el artículo 9 bis de la ley dispone que al momento de aprobarse o rechazarse un proyecto, la decisión debe tomarse “sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente”²³⁶. Enseguida, “el mismo artículo se encarga de recalcar que la inobservancia de dicha disposición genera un vicio de carácter esencial y por

²³⁶ SÁEZ, Andrés y MORENO, José Adolfo. SEIA y el rol de la información ambiental. [en línea] Moreno y Sáez Abogados. 29 de julio, 2014. < <http://morenosaez.cl/seia-y-rol-de-la-informacion-ambiental/> > [consulta: 18 abril 2017]

consiguiente puede acarrear importantes consecuencias por la vía recursiva. Adicionalmente, el diseño de nuestro SEIA contempla mecanismos de reclamación administrativa que nuevamente vinculan la información ambiental del procedimiento con la posibilidad de revisión de la decisión final. Es así como los artículos 20, 29 y 30 bis de la ley configuran un sistema recursivo para cuando un proyecto se rechace, se le impongan condiciones o exigencias (injustificadas), o no se satisfagan las condiciones legales de los procesos de participación ciudadana. En todos estos casos la información ambiental que consta en el expediente vuelve a ser decisiva para fundar la decisión administrativa en la resolución del recurso”²³⁷ y agregan que para los tribunales ambientales “la información ambiental considerada por los organismos resolutivos tiene un carácter decisivo. Tanto es así que incluso la información generada en la fase recursiva, a través de informes, ha dado lugar a jurisprudencia que reconoce el valor de la información ambiental en la decisión final”²³⁸.

De esta manera, para Díaz Le-Fort, “resulta necesario el acceso oportuno y de fácil comprensión a la información, el conocimiento de las consecuencias, normas y políticas que competen a un proyecto que podría vulnerar el derecho a vivir en un medio ambiente sano. Del mismo modo, es importante generar la demanda de dicha información, facilitando la transparencia de las decisiones adoptadas y la confianza de la ciudadanía en las autoridades”²³⁹. Puesto que es necesario “la existencia de ciudadanos informados, con acceso a los documentos,

²³⁷ Ídem

²³⁸ Ídem

²³⁹ DÍAZ LE-FORT, María. Derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental: una propuesta regional. [en línea] Fiscalía del Medio Ambiente. <<http://www.fima.cl/derechos-de-acceso-a-la-informacion-participacion-y-justicia-en-materia-ambiental-y-una-propuesta-regional/>> [consulta: 19 abril 2017]

resoluciones, estudios y antecedentes en poder de las autoridades que tienen competencia en la fiscalización y evaluación de estudios o declaraciones de impacto ambiental, en la dictación de normas de calidad ambiental o de emisión, o en la administración de los instrumentos de gestión ambiental”²⁴⁰, la legislación ambiental reconoce la existencia del derecho al acceso de la información ambiental en el artículo 31 bis de la ley 19.300, que establece que “toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública”.

De ahí la importancia de la atribución contemplada en la letra b del artículo 81 de la Ley 19.300, que en donde se contempla como potestad del SEA la administración del sistema de información sobre permisos y autorizaciones de contenido ambiental. El SEA al respecto ha señalado que “el Sistema de Información sobre Permisos y Autorizaciones de Contenido Ambiental tiene por objeto facilitar la identificación de la normativa ambiental y permisos ambientales sectoriales aplicables a los proyectos y actividades que se someten al SEIA”²⁴¹. En este sentido, se entenderá que los permisos ambientales sectoriales son “aquellos que tienen un objeto de protección ambiental”²⁴². Su regulación se encuentra en el Título VII del Reglamento del SEIA, que establece los tipos de permisos y los requisitos que deben tener cada uno de ellos.

²⁴⁰ Ídem

²⁴¹ SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Permisos y autorizaciones ambientales. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/permisos-autorizaciones-ambientales>> [consulta: 20 abril 2017]

²⁴² SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Permisos y pronunciamientos ambientales sectoriales. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/permisos-autorizaciones-ambientales/permisos-pronunciamientos-ambientales-sectoriales>> [consulta: 20 abril 2017]

Dentro del SEA, quien está encargado de desarrollar y mantener este sistema de información es la División de Tecnologías²⁴³, el cual debe ejercer esta labor de acuerdo con la normativa ambiental y, en lo no regulado por esta, por la Ley 20.850 Sobre Acceso a la Información Pública, que establece normas generales sobre transparencia y acceso a la información. Así, el registro de permisos y autorizaciones ambientales debe contemplar los requisitos que el reglamento exige para la aprobación de cada uno de ellos, con el fin de determinar el cumplimiento de la norma ambiental y las condiciones a las que están sujetas cada uno de los proyectos que cuentan con ellos.

Dadas las características de esta atribución, no se deja margen a un espacio de discrecionalidad. El órgano no puede decidir qué permisos ambientales o qué datos mantener en el registro, sino que debe adecuarlo de acuerdo con los criterios establecidos por las normas legales ambientales y de carácter general. Además, la importancia del carácter reglado de esta atribución se encuentra en que por medio de esta información existe la posibilidad de velar por el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgaron estos permisos y de sancionar las posibles infracciones que cometan los titulares de los proyectos a los cuales se le entregaron estos permisos.

En síntesis, esta es una potestad que se encuentra en el ámbito de lo reglado, en la cual la decisión del órgano ambiental que administra el sistema de información correspondiente es irrelevante, puesto que simplemente debe ajustarse al cumplimiento de la norma legal.

²⁴³ Ídem

2.2.3.1.3. Administrar un sistema de información de líneas de bases de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Lo señalado en el apartado anterior, en relación con lo que se refiere a la importancia de la información ambiental, es aplicable a esta atribución, que se encuentra establecida en la letra c del artículo 81. En este caso, estamos ante un tipo de información ambiental distinta a la de la atribución anterior: se refiere a la existencia de un registro de las líneas de bases de los proyectos sometidos al SEIA.

El artículo 2º letra l de la Ley 19.300 define como línea de base “la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución”. La regulación del contenido de la línea de base de un proyecto determinado se encuentra en el artículo 12 letra f del Reglamento del SEIA.

La importancia de las líneas de bases se encuentra en el hecho de ser parte integrante de la evaluación ambiental, siendo una de las materias a considerar para establecer los impactos ambientales totales que puede recibir el área donde se va a desarrollar el proyecto objeto de estudio. así, por ejemplo, es el contenido mínimo que debe tener un Estudio de Impacto Ambiental; de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 19.300 señala que para determinar la línea de base del proyecto objeto de evaluación debe considerar todos los proyectos que cuenten con una resolución de calificación ambiental, aun cuando estos proyectos no estén desarrollándose al momento de la evaluación; ayuda a

determinar la magnitud y duración del efectos adverso significativo de un proyecto o actividad; y ayuda a predecir el impacto ambiental del mismo.

Dentro del órgano ambiental, quien está encargado del desarrollo y la mantención del sistema de información de las líneas de bases es la División de Tecnologías y Gestión de la información²⁴⁴ y el contenido de este registro es el mismo que está contemplado en el artículo 12 letra f del Reglamento del SEIA²⁴⁵.

Si bien para determinar cuáles son las líneas se necesitan conocimientos técnicos que se encuentran más allá de los establecidos por el ordenamiento jurídico, la administración del sistema de información se rige por las normas ambientales de la Ley 19.300 y sus reglamentos y las normas generales de la Ley 20.287, sobre Acceso a la Información Pública. Por tanto, al igual que sucede en el caso de la administración del sistema de información de permisos y autorizaciones ambientales, en este caso tampoco se puede hablar de la existencia de un espacio para que el órgano ambiental tome decisiones, sino que la ley determina qué información es pública o no.

De esta manera, ni las decisiones del órgano ni el conocimiento de otras ciencias o artes afines al conocimiento ambiental son, para efectos de ejercer esta atribución, relevantes para la administración en sí misma del sistema de información de las líneas de bases.

²⁴⁴ Resolución Exenta N° 348/2016 de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental [en línea]. <http://transparencia.sea.gob.cl/transparencia/2016/instructivos/RE_0348_Estructura_Interna_SEA_.pdf> [consulta: 09 marzo 2017]. 3.1.9 letra c

²⁴⁵ SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Sistema de Información de Líneas de Bases de los proyectos sometidos al SEIA. [en línea] <<http://sea.gob.cl/sistema-de-informacion-de-lineas-de-bases-de-los-proyectos-sometidos-al-seia>> [22 abril 2017]

2.2.3.1.4. Uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite

El SEA es el órgano ambiental encargado de coordinar el debate ambiental que permite determinar los impactos ambientales de un proyecto determinado. Para llevar a cabo esta labor, solicita información al titular de la actividad objeto de evaluación, y solicita a otros órganos del Estado que emitan su opinión sobre los posibles impactos ambientales que pueden producirse en el área de influencia, pudiendo sugerir una calificación favorable o desfavorable del proyecto, la cual no es vinculante para el órgano que toma la decisión.

Sin embargo, aunque la ley y el reglamento establezca cada uno de los requisitos y etapas que debe cumplir la evaluación ambiental, muchas veces ante una misma situación pueden presentarse diversos criterios aplicables. Por esta razón, la ley establece como atribución del SEA la contemplada en la letra d del artículo 81 de la Ley 19.300 “uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite”. Además, existe otras referencias expresas a esta facultad del SEA: en el inciso 2º del artículo 4º del Reglamento del SEIA establece que “el Servicio podrá, de conformidad a lo señalado en el artículo 81 letra d) de la Ley, uniformar los criterios o exigencias técnicas asociadas a los efectos, características o

circunstancias contempladas en el artículo 11 de la Ley, los que deberán ser observados para los efectos del presente Título”; mientras que en el artículo 110 del mismo cuerpo normativo establece que “corresponderá al Servicio de Evaluación Ambiental, de conformidad a lo señalado en el artículo 81 letra d) de la Ley, establecer guías trámite, que uniformarán los criterios o exigencias técnicas de los contenidos y procedimientos establecidos para cada uno de los permisos ambientales sectoriales, las que deberán ser observadas”.

Dentro del SEA quien interviene en esta labor es la División de Evaluación Ambiental y de Participación Ciudadana²⁴⁶. De acuerdo con el mismo órgano, “el SEA se encuentra uniformando los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes y exigencias técnicas de la evaluación de impacto ambiental de proyectos y actividades, entre otros, mediante la elaboración de guías. Las guías tienen carácter indicativo”²⁴⁷. Contempla la posibilidad que en la utilización de estas guías se pueden hacer comentarios que servirán para la actualización de estas normas.

El órgano, hasta la actualidad, ha dictado guías trámites respecto de la descripción de los proyectos, respecto de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley 19.300, respecto de la aplicación de norma y reglamento, descripción del área de influencia, participación ciudadana, permisos ambientales sectoriales, entre otras.

²⁴⁶ Resolución Exenta N° 348/2016 de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental [en línea]. <http://transparencia.sea.gob.cl/transparencia/2016/instructivos/RE_0348_Estructura_Interna__SEA_.pdf> [consulta: 09 marzo 2017]. 3.1.8. letra f

²⁴⁷ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Guías de Evaluación de Impacto Ambiental. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/guias-evaluacion-impacto-ambiental>> [consulta: 25 abril 2016]

Ahora bien, ¿estamos ante una potestad discrecional del SEA? Para responder esta pregunta, hay que distinguir distintas situaciones que se presentan a propósito de esta facultad: el reglamento puede establecer expresamente que al SEA le corresponde establecer una guía trámite o que lo puede establecer, como ocurre en los artículos 4° y 110; y también hay situaciones en donde el reglamento no se pronuncia. Respecto de las primeras, la ley determina expresamente el espacio de discrecionalidad que debe tener el órgano. Así, en el caso de las guías trámites de permisos sectoriales, señala expresamente que “corresponderá al Servicio” establecerlas, lo cual es un mandato de la ley en donde debe establecerla, mientras que en el caso del artículo 4° del reglamento, utiliza la palabra “podrá”, lo cual denota que es facultativo, permitiéndole al órgano la posibilidad de decidir si dicta o no una guía trámite.

En el segundo de los casos, la situación es un poco más compleja, porque ante el silencio de la ley, no se entiende que está obligado a uniformar los criterios o que pueda decidir si dictarlos o no. Lo que simplemente señala la norma del artículo 83 de la Ley 19.300 es que, en caso de que existan diferencias de criterios, es el SEA el encargado de uniformarlos. Pero ¿tiene un espacio de discrecionalidad a este respecto? Eventualmente existe, en cuanto a las materias respecto de las cuales se va a uniformar cada uno de los criterios. Por ejemplo, puede dictar una guía trámite en donde uniforme los criterios técnicos y requisitos a considerar en la evaluación de proyectos inmobiliarios, o bien podría dictar una guía trámite respecto de plantas generadoras de energía. En este sentido, si se puede apreciar un ámbito en donde el órgano ambiental tiene un espacio de decisión, pero siempre tomando en consideración su finalidad: facilitar la coordinación del debate ambiental entre distintos actores.

Sin embargo, dentro de este ámbito de discrecionalidad, las razones que va tomar en consideración para elegir respecto de la materia a tratar en la guía trámite no son necesariamente técnico, sino que puede responder más bien a criterios políticos.

2.2.3.1.5. Proponer la simplificación de trámites para los procesos de evaluación o autorizaciones ambientales

Esta atribución del SEA se relaciona con la anterior, puesto que en ambos casos permite facilitar la discusión en el ámbito de la evaluación ambiental. Sin embargo, se centra más bien en el procedimiento en sí mismo, persiguiendo de esta manera que exista un procedimiento más rápido y sin dilaciones, y no en cuestiones de fondo, como ocurre con la atribución del artículo 81 letra d.

Guzmán Rosen señala que esta atribución “va en la dirección del principio de probidad administrativa, y los principios de celeridad y economía procesal establecidos en la ley 19980”²⁴⁸. En este sentido, mediante esta atribución el órgano ambiental buscaría hacer la tramitación de los permisos ambientales más expedita, sin que exista mayores obstáculos ni dilaciones dentro del mismo.

Por ello, las normas aplicables para el ejercicio de la atribución serán las de la Ley 19.300, el Reglamento del SEIA y en lo no regulado por ellas, se aplican las normas de la Ley 19880 de Bases de los Procedimientos Administrativos.

²⁴⁸ GUZMAN ROSEN, Rodrigo. Derecho Ambiental Chileno, Ob. Cit.

De esta manera, el ejercicio de esta atribución es principalmente reglada y no discrecional.

2.2.3.1.6. Administrar un registro público de consultores certificados para la realización de Declaraciones o Estudios de Impacto Ambiental el que deberá contener a lo menos el nombre o razón social, en caso de tratarse de personas jurídicas su representante legal, domicilio e información relativa a sus áreas de especialidad

Tal como fue señalado, esta potestad, al igual que las de las letras b y c se relacionan con el derecho al acceso de la información ambiental, que se encuentra reconocido en el artículo 31 bis de la Ley 19.300.

Esta atribución se encuentra regulada, tanto en la Ley 19.300 como en el Decreto 78 del 2015 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento de Registro de Consultores Certificados para la realización de Declaraciones o Estudios de Impacto Ambiental, la cual regula, de acuerdo con el artículo 2º del mismo cuerpo normativo, los requisitos que deberá cumplir un consultor para ser inscrito en el Registro, las obligaciones y la regulación sobre conflictos de intereses del Consultor Certificado para desarrollar actividades de Entidad Técnica de Certificación Ambiental o Evaluador de Conformidad Ambiental, la forma de administración de dicho registro y la información que debe contener.

El artículo 1º letra c del Registro Público de Consultores Certificados para la Realización de Declaraciones o Estudios de Impacto Ambiental define consultor

como la “persona natural o jurídica que realiza por encargo de terceros un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental para su ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” y en será consultor certificado, de acuerdo con la letra d del mismo artículo, el “consultor que cuenta con una inscripción vigente en el Registro Público de Consultores Certificados”. En este sentido, la existencia de un registro de consultores certificados es relevante tanto para los titulares de un proyecto, puesto que, de acuerdo con lo señalado por el SEA, “representa un paso en hacer más transparente el mercado de trabajo asociado a la elaboración y tramitación de DIA y EIA, proporcionando información a los titulares o proponentes de proyectos que requieren contratar este servicio”²⁴⁹. Sin embargo, también señala que “el registro y las certificaciones que se emitan en ningún caso hacen fe de los conocimientos del Consultor Certificado. Asimismo, la veracidad y actualización de la información contenida en el Registro es de responsabilidad exclusiva del consultor”²⁵⁰.

A nivel de organización interna, el SEA se encarga de administrar y mantener el registro de consultores certificados por medio de la División de Tecnologías y Gestión de la Información, ejerciendo esta labor siguiendo las normas de la Ley 19.300, las normas generales establecidas en la Ley 20.284 sobre Acceso a la Información Pública y las normas del Reglamento del Registro de Consultores.

De lo anterior se puede apreciar, tal como sucede con las atribuciones de la letra b y c del artículo 81 de la Ley 19.300, que para el ejercicio de esta

²⁴⁹ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Registro de Consultores. [en línea] <<http://sea.gob.cl/evaluacion-ambiental/registro-consultores>> [consulta: 27 abril 2017]

²⁵⁰ Ídem

atribución es principalmente de carácter reglado, puesto que las normas de la ley y del reglamento establecen las cuestiones relevantes que debe considerar este registro público. Así se puede apreciar en el artículo 11 del Reglamento establece cuales son los elementos que debe tener este Registro y el carácter público del mismo, cuestión en lo cual el SEA no puede decidir.

2.2.3.1.7. Interpretar administrativamente las Resoluciones de Calificación Ambiental, previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica que participaron de la evaluación, del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, según corresponda

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define como interpretación, en su octava acepción, como “determinar el significado y alcance de las normas jurídicas”²⁵¹. Por su parte, podemos definir como Resolución de Calificación Ambiental (RCA), a partir de lo señalado en el artículo 24 de la Ley 19.300, como el acto administrativo mediante el cual se concluye con el proceso de evaluación ambiental, el cual señala si el proyecto o actividad objeto de estudio cumple o no con los requisitos ambientales y gracias a la cual se pueden otorgar los permisos ambientales correspondientes. La SMA la define como “La RCA es un documento administrativo que se obtiene una vez culminado el proceso de evaluación de impacto ambiental, que coordina el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). Este documento establece las condiciones,

²⁵¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=LwUON38>> [consulta: 28 abril 2017]

exigencias o medidas que el titular asociado a un proyecto o actividad deberá cumplir durante su ejecución”²⁵².

El profesor Cordero caracteriza a la RCA de la siguiente manera: “es una autorización de funcionamiento lo que supone que con su otorgamiento, no se agota el vínculo entre la autoridad administrativa (ambiental) y el solicitante, perdurando este vínculo por un período indeterminado de tiempo, lo que explica los poderes de la Administración durante su desarrollo; en seguida, es un acto de contenido complejo porque es el resultado del concurso de voluntades de organismos administrativos, en el entendido que el Informe Consolidado de Evaluación (una especie de anteproyecto de acto terminal), que sirve de base a la dictación de la RCA, está construido precisamente sobre la base de los actos e informes de los servicios sectoriales; y finalmente, es un acto de doble composición, porque tiene aspectos de contenido normado, y en consecuencia reglado, pero además implica la adopción de medidas discrecionales, regularmente vinculada al establecimiento de las medidas de mitigación, compensación y restauración, en concreto”²⁵³.

Para Carrasco Quiroga y Heredia Valverde, la necesidad de interpretar la RCA surge por la existencia de “una legítima duda referida a lo mandado, permitido o prohibido, surge la necesidad de interpretar su contenido. Incluso, teniendo claridad de cómo debe ejecutarse lo autorizado y bajo qué términos,

²⁵² SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Sistema Nacional de Información de Calificación Ambiental. Registro de resoluciones de calificación ambiental [en línea] <<http://snifa.sma.gob.cl/v2/Instrumento>> [consulta: 8 mayo 2017]

²⁵³ CORDERO VEGA, Luis. Interpretación de las Resoluciones de Calificación Ambiental. [en línea] El Mercurio Legal. 25 de abril, 2013. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/04/25/Interpretacion-de-las-Resoluciones-de-Calificacion-Ambiental.aspx>> [consulta: 9 mayo 2017]

surgen a veces, por ejemplo, interpretaciones disímiles respecto al método para el control y seguimiento de una variable ambiental, el tipo de modelo de pronóstico a utilizar o el caudal que debe liberarse para cumplir con los requerimientos propios del ecosistema”²⁵⁴. En tanto, para el profesor Cordero señala, considerando las características de estos actos, que “un acto administrativo así, que está destinado a producir consecuencias de largo plazo en un contexto en donde la información entregada durante la evaluación ambiental da cuenta del “estado de las cosas” de ese momento, de manera que la incerteza futura condiciona la ejecución del acto, el ejercicio de derechos y de potestades administrativas, se transforma en los hechos en un acto que gestiona riesgos futuros, en donde la incertidumbre cumple un rol básico de justificación para la intervención pública (la idea precisamente que subyace al principio precautorio)”²⁵⁵.

Por la misma razón, el profesor Cordero señala en referencia a esta facultad, “se entregó al SEA como responsable técnico de la gestión integrada del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), desechando la posibilidad de que fuera la Superintendencia del Medio Ambiente quien tuviese esa atribución. El autor del acto —sostuvo el Congreso— es el que debe interpretar el acto”²⁵⁶. Sin embargo, Carrasco Quiroga y Heredia Valverde identifican diversos momentos en los cuales se debe interpretar la RCA, además del contemplado por el artículo 81 letra g, en donde también pueden estar involucrados otros órganos ambientales, como el Director Ejecutivo del SEA y el Comité de Ministros, en el

²⁵⁴ CARRASCO QUIROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier. La interpretación de la resolución de calificación ambiental. [en línea] Revista Chilena de Derecho, 2014. Vol. 41 N° 2. <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art10.pdf>> [consulta: 9 mayo 2017] p. 635

²⁵⁵ CORDERO VEGA, Luis, Interpretación de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Ob. Cit.

²⁵⁶ Ídem

caso de interpretación de una RCA a partir de las reclamaciones que deba conocer, o la SMA, producto de las fiscalizaciones del cumplimiento de las condiciones de la resolución²⁵⁷.

Sin embargo, en lo que se refiere a la atribución en análisis, esta es entregada al SEA, pero surgió la discusión si esta interpretación debía hacerse por medio de la Comisión de Evaluación Ambiental (CEA), siguiendo lo señalado por el legislador y tomando en consideración que es quien evalúa, o si debe hacerlo el Director Ejecutivo del SEA, como jefe del órgano.

Así, ante esta discusión, la Contraloría General de la República señaló en un primer momento que esta atribución la debía llevar a cabo la CEA, señalando que “en consideración a que las Comisiones de Evaluación son las sucesoras de las ex Comisiones Regionales del Medio Ambiente, es que, entre otros, los artículos 9°, 9° bis, 9° ter, 15; 16; 18; 19; 26; 28; 31 y 86 de la ley N° 19.300, le entregan a tales Comisiones de Evaluación tanto atribuciones para efectos de dar impulso a los trámites del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de un proyecto o actividad, como para calificar ambientalmente los mismos, en la medida que éstos sean susceptibles de generar impactos en una sola región. En razón de ello y en armonía con lo manifestado en los dictámenes N°s. 31.714, de 2001 y 1.501, de 2011, de esta Contraloría General, es dable sostener que las Comisiones de Evaluación reguladas en el artículo 86 de la anotada ley N° 19.300 -precepto que, por lo demás, forma parte del Párrafo 6° “Del Servicio de Evaluación Ambiental”, del Título Final del aludido texto legal-, son entidades

²⁵⁷ CARRASCO QUIEROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier, Ob. Cit., pp. 637-641

que se insertan dentro de la estructura orgánica de dicha institución pública”²⁵⁸. Ante esta respuesta, el profesor Cordero critica esta solución señalando que “la potestad interpretativa de las RCA es una facultad de cierre normativo, que busca precisamente dar certeza a los regulados y al público en general, sobre el establecimiento de normas no sólo jurídicas, sino que esencialmente técnicas, aquellas que precisamente un sistema legal diseña para llevar a cabo gestión de riesgos. Reconocer esa potestad interpretativa en la Comisión de Evaluación como lo hace la Contraloría y no en el SEA (en donde la ley la radica) es una mala respuesta interpretativa, porque afecta precisamente el propósito de certeza al dejar entregada a cada Comisión la manera de entender ese sistema normativo aplicable a la RCA, diluyendo el beneficio que perseguía el establecimiento de la regla”²⁵⁹. El profesor Carrasco Quiroga y Herrera Valverde coinciden que esta es una interpretación errónea, ya que “la Comisión de Evaluación de cada una de las regiones del país no forma parte de la estructura orgánica del SEA, pues este se desconcentra, por ley, únicamente en sus Direcciones Regionales, constituyendo, las Comisiones de Evaluación, contempladas en el artículo 86 de la ley y cuyas atribuciones se encuentran dispersas en esta, un órgano de la Administración del Estado distinto, tal como lo es, también, el Comité de Ministros, cada uno con su respectiva organización y funcionamiento”²⁶⁰.

Sin embargo, meses después reconsideró este criterio, y resolvió que es el SEA, por medio de su Director Ejecutivo, es el órgano encargado de ejercer la atribución del artículo 81 letra g, considerando que “la ley N° 19.300 encarga al Servicio de Evaluación Ambiental, por un lado, la interpretación de las

²⁵⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 1501-13, 7 de marzo de 2013

²⁵⁹ CORDERO VEGA, Luis, Interpretación de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Ob. Cit.

²⁶⁰ CARRASCO QUIEROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier, Ob. Cit., p. 645

resoluciones de calificación ambiental y, por otro, el establecimiento de criterios uniformes respecto de las actuaciones que lleven a cabo, en materia de evaluación ambiental, los organismos competentes del Estado, en tanto que a la aludida comisión de evaluación le compete, según previene el citado artículo 86, la calificación de los proyectos que ingresen al sistema. De lo anterior, además, se infiere que, para lograr la uniformidad de criterios en la evaluación ambiental, se requiere que un mismo órgano realice la interpretación de las referidas resoluciones de calificación, lo cual no puede concretarse si a cada una de las comisiones regionales de evaluación ambiental, cuyo funcionamiento es independiente entre sí, se le entrega dicha labor interpretativa”²⁶¹. De esta forma, en lo que se refiere a la atribución objeto de análisis, es el Director Ejecutivo del SEA quien interpreta las RCA.

En lo referente a las normas aplicables, en la Ley 19.300 no hay norma expresa que señale un procedimiento, sin perjuicio que la norma señala la posibilidad de solicitar informes a los órganos sectoriales que estén relacionados y que respecto de ellos, el inciso 2° de la letra g del artículo 81 señala que “cuando el instrumento señalado en el inciso anterior contuviese aspectos normados sometidos a las facultades de interpretación administrativa del organismo sectorial respectivo, el informe solicitado tendrá el carácter de vinculante para el Ministerio en relación a esa materia”, aplicándose de manera supletoria la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos.

¿Es esta una atribución con elementos discrecionales? La respuesta es que la actividad de interpretar la RCA es una forma de aplicar la ley ambiental, puesto

²⁶¹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 62223-13, 27 de septiembre de 2013

que el resultado de ella permitirá la ejecución del proyecto, medida o condiciones establecidas en ella. Aquí lo que se determina es el sentido y alcance de la RCA, por lo que no se presenta un espacio para el SEA para decidir una decisión distinta de las que señalen las normas ambientales. Esto es particularmente cuando en el ámbito ambiental existen una conceptos jurídicos indeterminados y conceptos técnicos especializados de otra ciencia o arte, los cuales son confundidos, en ocasiones, con elementos discrecionales.

Sin perjuicio de lo anterior, Carrasco Quiroga y Herrera Valverde identifican un margen de discrecionalidad no en el ejercicio de la facultad en sí misma, sino en el proceso de interpretación, en lo que se refiere a los informes de los organismos sectoriales. Ello, basándose en lo señalado en el inciso 2º de la letra g del artículo 81, en relación con el carácter vinculante que tienen estos informes en relación con las materias que no sean competencia del órgano, sino de quien evacua el informe. Señalan que “los aspectos normados vinculantes para el SEA, en el ejercicio de la potestad de interpretación administrativa, se refieren a aquellas materias técnicas o jurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico sectorial respectivo, pero no aquellas que dicen relación con cuestiones propiamente ambientales [...]. Es en este terreno que el SEA detenta un espacio de discrecionalidad al ejercer la potestad de interpretación administrativa, solo siendo vinculante el informe del organismo del Estado con competencia ambiental respectivo, en aquellos aspectos jurídicos y técnicos normados en la ley del ramo”²⁶².

²⁶² CARRASCO QUIROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier, Ob. Cit., p. 650

2.2.3.1.8. Fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos, de conformidad a lo señalado en la ley

La ley 19.300 se refiere en diferentes ocasiones a la participación ciudadana regulando principalmente en el Párrafo 3° del Título II el ejercicio de ella. En lo relacionado con el SEA, se establece como atribución para este órgano su fomento y facilitación. El artículo 27 de la Ley 19.300 señala que “cualquier persona, natural o jurídica, podrá imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados”.

Costa Cordella y Fuentes Merino definen participación ciudadana como “aquellas actividades voluntarias mediante las cuales los miembros de la sociedad civil, pueden intervenir fundamentalmente en tres esferas: la elección de sus gobernantes (directa o indirectamente), en la gestión pública y en el ejercicio del control ciudadano”²⁶³. El SEA señala que la participación ciudadana en el SEIA comprende “los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas; siendo obligación del SEA establecer mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad y dar respuesta (considerar) a las observaciones ciudadanas admisible”²⁶⁴. Así, en este ámbito existe un rol activo de la ciudadanía, en el cual pueden acceder al expediente en donde consta la tramitación del proyecto, observarlo en cuanto a sus impactos y en donde el

²⁶³ COSTA CORDELLA, Ezio y FUENTES MERINO, Paula. La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Septiembre 2011, N° 3 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Revista-final.pdf>> [12 mayo 2017] p. 86

²⁶⁴ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. ¿Qué es la participación ciudadana en el SEIA? [en línea] <<http://sea.gob.cl/que-es-la-participacion-ciudadana-en-el-seia>> [12 mayo 2017]

Estado debe llevar a cabo las medidas tendientes para permitir a las personas ejercer su derecho y dar una respuesta a la ciudadanía.

Se relaciona con el derecho al acceso a la información ambiental, puesto que para Costa Cordella y Fuentes Merino “permiten, por una parte, que el ciudadano pueda acceder a aquella información que posee el Estado necesaria para preparar su participación y permite, por otra, que puedan ejercer un verdadero control ciudadano al contrastar la coherencia entre la intención declarada por el servicio público y lo que efectivamente realiza”²⁶⁵; para Chávez Fica “el acceso a la información es esencial para una participación pública efectiva y significativa, y es uno de los elementos principales de la EvIA, proporcionando al público la oportunidad de considerar los efectos en el medio ambiente del proyecto y decidir si participar en el proceso decisorio. Este es también uno de los aspectos más complejos y cruciales de una EvIA, y una potencial fuente de conflicto, lo que hace necesario considerar cuidadosamente cada aspecto de la entrega de información: su oportunidad, la información a ser entregada, la forma en que será entregada y la accesibilidad a la información por parte del público”²⁶⁶; y para Mirosevic Verdugo “la información se presenta, en definitiva, como el sustrato de la participación ciudadana, aunque no constituye en sí misma una modalidad participativa, pues los ciudadanos no toman parte sino que son receptores de la comunicación”²⁶⁷.

²⁶⁵ COSTA CORDELLA, Ezio y FUENTES MERINO, Paula, Loc. Cit.

²⁶⁶ CHÁVEZ FICA, Romina. Participación Pública en la Evaluación de Impacto Ambiental y Conflicto ambiental: Un Análisis desde el Derecho Internacional. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Diciembre 2015, N° 7 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2016/04/libro-fima-interior-y-tapas-bbb.pdf>> [consulta: 12 mayo 2017] p. 96

²⁶⁷ MIROSEVIC VERDUGO, Camilo. La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la ley N° 20.417. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 1° semestre 2011, N° 36. <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a08.pdf>> [consulta: 12 mayo 2017] p. 297

En el ámbito dentro del SEIA, la materialización de la participación ciudadana, dependiendo del instrumento de evaluación ambiental que se haya utilizado para el análisis de un proyecto, siendo obligatoria la existencia de una etapa de participación en un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental y un trámite eventual, en una Declaración de Impacto Ambiental.

A nivel orgánico, en el proceso de evaluación de proyectos, es el SEA, por medio de la División de Evaluación Ambiental y Participación Ciudadana quien realiza esta tarea²⁶⁸, siguiendo las normas del párrafo 3° del Título II de la Ley 19.300, del Título V del Reglamento del SEIA, y en lo no regulado en estos cuerpos legales, en las normas de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos.

En particular, cabe destacar que en el reglamento se contemplan una serie de obligaciones para el SEA en el artículo 83, lo cual establece de la siguiente manera: “corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según sea el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones, cuando corresponda. Para la implementación de los mecanismos a que se refiere este Título, el Servicio podrá solicitar la colaboración de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental o con competencia en materia de desarrollo comunitario, social o indígena y/o de participación ciudadana”.

²⁶⁸ Resolución Exenta N° 348/2016 de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental [en línea]. <http://transparencia.sea.gob.cl/transparencia/2016/instructivos/RE_0348_Estructura_Interna__SEA_.pdf> [consulta: 09 marzo 2017]. 3.1.8. letra k

¿Esta atribución presenta elementos discrecionales? En sí misma, presenta pocos elementos para que el SEA tome una decisión: el órgano no puede decidir si fomentar o no la participación ambiental, sino que debe hacerlo; y esto es aún más relevante en los casos en que la participación ciudadana es un trámite de carácter eventual. Por ello, se puede apreciar en el artículo 30 de la Ley 19.300 que “las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, en su caso, publicarán el primer día hábil de cada mes, en el Diario Oficial y en un periódico de circulación regional o nacional, según corresponda, una lista de los proyectos o actividades sujetos a Declaración de Impacto Ambiental que se hubieren presentado a tramitación en el mes inmediatamente anterior, con el objeto de mantener debidamente informada a la ciudadanía” y de acuerdo con el artículo 30 bis señala que el Director Regional o Director Ejecutivo del SEA debe abrir un proceso de participación ciudadana por un plazo de 20 días, en el caso que lo soliciten dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o diez personas directamente afectada. En estos casos, el órgano ambiental debe llevar a cabo todas las medidas posibles y necesarias que permitan a la comunidad conocer y participar de la evaluación de un proyecto.

Pero, no se puede descartar que existan ámbitos en donde el órgano ambiental puede ejercer su discrecionalidad en el ejercicio de esta atribución. Esto se puede apreciar cuando puede decidir si solicita o no la colaboración de órganos del estado con competencia ambiental o competencia en materia de desarrollo social, comunitario o indígena y/o de participación ciudadana para la implementación de los mecanismos de participación establecidos por la Ley y el Reglamento, de acuerdo con el artículo 83 del Decreto 40 del año 2013 del Ministerio del Medio Ambiente. Podría existir un margen de discrecionalidad también en el momento

de los medios a utilizar para llevar a cabo las actividades de información y de recepción de las observaciones de la comunidad, pero esta decisión sólo podrá darse en el caso que, una vez ya determinado las características socioeconómicas y sociales de la comunidad a la cual se va a dirigir esta información y su posterior participación, exista más de un mecanismo efectivo, acorde con las condiciones con los participantes, para cumplir con esta tarea, siguiendo los parámetros de la Ley 19.300 y el Reglamento.

En cualquier caso, estas decisiones son principalmente de carácter político y no necesariamente técnico, por lo que tampoco podría considerarse que hay discrecionalidad técnica en este caso.

Analizadas las funciones del Servicio, se puede concluir que una de las más destacadas es la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la cual es una tarea de carácter administrativo, que en sí misma no necesita el conocimiento de otra ciencia o arte para llevarla a cabo, pero es dentro del procedimiento de evaluación en el cual se presentan instancias en que el órgano encargado puede o debe ejercer algún tipo de potestad discrecional para llevar a cabo la administración del sistema y los criterios para posteriormente evaluarlo, tal como fue estudiado. Sin embargo, no es una tarea excluyente, puesto que el artículo 81 de la Ley 19.300 establece otras atribuciones, como ocurre con la mantención de información ambiental, la uniformización de criterios, requisitos, antecedentes, entre otros para la autorización de permisos sectoriales, la interpretación de la RCA o fomentar la participación ciudadana en materia ambiental.

En la mayoría de las atribuciones se pueden ver que estas, por sí mismas no implican el ejercicio de una potestad discrecional, sino que principalmente presentan elementos reglados, bajo los cuales los ámbitos de decisión son prácticamente mínimos o nulos. Además, de considerar estos ámbitos de decisión, la mayoría se basan en criterios de políticas públicas y no de una ciencia o arte distinta de la ciencia jurídica, por lo que no se puede considerar que estamos ante potestades técnicas. Teniendo en consideración que el SEA es un órgano que no genera contenido ambiental propio, sino que sus decisiones se basan en los informes de otros órganos con competencia ambiental, se puede apreciar que este órgano no tiene un carácter necesariamente técnico, sino que se encarga de la coordinación de la información y del debate ambiental, basado en lo señalado por la ley y por las consideraciones políticas subyacentes a la existencia de un proyecto determinado.

Dentro de estas atribuciones existen elementos técnicos incorporados, pero su existencia no deriva, necesariamente en la existencia de una discrecionalidad técnica, puesto que en muchas ocasiones es la ley los parámetros a considerar para su aplicación, lo que manifiesta el reducido espacio de decisión que la ley entrega al SEA.

La situación para el SEA no es muy distinta dentro del SEIA. El procedimiento debe seguir lo establecido en la ley y en el Reglamento, teniendo etapas en donde puede ejercer potestades discrecionales. La más clara de ellas se encuentra en el establecimiento y determinación de medidas de mitigación, reparación o compensación, en donde la ley entrega los límites necesarios, pero es la autoridad que determina la suficiencia de ellas, pudiendo incluso dar término anticipado al proyecto si no cumple con ellas. Otras facultades que

tienen un margen de discrecionalidad para el órgano ambiental son el término anticipado por falta de información suficiente o esencial, la posibilidad que el órgano ambiental envíe los antecedentes a la SMA por el fraccionamiento de un proyecto y la consulta de pertinencia. En todas estas facultades, incluyendo las medidas, el margen de decisión se encuentra en la posibilidad de considerar o no los informes de los órganos con competencia ambiental o sectorial para efectos de su evaluación, puesto que estos informes no son vinculantes. Esto confirma el carácter de coordinador del SEA y no de un órgano de generación de contenido técnico ambiental.

Ahora bien, puede suceder que, en el ejercicio de estas facultades y ante proyectos de similares características, las decisiones que puede tomar el SEA sean contradictorias y no existan uniformidad de criterios, generando dudas tanto para los titulares de proyectos o actividades que ingresan al SEIA como del ciudadano que participa en la observación de ellos. En estos casos, ¿existe posibilidad de recurrir en contra de las decisiones del órgano ambiental?

En el caso del término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental por falta de información esencial o relevante (que incluye el análisis de las medidas de mitigación, reparación y compensación), el artículo 16 de la Ley 19.300 contempla sólo la posibilidad de deducir recurso de reposición en contra de la resolución del Director Regional o Ejecutivo en el plazo de 5 días contados desde la notificación de la resolución. En caso de que se dicte una RCA, el artículo 20 señala que “en contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto

Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contado desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental”. Agrega en el inciso 4º que “De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley”. También se contempla una posibilidad de revisión de la RCA en el artículo 25 quinquies.

Sin embargo, los recursos nombrados están establecidos a favor de los titulares de los proyectos, en caso del término anticipado del proyecto, establecimiento de condiciones desfavorables para el titular del proyecto. Para quienes hayan participado en el proceso de participación ciudadana, pueden ejercer estas resoluciones, siempre que sus observaciones no hayan sido consideradas.

En estos casos, las posibilidades de control respecto de las decisiones dentro del margen de discrecionalidad que tienen en estos casos se contempla en relación con las medidas de mitigación y de término anticipado del procedimiento, pero no así respecto del envío de antecedentes que el SEA hubiere podido entregar a la SMA por el fraccionamiento de proyectos o de las consultas de pertinencias, en donde las posibilidades de reclamo ante un tribunal

de la decisión respecto a la fragmentación y a la consulta de pertinencia son mínimas.

El artículo 17 de la Ley 20.600 establece la competencia de los Tribunales Ambientales, entre las que podemos destacar la del numeral 5° y la del numeral 6°²⁶⁹. Estos son casos que se refieren a las reclamaciones por no considerar las observaciones de quienes son afectados por el proyecto o para reclamar en contra de las resoluciones del Director Ejecutivo del SEA o del Comité de Ministros. Sin embargo, no se hace mención en ninguno de los artículos sobre la competencia de conocer de reclamaciones ante el pronunciamiento de los fraccionamientos de proyectos o de las consultas de pertinencias.

En el caso de los fraccionamientos, la posibilidad de control es indirecta, puesto que sólo podrá cuestionarse a lo largo del procedimiento y de acuerdo con las observaciones presentadas al SEA, pero no hay posibilidad de reclamar al respecto antes de la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental.

En el caso de la consulta de pertinencia, la situación es aún más complicada. Sólo si esta estima que el proyecto debe someterse a la evaluación podría ser

269 Ley 20.600, Artículo 17. “Artículo 17.- 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.

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.

posible reclamar (por ejemplo, acerca del tipo de instrumento con que se evaluó). Pero ¿qué sucede en los casos en que se estima que no debe entrar al sistema?

Es así como vemos que las posibilidades de control son bastante reducidas. ¿Significa que no es posible controlar el ejercicio de la potestad discrecional? La posibilidad de control siempre estará presente por medio de recursos de carácter general, ya sea de carácter administrativos, como los contemplados en la Ley 19880, o de carácter judicial, como sería, por ejemplo, el recurso de protección. Efectivamente, en particular, a raíz del fraccionamiento de proyectos se han presentados estas acciones constitucionales, cuestionándose la existencia de fraccionamiento y las posibilidades que tenía el SEA de decidir respecto de ellas. El problema presente en estos casos, son los siguientes: se ha recurrido en contra de un órgano que no tienen competencia, por sí mismo, de determinar si existe fraccionamiento; y se ha cuestionado el ejercicio de facultades discrecionales en circunstancias que determinar la existencia de un fraccionamiento de un proyecto es una potestad reglada. A raíz de ello, se va a analizar lo señalado por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en esta materia, a partir de las sentencias dictadas por ellas.

2.3. Control Judicial de las decisiones del Servicio de Evaluación Ambiental ante la posible fragmentación de un procedimiento administrativo

Tal como se mencionó anteriormente, no están especificadas las posibilidades del control en el caso de un fraccionamiento, presentándose estas de manera indirecta, específicamente en el ámbito de la participación ciudadana, cuando no se han considerados las observaciones por parte del SEA. Sin embargo, han

existido casos en los que se han analizado el ejercicio de la discrecionalidad en los casos de fraccionamiento de proyectos. Se tratan de los casos de los proyectos de Central Castilla y Puerto Castilla y del proyecto Central Hidroeléctrica de Aysén (también conocido como Hidroaysén), en donde uno de los argumentos para recurrir en contra de la Resolución de Calificación Ambiental es la existencia de fraccionamientos, que no fue sancionado por la autoridad ambiental, y que de igual manera existió una calificación favorable.

2.3.1. Casos de Análisis

Se trata de casos importantes en lo que se refiere a las potestades discrecionales técnicas de la Administración, en donde la respuesta para una y para la otra difiere en gran medida. Por ello, es importante analizar las características de los casos, analizar sus principales diferencias y la solución a la que llega el tribunal que resuelve el asunto.

Se trata de dos casos emblemáticos, tanto por su envergadura económica como por lo disimiles de sus fallos, que surgieron de los recursos de protección en contra de las resoluciones de calificación ambiental que aprobaban los respectivos proyectos.

2.3.1.1. Central Castilla

Se tratan de dos proyectos presentados ante el SEA de la Región de Atacama. Uno se trata del proyecto “Puerto Castilla”, quien tiene como titular del proyecto

a OMX Operaciones Marítimas Ltda., siendo presentado con fecha 17 de julio de 2009, y se localizaría en la comuna de Copiapó y que se emplazaba al interior de la Hacienda Castilla, específicamente en el área de Punta Cachos, distante a unos 80 kilómetros al suroeste de la ciudad de Copiapó²⁷⁰, con el fin de servir de desembarque para combustible y el embarque de minerales; el otro se trata del proyecto “Central Termoeléctrica Castilla”, cuyo titular es CGX Castilla Generación S.A., el cual pretende proveer potencia y energía para el Sistema Interconectado Central y respaldar la demanda de energía, siendo presentado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el 10 de diciembre de 2008. El proyecto se pretendía localizar en la zona denominada Punta Cachos, distante 80 km. al suroeste de la ciudad de Copiapó, capital de la Región de Atacama²⁷¹.

Se calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental por la Comisión de Regional Medio Ambiental de Atacama (COREMA), del cual emanó la Resolución Exenta N° 254 del 23 de diciembre de 2010, en relación con el “Puerto Castilla”²⁷²; y la Central Termoeléctrica Castilla fue calificada favorablemente por la Comisión de Evaluación de III Región de Atacama, por medio de la Resolución Exenta N° 46 del 1 de marzo del 2011²⁷³. En contra de todas estas resoluciones se dedujeron recursos de protección, 3 de ellos con

²⁷⁰ SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Estudio de Impacto Ambiental “Puerto Castilla”. [en línea] <<http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=3911293>> [consulta: 15 mayo 2017]

²⁷¹ SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Estudio de Impacto Ambiental “Central Termoeléctrica Castilla”. [en línea] <<http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=3409606>> [consulta: 15 mayo 2017]

²⁷² SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Resolución Exenta N° 254, 23 de diciembre de 2010. [en línea] <http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_PUERTO_CASTILLA.pdf> [consulta: 15 mayo 2017]

²⁷³ SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Resolución Exenta N° 46, 1 de 2011. [en línea] <http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_CASTILLA_FEBRERO_2011_final.pdf> [consulta: 15 mayo 2017]

Ingreso Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N° 173-2011²⁷⁴ y 5 de ellos en el Rol 174-2011 ante el mismo tribunal²⁷⁵.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió acerca de estos recursos. Respeto del Puerto, se rechazaron todos los recursos de protección deducidos en contra de las resoluciones que aprobaron el proyecto de Puerto Castilla²⁷⁶, mientras que en lo que se refiere a la Central, acogió el recurso en cuanto a dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 578 del 15 de febrero del 2011, emanada de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama que invalidó la ORD. BS3 110/2010, y se resuelve que no puede ser tomada en cuenta para efectos de la calificación ambiental, pero no deja sin efecto la resolución de calificación ambiental por sí misma²⁷⁷.

En contra de estas sentencias, se dedujeron recursos de apelación, Rol 1960--2012 y 2703-2012, los cuales, por decisión de la Corte Suprema se acumularon²⁷⁸. Los argumentos que se esgrimieron para fundar estos recursos están dados por lo siguiente:

- En lo que se refiere al Puerto:

²⁷⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 173-2011, 30 de enero de 2012, Parte Expositiva. En esta sentencia se resuelven los recursos de protección de Rol 60-2011, 61-2011 y 75-2011, todos de la Corte de Apelaciones de Copiapó

²⁷⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 174-2011, 6 de marzo de 2012, Parte Expositiva. En esta sentencia se resuelve los recursos de protección de Rol 98-2011, 115-2011, 123-2011, 124-2011 y 125-2011, todos de la Corte de Apelaciones de Copiapó

²⁷⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 173-2011, 30 de enero de 2012, Parte Resolutiva

²⁷⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 174-2011, 6 de marzo de 2012, Parte Resolutiva.

²⁷⁸ Resolución Corte Suprema, Rol 1960-2012, 8 de agosto de 2012

- i. Se alega la incompetencia de la COREMA que dictó la resolución que califica favorablemente el proyecto²⁷⁹.
- ii. Infracción al deber de coordinación de la Administración²⁸⁰.
- iii. Infracción del deber de motivación y congruencia y coherencia de los actos de la Administración²⁸¹.
- iv. El fraccionamiento de Proyectos²⁸².
- v. La resolución es notoriamente incompleta²⁸³.
- vi. Falta de otorgamiento de permiso ambiental sectorial²⁸⁴.
- vii. Arbitrariedad²⁸⁵.
- viii. Violación del Plan de Manejo de la Bahía Chasco ²⁸⁶.
- ix. Violación al Plan Intercomunal Costero²⁸⁷.

- Respecto de la Central:

- i. Improcedencia de la invalidación del oficio²⁸⁸.
- ii. Infracción en el otorgamiento del permiso ambiental sectorial²⁸⁹.
- iii. Fraccionamiento del proyecto en relación con el Puerto²⁹⁰.
- iv. Infracción al deber de coordinación y motivación²⁹¹.

²⁷⁹ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 60-2011, 21 de enero de 2011, pp. 4-6; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 61-2011, 21 de enero de 2011, pp. 3-8

²⁸⁰ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 61-2011, 21 de enero de 2011, pp. 9-10

²⁸¹ Ibidem, pp. 10-13

²⁸² Ibidem, pp. 8-9; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 75-2011, 3 de febrero de 2011, pp. 3-4

²⁸³ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 60-2011, 21 de enero de 2011, pp. 6-8

²⁸⁴ Ibidem, pp. 8-10

²⁸⁵ Ibidem, p. 10

²⁸⁶ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 75-2011, 3 de febrero de 2011, p. 2

²⁸⁷ Ibidem, p. 2

²⁸⁸ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 98-2011, 25 de febrero de 2011, pp. 3-9; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 115-2011, 11 de marzo de 2011, pp. 3-5

²⁸⁹ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 123-2011, 25 de marzo de 2011, pp. 5-13

²⁹⁰ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 124-2011, 20 de marzo de 2011, pp. 4-5; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 125-2011, 30 de marzo de 2011, pp. 4-5

v. Infracción al Plan Regulador Comunal de Copiapó²⁹²

De los argumentos esgrimidos por las partes, nos interesa el que se refiere al fraccionamiento del Proyecto del Puerto Castilla y la Central Termoeléctrica Castilla. Al respecto, señalan los recurrentes que existe un acto ilegal en este sentido, puesto que los proyectos por separado son parte de un proyecto de mayor envergadura, lo que queda demostrado ya que el fin del Puerto es proveer de carbón y petróleo únicamente a la Central, sin los cuales no puede operar²⁹³. Es deber de la autoridad ambiental que se impidan la utilización de maniobras fraudulentas, sin perjuicio que el titular tiene la libertad su proyecto de la manera que estime conveniente²⁹⁴. Su fraccionamiento impediría analizar los efectos sinérgicos y las líneas de bases reales del proyecto²⁹⁵.

Se señaló que “la empresa proponente desagregó intencionalmente el proyecto, como una manera de eludir una evaluación ambiental que dimensionara íntegra y plenamente los reales impactos del mismo. Por esta vía se buscó en el fondo eludir a la institucionalidad ambiental, además de engañar a la comunidad nacional, regional y comunal, respecto de los verdaderos daños e impactos que generara el megaproyecto. Con esta medida la institucionalidad no fue capaz de dimensionar los efectos sinérgicos, es decir aquellos que se

²⁹¹ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 124-2011, 20 de marzo de 2011, pp. 5-8

²⁹² Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 125-2011, 30 de marzo de 2011, p. 7

²⁹³ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 61-2011, 21 de enero de 2011, p. 8; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 75-2011, 3 de febrero de 2011, p. 3; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 124-2011, 20 de marzo de 2011, p. 4; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 125-2011, 30 de marzo de 2011, p. 4

²⁹⁴ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 61-2011, 21 de enero de 2011, pp. 8-9; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 124-2011, 20 de marzo de 2011, pp. 4-5

²⁹⁵ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 61-2011, 21 de enero de 2011, p. 9; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 75-2011, 3 de febrero de 2011, p. 3; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 124-2011, 20 de marzo de 2011, p. 5; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 125-2011, 30 de marzo de 2011, p. 4

producirán por el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes y que supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individual y aisladamente analizadas en cada proyecto por separado”²⁹⁶.

Se sostuvo que fue reconocida “la existencia del fraccionamiento por la propia entidad evaluadora y forma parte de la descripción del proyecto [...]. Si bien es cierto es el titular del proyecto quien decide la forma de ingreso al Sistema, y el modo de presentar el proyecto, a la Administración le corresponde velar porque esa decisión sea acorde a Derecho. Es decir, la entidad evaluadora tiene un rol de garante en el sentido de impedir que este tipo de maniobras de fraude al SEIA se realicen libremente”²⁹⁷.

El SEA señaló respecto del fraccionamiento de proyectos que la Ley 19.300 trataba de manera separada los proyectos (el Puerto y la Central Termoeléctrica), agregando que hasta ese momento “no existe precepto de rango legal o reglamentario de contenido ambiental que establezca una prohibición general de fraccionar un proyecto, en los términos erradamente planteados por uno de los recurrentes [...]. Es preciso establecer que la prohibición de fraccionamiento de los proyectos no es aplicable en la especie por tratarse de tipologías de proyectos distintas, correspondiendo además a titulares distintos. Adicionalmente, es menester destacar que la referida disposición tampoco resulta aplicable por no configurarse la intencionalidad prevista por el legislador para la concurrencia de la prohibición de fraccionamiento de proyectos [...]. La referida reforma legal no resulta aplicable a la evaluación del proyecto, toda vez que este ingresó al SEIA

²⁹⁶ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 125-2011, 30 de marzo de 2011, p. 4

²⁹⁷ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 124-2011, 20 de marzo de 2011, pp. 4-5

con anterioridad a la Ley N° 20.417 – que introdujo la citada modificación legal-. Lo anterior, considerando que, de acuerdo con lo establecido en el artículo primero transitorio inciso final de la referida ley, los proyectos sometidos al SEIA previos a la publicación de la ley -lo que ocurrió con fecha 26 de enero de 2010- se sujetarán en su tramitación a las normas vigentes al momento de su ingreso”²⁹⁸.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, acumulando las causas en el Rol 173-2011, respecto de los recursos que se refieren al proyecto “Puerto Castilla”²⁹⁹, y en el Rol 174-2011, en relación con los recursos referidos al proyecto “Central Termoeléctrica Castilla”³⁰⁰, decide rechazar los recursos en contra de la resolución que aprobaron “Puerto Castilla” y acoge los recursos en contra de la Resolución Exenta N° 578 del 15 de febrero del 2011, emanada de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama que invalidó la ORD. BS3 110/2010, y se resuelve que no puede ser tomada en cuenta para efectos de la calificación ambiental del proyecto “Central Termoeléctrica Castilla”. Señala en relación con el primer proyecto que “se desprende que ambos proyectos tienen titulares y objetos diversos y su única conexión está dada por cuanto en el Sitio 1 del Puerto Castilla se proyecta recibir el desembarque de Carbón y Petróleo Diesel con destino a la termoeléctrica, no siendo ésta su única actividad, de modo que si bien están relacionados no son un mismo proyecto como lo sostienen los recurrentes ni de ellos se desprende que su conexión tiene el nivel

298 Informe Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 60-2011, 7 de marzo de 2011, pp. 29-30

299 Resolución Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 60-2011, 13 de abril de 2011

300 Resolución Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 98-2011, 13 de abril de 2011; Resolución Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 123-2011, 13 de abril de 2011

de exigencia que previene el citado artículo 33”³⁰¹ agregando que “de la revisión de la resolución que aprobó el proyecto de la Termoeléctrica, aparece que la existencia del Puerto Castilla nunca le fue ajena, de hecho, integrantes de la comunidad como los recurrentes de autos efectuaron observaciones precisamente en relación con los impactos que producirían ambos proyectos, lo que se tradujo en que en el punto 12.17 de las condiciones impuesta al proyecto de la Termoeléctrica, se exigió que “El titular deberá consolidar en un informe semestral el Plan de monitoreo del Estudio de Impacto Ambiental del Puerto Castilla y de la Central Termoeléctrica Castilla con el objeto de sistematizar la información ambiental del proyecto y de otras fuentes de información pública”³⁰², concluyendo que “no le era exigible a la autoridad ambiental la acumulación de los proyectos, sin perjuicio de lo cual en la tramitación del Proyecto de la Termoeléctrica Castilla, igualmente se consideraron los impactos que podrían producirse en relación con el Puerto Castilla, por lo que no existe ilegalidad en su actuar”³⁰³. Respecto a esta materia, en la sentencia que se refiere al proyecto “Central Termoeléctrica Castilla” no se pronuncia sobre la misma. Ambas sentencias son apeladas y se acumulan en la causa Rol 1960-2012³⁰⁴.

La Corte Suprema señala que para determinar si existe o no fraccionamiento debe analizar la relación entre los proyectos³⁰⁵. Para ello, toma en consideración que el titular del proyecto del Puerto señala que es un proyecto independiente de cualquier otro que se lleve a cargo en la región, por lo que el proyecto no es vinculante con los demás. Se destacan que existen contratos con clientes, y no

³⁰¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 173-2011, 30 de enero de 2012, Considerando Vigésimo Segundo

³⁰² Ibidem, Vigésimo Tercero

³⁰³ Ibidem, Vigésimo Cuarto

³⁰⁴ Resolución Corte Suprema, Rol 1960-2012, 8 de agosto de 2012

³⁰⁵ Sentencia Corte Suprema, Rol 1960-2012, 28 de agosto de 2012, Considerando Duodécimo

sólo servirá para abastecer la Central Termoeléctrica, sino también para el embarque de minerales³⁰⁶. A pesar de ello, el sector principal del puerto se ha destinado para el acopio de petróleo y carbón³⁰⁷.

En lo que se refiere a la Central, ésta tendría turbinas que utilizarían, en algunas de sus unidades, petróleo, y en otras, carbón, adquiridos por vías marítimas, transportado desde el buque tanque por tubería de la zona portuaria al Complejo de la termoeléctrica.

La Corte Suprema concluye que “de lo expuesto precedentemente, resulta inconcuso afirmar que ambos proyectos están relacionados, puesto que el principal sitio del puerto está destinado precisamente a la recepción de petróleo y carbón, que serán utilizados como insumos en la Central Termoeléctrica. Además, en el proyecto Puerto, se reconoce que ya existen pre-contratos con la Central Termoeléctrica, de modo que la vinculación entre uno y otro, es evidente”. Se concluye de esto que la Central no es posible sin el Puerto³⁰⁸.

El tratamiento que recibe estos proyectos es que, de acuerdo con la autoridad ambiental que evaluó, los consideró proyectos distintos puesto que “se formularon a sus titulares, sendas observaciones en las cuales se manifestaba la vinculación de los mismos y falencias en cuanto a ello, respondiendo sus titulares que los proyectos eran independientes uno del otro”³⁰⁹.

306 Ibidem, Considerando Décimo Tercero

307 Ibidem, Considerando Décimo Cuarto

308 Ibidem, Considerando Décimo Quinto

309 Ibidem, Considerando Décimo Séptimo

La Corte especifica que “de la lectura de los diversos artículos de la Ley N° 19.300 no se advierte la existencia de alguna norma que obligue al titular de un determinado proyecto que se relacione con otro, a presentarlos a evaluación en forma conjunta. Tal carencia, queda de manifiesto con las modificaciones introducidas por la Ley 20.417, que incorporó el artículo 11 bis, que dispuso la prohibición de fraccionar los proyectos o actividades, a sabiendas, con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental”³¹⁰.

La arbitrariedad que se considera en este caso es las omisiones aludidas son relevantes, y tienen directa relación con las exigencias que el artículo 12 de la Ley N° 19.300 obliga a considerar en los estudios de impacto ambiental, esto es, la “Línea Base” definida en la letra 1) del artículo 2 de la misma ley como: “la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución” [...]. si los proyectos de Puerto y Central se hubiesen presentado en forma conjunta –dada su relación de dependencia de uno y otro– habrían incluido en forma clara la descripción detallada de conexión de la transferencia de carbón y petróleo que irá de una instalación a otra, ello permitiría primero, determinar en forma exacta el área de influencia total del proyecto, enseguida, conocer los antecedentes para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental, es decir, la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución [...]. la autoridad ambiental, sólo al final de la evaluación dispuso consolidar en un informe el Plan de Monitoreo de ambos proyectos, para lo cual ha de tenerse presente que “consolidar” significa según el

310 Ibidem, Considerando Vigésimo Primero

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Dar firmeza y solidez a una cosa.// Reunir, volver a juntar lo que antes se había quebrado o roto de modo que quede firme.// Asegurar del todo, afianzar más y más una cosa, como la amistad, la alianza, etc. // Reunirse en un sujeto atributos de un dominio antes disgregado”. Es decir, siempre prima la idea de reunir dos cosas que deben estar juntas, por ello la exigencia planteada sólo viene a dejar en evidencia que, aunque tardíamente, la autoridad ambiental también vio la necesidad de evaluación conjunta de ambos proyectos, circunstancia que debió concurrir al principio y no al final de la evaluación”³¹¹.

Concluye que “no resulta ajustado a un criterio racional el obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente” Al no considerarse racional obviar la conexión entre los proyectos, la Corte la considera arbitraria y no se encuentra en el marco de la legalidad y afecta la finalidad del legislador, que es la protección del Medio Ambiente³¹². Agrega que “un comportamiento carente de la necesaria racionalidad –que en la especie estaba dado por permitir una visión y ponderación de conjunto de todas las fases de la actividad- se torna arbitrario y una conducta tal, además de revestir esta calidad no puede tampoco entenderse inserta en el marco de la legalidad, como quiera que atenta entonces contra la finalidad que el legislador previó al instaurar la norma, que en este caso, no es otra que asegurar a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, derecho que en estas

311 Ibidem, Considerando Vigésimo Séptimo

312 Ibidem, Considerandos Vigésimo Noveno y Trigésimo

circunstancias se ve afectado, al desconocerse la unidad de ambos proyectos y, además el total del área de influencia”³¹³.

En razón de ello y entre otros argumentos, se acoge el recurso de protección y se dispone como medida la presentación de los proyectos en forma conjunta³¹⁴.

Como ya se mencionó al tratar el tema del fraccionamiento de proyectos, el artículo 11 bis prohíbe a los titulares de proyectos o actividades dividirlos a sabiendas, con el fin de evadir la evaluación ambiental. También fue mencionado que quien determina si un proyecto está fraccionado al momento de ingresar al SEIA no es el mismo órgano que administra el SEA, sino la SMA, ante lo cual lo que puede hacer el órgano ambiental encargado de la tramitación del proyecto es enviar los antecedentes al órgano fiscalizador, para que determine si hay infracción a la ley y obligue a ingresar a un proyecto a través del instrumento correspondiente o seguir con el proceso de evaluación, y si de manera posterior considera la existencia de fraccionamiento, rechazar el proyecto.

El único espacio de discrecional que tiene en este caso es determinar si efectúa el envío de estos antecedentes, si es que no hay una denuncia previa (caso en el cual el SEA debe emitir informe) antes de seguir con el procedimiento. En este caso, en ningún momento se menciona a la SMA como órgano fiscalizador, sino que el recurso se intenta en contra del SEA, cuando no le corresponde esta facultad de obligar a presentar el proyecto de manera correcta. Pero, por el hecho de evaluar ambos proyectos de manera separada ¿incurrió en una arbitrariedad?

³¹³ Ibidem, Considerando Trigésimo

³¹⁴ Ibidem, Parte Resolutiva

La respuesta pareciera ser que, a pesar de lo señalado por la Corte Suprema en cuanto a que la norma del artículo 11 bis era una norma que no estaba vigente al momento de la evaluación, no significa eso que exista arbitrariedad. Para que se califique el acto como arbitrario debe ser contrario a la razón, a la lógica y a la justicia, debiendo este ser un acto sin fundamento, siendo lo arbitrario siempre lo contrario a lo discrecional. Sin embargo, en las resoluciones de “Puerto Castilla” y “Central Castilla” el fraccionamiento no es una facultad discrecional: se trata de una infracción a las normas ambientales legales y reglamentarias, y la decisión de si se cumple con los supuestos estará establecido por la norma, en donde el órgano no puede decidir: es decir, hay fraccionamiento o no.

Por lo demás, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7° de la Constitución señala que los órganos deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. En este ámbito, no está dentro de la competencia del SEA decidir si hay fraccionamiento o no, por lo que en este caso sólo no podía obligar a los titulares de los proyectos a presentarlos de manera conjunta en un mismo instrumento. En este caso cabía el rechazo de ambos proyectos por el incumplimiento de las normas ambientales.

Por tanto, siendo la calificación del fraccionamiento de proyectos una potestad reglada, cabe concluir que el SEA incurre en una ilegalidad calificando favorablemente los proyectos. Si bien la norma del artículo 11 bis no estaba vigente al momento de calificar los proyectos, se pueden considerar en este caso infringidas las normas que determinan las líneas de bases de los proyectos, las cuales, como se mencionan dentro de la sentencia de la Corte Suprema, que debe hacerse una calificación de manera inicial.

La Corte Suprema considera que existe una facultad discrecional, al no existir norma legal expresa que establezca la prohibición de fraccionamiento y en consideración a la existencia de informes especializados, la clasifica como potestad discrecional técnica. Por ello la pregunta al respecto es si les corresponde a los tribunales determinar cuando los proyectos se deben presentar en forma conjunta para evitar el fraccionamiento. O, en otras palabras, ¿pueden revisar si el ejercicio de una potestad discrecional técnica se ha efectuado con arreglo a derecho?

En este caso, la respuesta que pareciera dar la Corte Suprema a la pregunta es afirmativa. Así, se puede ver a lo largo del fallo, en lo que se refiere al fraccionamiento del proyecto, efectuando un análisis detallado del mismo. En efecto, el Tribunal toma en cuenta los antecedentes que fueron presentados tanto por los recurrentes, los recurridos y los presentados ante el órgano evaluador de los proyectos. Considerando esto, los pondera y toma una decisión.

Esto se nota, sobre todo, en la medida que toma, al obligar a la presentación y evaluación conjunta de los proyectos, con el fin de que se expida una resolución que se refiera a los impactos ambientales del proyecto en su conjunto. Lo que hizo en este caso, con el fin de resolver el asunto, fue suplir la decisión que correspondía adoptar a quien administraba el SEIA en la creencia que éste había incurrido en un acto ilegal o arbitrario.

Para esto, determina el grado de relación que existe entre los proyectos que formarían uno sólo y estimó que el grado de relación entre ellos era tal que uno dependía del otro para su funcionamiento. Además, tomó en consideración que

era algo que era reconocido en la misma RCA, por lo que no cabía duda de que el fraccionamiento existía y que existía ánimo de evitar la evaluación de un proyecto de mayor envergadura que los presentados en forma individual.

De esta manera, lo que se aprecia en este caso es que el Tribunal no sólo ejerce un control de los límites que debe tener el órgano evaluador en el ejercicio de la potestad discrecional técnica, sino que además establece cual es la decisión que debería haber adoptado en el caso concreto, es decir, reconocer el fraccionamiento y reevaluar el proyecto.

Por lo que en principio se podría concluir que un tribunal si puede ejercer control de los actos del SEA (como sucesor de la COREMA) y puede delimitar como debe efectuar su función.

Sin embargo, la respuesta pareciera no ser unánime.

2.3.1.2. Hidroaysén

Caso emblemático, de gran revuelo mediático, denominado “Proyecto Hidroeléctrico Aysén” el cual contemplaba la construcción de cinco centrales hidroeléctricas localizadas en la región de Aysén, cuyo titular del proyecto era Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.³¹⁵, ingresando al sistema el 14 de agosto de 2008, obteniendo una calificación favorable por medio de la Resolución

³¹⁵ SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Estudio de Impacto Ambiental “Proyecto Hidroeléctrico Aysén”. [en línea] <<http://infofirma.sea.gob.cl/DocumentosSEA/MostrarDocumento?docId=e8/03/92eae0642bbba32b4c1a28aee61da6e66d>> [consulta: 18 mayo 2017]

Exenta N° 225 del 13 de mayo del 2011³¹⁶ ³¹⁷. Se dedujeron 7 recursos de protección en contra de la resolución de calificación ambiental ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique³¹⁸, que fueron resueltos por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt³¹⁹ con el fin que deje sin efecto dicha calificación, los cuales fueron desestimados. De la decisión se apeló a la Corte Suprema³²⁰.

Los argumentos que fundan los recursos son:

- Arbitrariedad, puesto que se siguió con el procedimiento, a pesar de que los informes señalaban que existía falta de información y posteriormente los órganos que los emitieron señalaron su conformidad³²¹.
- el órgano encargado del procedimiento de evaluación, la COREMA de la Región de Aysén, había quedado orgánicamente derogado, puesto que había entrado en vigencia la Ley 20.417 que creó el SEA, pese a lo cual el organismo solicitó informes al titular de los proyectos, siendo que esto no correspondía y tampoco existía habilitación legal para que la CEA evaluara el proyecto³²².

³¹⁶ SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Resolución Exenta N° 225, 13 de mayo de 2011. [en línea] <http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_3103211.pdf> [consulta: 18 mayo 2017]

³¹⁷ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando. El Resguardo Jurisprudencial del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación Comentario y Análisis de algunos Fallos Recientes. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Diciembre 2012, N° 4 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Justicia-Ambiental-n-4.pdf>> [consulta: 30 mayo 2017] p. 263

³¹⁸ Los recursos de protección ingresaron a la Corte de Apelaciones de Coyhaique bajos los Roles N° 29-2011, 30-2011, 31-2011, 33-2011, 34-2011, 35-2011 y 36-2011

³¹⁹ Resolución Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 21 de julio de 2011

³²⁰ Ibidem, p. 264

³²¹ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 8 de junio de 2011, pp. 11-44; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 30-2011, 10 de junio de 2011, pp. 10-11; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 31-2011, 10 de junio de 2011, pp. 12-13; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 36-2011, 1 de julio de 2011, pp. 11-41.

³²² Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 8 de junio de 2011, pp. 76-78; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 36-2011, 1 de julio de 2011, pp. 63-65

- ilegalidad en el tratamiento de las observaciones formuladas por los servicios públicos con competencia ambiental que se pronunciaron en el proyecto³²³.
- la violación de los principios de contradictoriedad, imparcialidad y participación ciudadana, al no considerar las observaciones de la comunidad y haber omitido los contenidos hasta una etapa avanzada para que se pudieran realizar estas observaciones y eventuales reclamaciones³²⁴.
- Violación al principio de abstención, puesto que intervinieron funcionarios que tenían interés en el proyecto como, por ejemplo, ocurrió por más de un año con el SEREMI de Economía y el SEREMI de Vivienda³²⁵.
- El EIA no se hace cargo de los efectos, características y circunstancias establecido en el art. 11³²⁶.
- afectación de especies y su hábitat, principalmente en lo que se refiere al Parque Nacional Laguna San Rafael y el hábitat del huemul³²⁷.
- fragmentación del proyecto³²⁸.

Respecto de la fragmentación de proyecto, los recurrentes consideraron que Hidroaysén “desde el punto de vista de su desarrollo operacional ha fragmentado las obras y actividades que componen el Proyecto Aysén en dos subproyectos distintos: 1) uno que se refiere a la cinco centrales hidroeléctricas (“Proyecto

323 Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 8 de junio de 2011, pp. 47-58; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 36-2011, 1 de julio de 2011, pp. 45-56

324 Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 8 de junio de 2011, pp. 59-65; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 34-2011, 30 de junio de 2011, pp. 19-22; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 35-2011, 1 de julio de 2011, pp. 6-8; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 36-2011, 1 de julio de 2011, pp. 56-62

³²⁵ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 8 de junio de 2011, p. 76; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 36-2011, 1 de julio de 2011, p. 63

³²⁶ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 8 de junio de 2011, pp. 80-83; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 36-2011, 1 de julio de 2011, pp. 67-71

³²⁷ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 30-2011, 10 de junio de 2011, pp. 11-22; Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 31-2011, 10 de junio de 2011, pp. 13-30

³²⁸ Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 34-2011, 30 de junio de 2011, pp. 15-18, 23-29

Hidroeléctrico Aysén”); y 2) otro que comprende la línea de transmisión única y exclusiva que Hidroaysén necesita construir para poder trasladar la energía eléctrica y potencia generada, en corriente continua, desde las centrales y directamente hasta la ciudad de Santiago, donde finalmente se transformará en corriente alterna y se inyectará al SIC”³²⁹. Agrega que esto “permitió que la Evaluación Ambiental del proyecto fuera realizada por la COREMA de la XI Región de Aysén, en circunstancias que de haberse presentado correctamente, esto es incorporando la línea de transmisión, debió ser evaluado por la CONAMA, como organismo nacional, por expresa disposición de la ley y en atención a que el impacto ambiental será patente en 7 regiones del país”³³⁰. Concluye que “los evaluadores dejaron pasar conscientemente, pues se le había advertido sobre este hecho, el FRACCIONAMIENTO INTENCIONAL DEL PROYECTO”³³¹.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt resuelve en la causa Rol 153-2011, que acumula los recursos anteriores y decide rechazar los recursos presentados en contra de la Resolución, porque consideró que no existía arbitrariedad ni ilegalidad en la decisión del órgano calificador³³². Respecto del fraccionamiento de proyectos señala que “si bien este tema ya fue resuelto por el 28° Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol 10.107-2008, en la que se presentó una acción declarativa de mera certeza, la sentencia no se encuentra ejecutoriada. Sin embargo, existe un fallo ya ejecutoriado de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 851-2010, en el que no se objeta el procedimiento de fraccionamiento. Como podemos apreciar, se trata nuevamente de aspectos jurídicos que requieren de

³²⁹ Ibidem, pp. 16-17

³³⁰ Ibidem, p. 17

³³¹ Ibidem, p. 19

³³² Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 153-2011, 6 de octubre de 2011, Parte Resolutiva

interpretación, no siendo entonces la vía del recurso de protección la adecuada para resolver esta materia. En consecuencia, no hay derechos indubitados”³³³. Además, señala que “el artículo 10 letra b) de la ley 19.300 se refiere a las líneas de transmisión eléctricas de alto voltaje y sus subestaciones. A la vez, la letra c) del mismo artículo habla de las centrales generadoras de energía mayores a 3MW, cuyo es el caso de autos, los cuales deben ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. No hay norma alguna que disponga que ambos proyectos o actividades deban ser evaluados en conjunto como uno solo, por lo que en la oportunidad que corresponda cada uno de ellos deberá someterse a evaluación”³³⁴. Sin perjuicio de ello, en el voto de minoría redactado por el Ministro Hernán Crisosto Greisse señala que “si bien es cierto no nos encontramos ante un caso en que manifiestamente la Empresa pudiese haber tratado de evitar someter parte de las etapas del proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental, y bajo el imperio del texto vigente a la fecha de la presentación del proyecto, la presentación conjunta podía ser decisión del titular del proyecto, por lo que en apariencia no sería prohibido el fraccionamiento del mismo, este sentenciador estima que ello es plausible sólo en caso que la otra etapa de la fracción del proyecto no forme necesariamente parte de la Línea de Base del primero, ya que si es así necesita conocerse imperiosamente las características de esta segunda fracción, máxime si aquella otra fracción altera la competencia del órgano que debió conocer de la Evaluación. Tan cierta es la relación entre el proyecto de la construcción de las centrales hidroeléctricas y las futuras líneas de transmisión de la electricidad, que se hizo parte en este recurso la empresa interesada patrimonialmente en estas últimas”³³⁵.

³³³ Ibidem, Considerando Cuadragésimo

³³⁴ Ibidem, Considerando Cuadragésimo Primero

³³⁵ Ibidem, Voto de Minoría, Considerando 19°

La decisión que toma la Corte Suprema respecto del punto analizado parte con una premisa similar a la que se hace referencia en el caso de Central Castilla: no es perentorio que proyectos relacionados entre sí se presenten en forma conjunta y que esta obligación se efectúa solo si se dividió con la intención de eludir el sistema³³⁶.

Sin embargo, si bien tiene un punto de partida similar, la conclusión a la que llega es distinta: no se advierte ilegalidad alguna en la presentación del proyecto. Esto se basa, en parte, en que el proyecto de las líneas de transmisión aún no se ha presentado al sistema y estima que en caso de hacerlo puede haber modificación de los efectos, entonces estima que el Servicio simplemente puede modificar la RCA del primer proyecto³³⁷.

Finalmente, rechaza el recurso de protección en su totalidad³³⁸.

En este caso, la Corte si bien contrasta la norma con el actuar de la Administración, no entra a analizar si existe fraccionamiento de proyectos en este caso. Las circunstancias son diferentes: en Castilla, los proyectos habían sido presentado por separado de manera paralela, mientras que en Hidroaysén sólo se presenta una parte del proyecto, debiendo presentar la otra, puesto que por las características debe ingresar al SEIA. Sin embargo, ¿esto hace que la diferencia entre los casos sea sustancial?

336 Sentencia Corte Suprema, Rol 10.220-2011, 4 de abril de 2012, Considerando Vigésimo Sexto

337 Ibidem, Considerando Vigésimo Séptimo y Vigésimo Octavo

338 Ibidem, Parte Resolutiva

En ninguna de las dos sentencias se expresa que se tratará de proyectos que se efectuarán por etapas: en uno se señala incluso que los titulares son distintos, en el otro el proyecto se presentará después. Sin embargo, en el último de los casos expuestos mantiene cierta deferencia al SEA: considera que éste puede analizar posteriormente de oficio la resolución y no entra a determinar la conexión de los proyectos, limitándose a constatar que es posible modificar la resolución de oficio.

¿Qué implica en el aspecto que estamos analizando? Significa que, si no se constata la existencia de intención de burlar el SEIA de manera clara, entonces no debe el tribunal entrar a analizar la conexión entre los proyectos, quedando esto a exclusivo criterio del servicio. Se considera el hecho que necesariamente se deberá presentar la otra parte del proyecto.

Sin embargo, si consideramos esta situación, en Castilla no se debería haber analizado necesariamente la conexión entre los proyectos: a pesar de la relación, ambos se habían presentado al Sistema y se consideraba su relación entre los proyectos en la RCA, aunque no se consideraba su unidad. Pero la gran diferencia se encuentra en el momento de evaluar los efectos sinérgicos de los proyectos, puesto que mientras en uno de ellos daba posibilidad de cambios en la RCA, dado que no había ingresado aún, en el otro se ingresan los proyectos paralelamente, por lo que la modificación de la RCA se hacía difícil en el caso.

Esto es especialmente relevante, sobre todo en cuanto a las normas vigentes al momento de presentar los proyectos. Así, antes del año 2010, no había una norma en la cual sancionara el fraccionamiento de proyectos, así como no había una norma que obligara a los titulares de los proyectos a que los presentara de

manera conjunta. En este sentido, para el análisis de los casos, ante la ausencia de estas normas, hay que tomar en consideración lo señalado en el artículo 7° inciso primero de la Constitución, que establece que los órganos de la administración deben actuar dentro de su competencia, por lo que, en principio, la COREMA, quien era el encargado de la evaluación ambiental no podía ni obligar a la presentación conjunta de los proyectos ni la unificación de los procesos de evaluación.

Pero también hay que tomar en cuenta los principios ambientales que inspiran las normas de la ley 19.300, siendo especialmente relevante el principio de prevención y el de eficacia. Respecto del primero, el Mensaje N° 387-324 de 4 de septiembre de 1992, que inicia la tramitación de la Ley 19.300, señala que por medio del principio preventivo “se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”³³⁹, estableciendo como manifestación de este principio el procedimiento de impacto ambiental, a través del cual “se pretende evitar que se sigan instalando procesos productivos, que puedan causar graves deterioros al medio ambiente”³⁴⁰. En lo que se refiere al principio de eficacia, señala el Mensaje que “la CONAMA es una institución de un porte relativamente pequeño, considerando su alcance nacional. Con ello se quiere evitar una enorme burocracia ambiental, como de hecho existe en otros países.

³³⁹ CONGRESO NACIONAL.1994. Historia de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>> [consulta: 23 julio 2017] p. 14

³⁴⁰ Ibidem, p. 15

En su lugar se prefiere un equipo pequeño, pero altamente calificado que sea efectivamente capaz de coordinar la gran tarea que tiene por delante”³⁴¹.

Atendido estos principios, podrían haber dado al órgano ambiental un margen de discrecionalidad, en el caso Castilla, para permitir la unidad del procedimiento o seguir su tramitación por separada para su posterior rechazo, por no haber establecido de manera correcta las normas de las líneas de bases. Aquí se puede apreciar un margen de discrecionalidad de la COREMA (antecesor legal del SEA). Pero este margen se puede apreciar en la medida que los proyectos relacionados se presenten al SEIA, lo cual no ocurre en el caso Hidroaysén. En este caso, el órgano sólo debía evaluar el proyecto, puesto que no tenía margen de decisión para determinar la unidad del procedimiento: sólo se presentó uno de los proyectos, no pudiendo, aun con la aplicación de los principios ambientales, obligar a presentar el proyecto relacionado. En este caso, estamos simplemente ante una potestad que posee elementos reglados.

Pareciera, entonces, que se considera que en un caso se constata que existe posibilidad de evasión del SEIA, mientras que en el otro no, por diferir en el momento de su presentación. Por lo que, casos aparentemente similares presentan diferencias tales que la solución en uno y otro caso da resultados diferentes. Pero estos resultados disímiles se explican por estas circunstancias, porque cada una de ellas permite entregar o no un margen de apreciación al órgano ambiental.

³⁴¹ Ibidem, p. 18

Pero ¿hasta qué punto correspondía efectuar el análisis del ejercicio de las potestades en estos dos casos? En uno de ellos, pareciera un análisis exhaustivo, mientras que en el otro simplemente se remiten a la norma, aplicando simplemente la deferencia, sin mayores análisis. Para dar una respuesta al respecto, es necesario determinar cuál es el límite que tienen los tribunales para el control de la discrecionalidad técnica del SEA.

2.3.2. ¿Corresponde el control de la discrecionalidad técnica del SEA por parte de los tribunales?

Pareciera ser que la respuesta en los casos es contradictoria: en uno se entra al análisis del caso y del ejercicio de la potestad, en el otro se considera que esto no es necesario, puesto que no se ha presentado el proyecto y existe modificación. Sin embargo, queda dando vuelta la pregunta ¿es posible que el órgano judicial controle el ejercicio de la potestad discrecional técnica del SEA?

La discusión sobre el control de la discrecionalidad técnica ambiental es cada vez más reducida, sobre todo al momento de la creación de los tribunales ambientales. En efecto, las ideas estructurales del proyecto de ley presentado por Mensaje N° 1419-357 de 28 de octubre de 2009, mediante el cual se inicia la tramitación de la Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales, son “(a) Disponer de un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental; (b) Que este control esté a cargo de jueces especializados y no generalistas; (c) Que el tribunal sea un organismo de integración mixta; (d) Que dada su especialización y carácter único provea de

decisiones predecibles, permitiendo certeza jurídica para todos los interesados”³⁴².

Cabe mencionar que las potestades que caracterizan a los órganos ambientales y del Derecho Ambiental en general son que, por un lado, se encuentra “vinculado profundamente a los datos científicos” y, por otro y “remisiones a normas técnicas”, que le dan un carácter altamente especializado en conocimientos de otras áreas de conocimiento que exceden la ciencia jurídica, siendo esta una característica de la discrecionalidad técnica. Por lo que la primera conclusión es que siendo el tribunal un órgano jurisdiccional y especializado en estas materias, se puede controlar. Pero en el Mensaje Presidencial de la Ley 20.600 que, al momento de señalar la competencia que tendría estos órganos, no se contempla expresamente el control del ejercicio de las potestades que se refieren a la fiscalización y sanción en el fraccionamiento de proyectos, sino que se refiere al reclamo de ilegalidad de los actos dictados por la SMA, y de los reclamos de ilegalidad de los actos del SEA³⁴³.

¿Impide esta circunstancia que estas potestades no se controlen? La respuesta es no. Los argumentos son los mismos para determinar que es plausible el control judicial de la discrecionalidad técnica en general,³⁴⁴ y además se tiene en cuenta una cuestión de hecho: la Corte, según lo señalado por el Profesor Cordero, tenía un aparente activismo en relación con el control de la actividad

342 CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>> [consulta: 22 octubre 2014]: 11

³⁴³ Ibidem, pp. 12-13

³⁴⁴ Se desarrolla en el Capítulo 1º de esta tesis.

del SEA, explicado precisamente por la procedimentalización del SEIA³⁴⁵. De acuerdo con lo señalado por el autor, este se manifiesta por la amplitud de acceso a la jurisdicción para estos casos, manifestada tanto en los recursos administrativos como por el recurso de protección para la protección de los derechos de las personas. De igual manera, el SEIA es un sistema integrado, puesto que permite la participación de los órganos sectoriales y de la ciudadanía que podría haberse afectado en el proyecto. Existiría legitimación de intereses colectivos, tanto para los directamente afectados como para aquellos que pueden verse perjudicados, pero de manera potencial³⁴⁶.

En todos estos casos habría control del ejercicio de las potestades, sobre todo en los de recurso de protección, entre los cuales se discute el fraccionamiento de proyectos. Sin embargo, si bien se ha caracterizado esta potestad como ejemplo de ejercicio de potestades discrecionales técnicas, es un planteamiento errado: en primer lugar, puesto que, tal como se analizó, quien determina que existe infracción al artículo 11 bis de la Ley 19.300 es la SMA, resolución que puede ser reclamada ante el Tribunal Ambiental. El margen de discrecionalidad con el que puede contar el SEA en este caso, se presenta al inicio del procedimiento, en donde puede decidir, antes de determinar el ingreso al SEIA, si envía los antecedentes a la SMA o sigue el procedimiento, para rechazarlo en una instancia posterior, sin perjuicio de la existencia de denuncia previa a la SMA. Pero, ante la ausencia de denuncia, si el SEA no envía los antecedentes del proyecto al órgano fiscalizador y sigue con la evaluación, calificándola

³⁴⁵ CORDERO VEGA, Luis. Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está Revolucionando la Regulación Ambiental? [en línea] Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2013 <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/18_Cordero.pdf> [consulta: 13 diciembre 2014] p. 359

³⁴⁶ Ibidem, pp. 368-374

favorablemente, no hay un mecanismo directo de reclamo en contra de esta actuación para quienes no participaron del proceso de evaluación, siendo una alternativa para quienes sean afectados el recurso de protección, controlando la legalidad y arbitrariedad del acto.

Situación similar se puede apreciar en las consultas de pertinencias: también es el ejercicio de una potestad reglada, existiendo un elemento discrecional, pudiendo el SEA solicitar informes a los órganos con competencia ambiental, pero que no son vinculantes para tomar su decisión. En este caso, no hay un mecanismo en donde reclamar de la decisión de manera directa, existiendo como alternativa para reclamar en contra de la decisión el recurso de protección.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible concluir que existe la posibilidad de ejercer control de las potestades de los órganos administrativos ambientales, independiente de las características discrecionales o regladas que esta posea y en la práctica se ha controlado, aunque en el último tiempo se ha dado especial deferencia, sobre todo con la entrada en funcionamiento de los tribunales ambientales.

Así, queda claro que sí es posible controlar las facultades del SEA en los fraccionamientos de proyectos, lo cual se efectúa, preferentemente, en los recursos de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva. La pregunta que queda abierta en este caso se refiere a esta alternativa ¿es el recurso de protección el medio más idóneo para controlar el ejercicio de la potestad discrecional y específicamente la discrecionalidad técnica del SEA?

CAPÍTULO 3: CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL TÉCNICA DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL EN EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Al analizar tanto los casos de Central Castilla e Hidroaysén, hemos podido apreciar que los tribunales, ya sea directa o indirectamente poseen la facultad de controlar el ejercicio de las potestades del Servicio de Evaluación Ambiental, ya sea de carácter discrecional o de carácter reglado, como se pudo analizar en ambas sentencias, aun cuando la solución dada en cada caso fue completamente distinta ante las similares características que presentaban. Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, esto se lleva a cabo por medio de un recurso de protección.

El recurso o, más propiamente, la acción de protección es un procedimiento por medio del cual se busca el restablecimiento del derecho cuando han sido vulnerados los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, en la actualidad, de acuerdo con lo señalado por algunos autores nacionales, no sólo se ha encaminado a la protección de los derechos, sino que se ha erigido como un contencioso administrativo general ante la inexistencia de un procedimiento similar. Así, por ejemplo, lo han señalado los profesores Ferrada, Bordalí y Cazor señalan que “el Recurso de Protección se ha transformado en la vía procesal ordinaria de control de los actos emanados de los órganos que forman parte de la Administración del Estado, sea que éstos tengan carácter singular (simples decretos), reglamentarios (decretos supremos reglamentarios) o contractuales (contrato administrativo). A ello ha contribuido sin ninguna duda

tanto la ausencia de un procedimiento contencioso administrativo general o especial en cada una de las materias”³⁴⁷ agregando que “los tribunales han dispuesto la nulidad de cualquier actuación administrativa ilegal o arbitraria, operando así el proceso de protección como verdadero mecanismo ordinario de control contencioso administrativo, más que como proceso constitucional de urgencia de tutela de derechos fundamentales en estricto rigor”³⁴⁸, basándose en que “los tribunales también se han valido para ampliar la esfera de acción de la protección constitucional –a veces sin hacer mención del mismo ni tener conciencia de ello– del concepto jurídico de interés legítimo”³⁴⁹. Para Vergara Blanco, el recurso de protección “ha sido, es verdad, la palanca desesperada de los particulares lesionados por actos de la administración, motivados por la ausencia de un contencioso administrativo especial y de efectos generales. De un tipo de recurso del que no se debiera esperar más que la cautela extraordinaria de derechos (pues eso es, en esencia, la acción de protección consagrada en la Constitución Política), se ha llegado a un verdadero anulatorio de actos (recurso de excés de pouvoir), a través de sentencias que a pesar de lo extraordinario y cautelar del recurso (a la espera del juicio de lato conocimiento posterior en el plan de la propia Constitución Política), en algunas ocasiones producen no sólo cosa juzgada formal, sino la nulidad para siempre de actos de la Administración”³⁵⁰. Pierry, en tanto, señala que “algunos han pretendido ver en él el establecimiento de lo contencioso administrativo y la definitiva solución a

³⁴⁷ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CAZOR ALISTE, Kamel. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional de los actos administrativos: una repuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho*. Vol. XIV: 68, Julio 2003

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 78

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 77

³⁵⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso administrativa especializada. Elementos para el análisis. [en línea] *Revista de Derecho Administrativo*. 2005, N° 52 <<http://vergarablancocl/2005-recurso-proteccion-sustituto-una-jurisdiccion-contencioso-administrativa-especializada-elementos-analisis-buenos-aires/>> [consulta: 5 junio 2017] p. 221

esta omisión que se arrastra desde 1925”³⁵¹, pero que “el recurso de protección no podrá jamás sustituir a una futura ley de lo contencioso administrativo” porque “el conocimiento de estas materias es un problema técnico de envergadura que no puede ser resuelto positivamente con un procedimiento tan simple”³⁵².

Es así, tal como se ha visto en las sentencias de la Corte Suprema en los casos de Castilla e Hidroaysén y en los análisis de estos profesores, que a través de esta acción se ha ejercido un control tanto de las potestades regladas como de las discrecionales de la administración, lo cual se refleja, entre otros casos, en el recurso ambiental de protección y las facultades discrecionales del SEA. Pero dadas las características que presenta esta acción ¿debe controlar el ejercicio de la potestad discrecional técnica por medio de ella? En los casos analizados, en lo que se refiere a las potestades discrecionales del SEA, ¿es conveniente que sean controladas la discrecionalidad técnica de este servicio a través recurso de protección?

En este capítulo se analizarán las características de la acción de protección, en general y, en específico, del recurso de protección ambiental, establecido en el artículo 20 inciso 2º de la Constitución Política de la República. Posteriormente se analizarán los argumentos a favor y en contra del control discrecional de estas potestades.

³⁵¹ PIERRY ARRAU, Pedro. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 1977, N° 1 <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/11/6>> [consulta: 31 mayo 2017] p. 155

³⁵² Ibidem, p. 157

3.1. El Recurso de Protección como Procedimiento de Garantía de los Derechos Fundamentales

En el artículo 20 de la Constitución, en el inciso primero, se establece una acción para toda persona que se vea afectado en los derechos que allí se señalan, por un acto ilegal o arbitrario. Se define el recurso de protección como una “acción procesal instaurada por la Constitución, cuyo carácter informal y sumarísimo permite al afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales –que le agraven en el legítimo ejercicio de cualquiera de los derechos que su artículo 20 especifica– para recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual queda habilitada para decretar las medidas que estime necesarias con el fin de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado”³⁵³. El profesor Cristián Maturana y Mario Mosquera lo han definido como “la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”³⁵⁴. Para el profesor Mario Verdugo es una “acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que pueden

³⁵³ RÍOS ALVAREZ, Lautaro. La acción de Protección Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno. [en línea] Estudios Constitucionales. 2007, N° 2 <http://www.cecoc.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/4_La_accion.pdf> [28 diciembre 2014] p. 38

³⁵⁴ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Los recursos procesales. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012. p. 411

experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares”³⁵⁵.

Su regulación se encuentra en el artículo 20 de la Constitución y en el Auto Acordado 94-2015 que fija el texto refundido del Auto acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, que reemplaza al Auto Acordado del 27 de marzo de 1977, el cual contempla un procedimiento rápido, con un plazo breve para interponer el recurso ante la Corte de Apelaciones del lugar en donde se produce el acto u omisión ilegal o arbitrario o del lugar en donde este produce sus efectos, a elección del recurrente.

Se le ha dado la característica de una acción de carácter cautelar, de emergencia, en la cual puede accionar por sí o por medio de otra persona, que puede ser de carácter preventivo, cuando existe amenaza al derecho o represivo, cuando ya se ha privado y perturbado³⁵⁶. De este carácter cautelar deriva las características de brevedad, extraordinariedad, celeridad y concentración, con la finalidad de resguardar los derechos y garantías constitucionales y superar el conflicto que se ha producido. Según Ferrada, Bordalí y Cazor, las características de concentración y celeridad “se justifican por la gravedad de lo discutido y la urgencia que exige un conflicto de esta naturaleza”³⁵⁷. Tiene, además, un carácter informal, puesto que “cualquier persona puede presentar, sin patrocinio de abogado, dentro de un plazo de 30 días, aún por vías electrónicas, cuando por

³⁵⁵ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo I, p. 338

³⁵⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El Recurso de Protección entre Exigencias de Urgencia y Seguridad Jurídica. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia). Diciembre 2006, Vol. XIX N° 2 <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art10.pdf>> [consulta: 28 diciembre 2014] pp. 219-220

³⁵⁷ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CAZOR ALISTE, Kamel, Ob. Cit., p. 75

actos u omisiones ilegales o arbitrarias de particulares o autoridad se afecten derechos fundamentales”³⁵⁸. Lautaro Ríos identifica otras características como, por ejemplo, su carácter inquisitivo, que “se refleja en el deber del tribunal de primera instancia de indagar los actos u omisiones denunciados, su talante arbitrario o ilegal y el agravio que ellos puedan haber producido al legítimo ejercicio del derecho invocado por el recurrente”³⁵⁹; la unilateralidad, “porque está establecido en beneficio del titular de esta acción y en resguardo de sus derechos sin otra consideración, respecto del agresor, que requerir su informe como un tercero ajeno al proceso. Naturalmente, lo anterior no obsta a que el responsable del acto u omisión agravante –respecto del cual se solicitarán ordinariamente medidas protectoras– se haga parte en el recurso y pueda ejercer, desde ese instante, los derechos procesales que incumben a quienes invisten este carácter”³⁶⁰; y la amplitud del procedimiento, puesto que “el único límite del juez está en su sujeción a las finalidades de esta acción procesal que consiste –como ya hemos dicho– en restablecer el imperio del derecho (fin social) y asegurar al agraviado la protección debida (fin personal)”³⁶¹. Por último, la sentencia definitiva que se pronuncie en esta materia tendrá un alcance de cosa juzgada formal³⁶².

Se pueden tener como “antecedentes más directos en el proyecto de reforma constitucional presentado por los diputados Diez y Arnello en 1972, repuesto un

³⁵⁸ NAVARRO, Enrique. 40 años del recurso de protección. [en línea] El Mercurio Legal. 05 de diciembre, 2016. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/12/05/40-anos-del-recurso-de-proteccion.asp>> [consulta: 7 junio 2017]

³⁵⁹ RÍOS ALVAREZ, Lautaro, Ob. Cit., p. 41

³⁶⁰ Ibidem, p. 42

³⁶¹ Ibidem, p. 43

³⁶² FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CAZOR ALISTE, Kamel, Loc. Cit.

año después por los senadores Diez y Jarpa³⁶³, cuyo propósito “era crear un mecanismo procesal ágil y expedito de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y no cubiertos por el Recurso de Amparo, lo que debiera entenderse sin perjuicio de los procedimientos ordinarios civiles y criminales que dispone el ordenamiento. En particular, la propuesta legislativa buscaba amparar los derechos patrimoniales y las libertades políticas reconocidos en la Carta Fundamental de 1925 (Art. 10), pero que hasta ese momento carecían de un mecanismo procesal de protección directo³⁶⁴. La propuesta no prosperó, pero reaparece en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, regulándose en el Acta Constitucional N° 3 y, posteriormente, en el artículo 20 de la Constitución de 1980³⁶⁵.

Su principal objetivo es proteger a las personas o agrupaciones cuando se vean afectados el ejercicio legítimo de su derecho³⁶⁶. Para Bordalí, esto obedece al hecho de que “se trataba de hacer frente a una Administración del Estado activa que intentaba profundizar en un proceso de socialización de los medios de producción a través de expropiaciones, intervenciones, requisiciones o tomas materiales de bienes³⁶⁷. Sin embargo, son sólo algunos de los derechos contemplados en el artículo 19 los que se encuentran protegidos por el recurso de protección.

El titular de la acción se identifica en el artículo 20 de la Constitución con la expresión “el que”. Esto se refiere a cualquier persona, natural o jurídica que

³⁶³ Ibidem, p. 70

³⁶⁴ Ibidem, p. 71

³⁶⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, Loc. Cit.

³⁶⁶ ALARCÓN JAÑA, Pablo. Discrecionalidad administrativa: un estudio de la jurisprudencia chilena. Santiago, Jurídica Conosur Ltda., 2000. p. 35

³⁶⁷ BORDALÍ, Ob. Cit., p. 210

haya sido afectada en el ejercicio de sus derechos constitucionales. Así se entendió en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en donde, de acuerdo con el señor Silva Bascuñán, “las palabras “El que...” se refieren a cualquier persona natural o jurídica”³⁶⁸. Agrega el señor Guzmán que “hablar de “toda persona natural o moral, sea o no jurídica”, interpreta mejor lo que el señor Silva Bascuñán quiere decir, porque es posible que la persona moral no tenga personalidad jurídica”³⁶⁹. En la práctica, de acuerdo con Verdugo, se han presentado todas las situaciones previstas por la Comisión³⁷⁰. Zúñiga señala, en relación con la titularidad de la acción, que “debe existir un interés directo, sin perjuicio de que recurra el afectado por sí o por cualquiera a su nombre, entendiéndose que debe tratarse de persona hábil para comparecer en juicio y contar con la aquiescencia del que sufre el agravio”³⁷¹. Por ello, es importante señalar que el recurrente “debe expresar en forma precisa en nombre de quien ocurre ante el Tribunal, toda vez que es indispensable, para que prospere la acción determinar quiénes son objeto del acto ilegal o arbitrario del recurrido que atenta o amenaza una garantía constitucional de aquel”³⁷². Todo ello, en atención a que este recurso no tiene acción popular.

Respecto al sujeto pasivo de la acción, la Constitución nada dice. Sin embargo, se ha entendido que puede ser admitidos a tramitación recursos de protección en contra de “actos emanados de autoridades políticas,

³⁶⁸ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo VII, Sesión 225ª <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3771/2/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 7 junio 2017]. p. 5

³⁶⁹ Ibidem, p. 6

³⁷⁰ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Ob. Cit., p. 342

³⁷¹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas. *Revista Ius et Praxis*. (2): 284, 2008

³⁷² MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián, Ob. Cit., pp. 421-422

administrativas, municipales, universitarias y de particulares (personas naturales y jurídicas). Se rechazan los interpuestos contra resoluciones judiciales, por estimar que los hechos ya se encuentran bajo el amparo del derecho. Se han declarado inadmisibles los deducidos contra actos administrativos por estimarse que la vía idónea es el recurso de inaplicabilidad”³⁷³.

En cuanto a los presupuestos del recurso de protección, se señalan, en primer lugar, que debe existir una acción u omisión ilegal o arbitraria, en donde “se estima que lo ilegal debe ser una contravención formal al texto legal y lo arbitrario una ausencia de fundamento racional, o sea una manifestación del simple capricho del agente”³⁷⁴. Para Alarcón Jaña, la arbitrariedad “residiría en una decisión adoptada por el titular del órgano (con poder de decisión), carente de razonabilidad (que no sea conforme a la razón) fruto de un capricho, de un apetito desarreglado, en que exista ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener”³⁷⁵. Y de acuerdo con el profesor Soto Kloss, “lo arbitrario se daría en los elementos discrecionales con que suele el legislador habilitar a la administración en el ejercicio de las potestades jurídicas tendientes a satisfacer las necesidades públicas”³⁷⁶, mientras que lo ilegal “va a ser el campo donde se ha violado, infringido o vulnerado el Derecho en el ejercicio de los “elementos reglados” de la potestad con que la administración ha sido habilitada por el legislador”³⁷⁷

³⁷³ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Ob. Cit., pp. 340-341

³⁷⁴ Ibidem, p. 343

³⁷⁵ ALARCÓN JAÑA, Pablo, Ob. Cit., p. 36

³⁷⁶ SOTO KLOSS, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia, Ob. Cit., p. 189

³⁷⁷ Ibidem, p. 190

En segundo lugar, debe existir un menoscabo al ejercicio legítimo de este derecho, es decir, puede ser ante la existencia de una amenaza al ejercicio de este derecho fundamental, la perturbación o privación del mismo. Verdugo entiende que “privar implica despojar, quitar, impedir; perturbar significa trastornar el orden y concierto de las cosas; y amenaza conlleva a la idea de peligro inminente, mal futuro”³⁷⁸. Soto Kloss distingue las características que deben tener estos elementos en el recurso de protección. Así, si existe amenaza, esta debe tener el carácter de cierta (no ilusoria), actual (contemporánea al momento de recurrir), precisa (para efectos de poder determinar si es antijurídica) y concreta (que realmente constituya intimidación³⁷⁹; si existe perturbación, debe ser la alteración del goce tranquilo, quieto y sosegado de un derecho³⁸⁰; mientras que si existe privación debe haber un impedimento de modo entero y total del ejercicio de un derecho³⁸¹.

Respecto a los derechos que se protegen, en lo que nos interesa, se resguarda el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas (art. 19 N° 1); la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2); el derecho a ser juzgado por un juez natural y por medio de un debido proceso (art. 19 N° 3 inciso 5°); el derecho a la vida privada y honra (art. 19 N° 4); la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5); la libertad de conciencia y la libertad de culto (art. 19 N° 6); el derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al cual acogerse (art. 19 N° 9 inciso final); la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11); la libertad de emitir opinión y de informar (art. 19 N° 12); el derecho a reunirse

³⁷⁸ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Ob. Cit., p. 341

³⁷⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia, Ob. Cit., p. 85

³⁸⁰ Ibidem, p. 87

³⁸¹ Ibidem, p. 91

pacíficamente y sin armas (art. 19 N° 13); el derecho a asociarse sin permiso previo (art. 19 N° 15); libertad de trabajo, libre lección y libre contratación (art. 19 N° 16); el derecho de sindicarse (art. 19 N° 19); el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21); la no discriminación arbitraria en materia económica (art. 19 N° 22); la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (art. 19 N° 23); el derecho de propiedad (art. 19 N° 24); y la libertad de crear y difundir las artes (art. 19 N° 25). En lo que se refiere al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación lo desarrolla en el inciso segundo del artículo 20.

El tribunal competente para conocer la acción es la Corte de Apelaciones, que de acuerdo con el auto acordado 94-2015 puede ser, a elección del recurrente, la del lugar en donde se produce el acto o la del lugar en donde el acto produce sus efectos.

A pesar de la idea original, esta acción se encarga principalmente de la protección de las personas que han sido vulneradas en sus derechos, ya sea por el Estado, ya sea por los particulares. Sin embargo, estas son las características del recurso de protección de carácter general. El inciso 2° del artículo 20, como ya se mencionó, contempla la situación en la cual el derecho afectado es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, desarrollándose de manera separada de los otros derechos señalados en el inciso 1° de este artículo. Ante esta situación, cabe la duda: ¿significa que el recurso de protección, de la forma en que se desarrolla en el inciso 1° del artículo 20, tenga características distintas el recurso de protección en el ámbito de la protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación?

3.2. El Recurso de Protección y la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

En el inciso 2° del artículo 20 de la Constitución Política establece que “procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. Esta norma fue modificada en el año 2005, por la Ley de reforma constitucional 20.050, ya que el texto original de este artículo señalaba “procederá, también, el recurso de protección en el caso del No. 8°. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada” permitiendo, en la actualidad, que se recurra tanto por acción como por omisión, a diferencia de lo que ocurría de manera antes de ese año, en donde, de acuerdo con el texto original, sólo procedía el recurso de protección ante un acto ilegal y arbitrario. En este contexto, Ramírez Arrayás señalaba que “en cuanto a los requisitos mínimos que el Constituyente exige para la interposición de esta acción, se encuentra la necesidad de que el acto sea arbitrario, esto es irracional, falta de la debida medida administrativa y, copulativamente, que infrinja las normas legales³⁸².

³⁸² RAMÍREZ ARRAYÁS, José. El Sistema Constitucional Ambiental: Elementos Caracterizadores del Caso Chileno. Revista de Derecho Público. 65: 300, 2003

De acuerdo con lo señalado por Lucas Garín, “la tutela específica al derecho al medio ambiente al recurso de protección pone de manifiesto que este derecho es relevante dentro del sistema de derechos instituidos por la Constitución”³⁸³.

La tramitación del recurso de protección en materia ambiental no difiere de un recurso de protección en donde se ve vulneración de otros derechos fundamentales. Ello, porque en el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección no se hace distinción respecto de los derechos que se encuentran vulnerados, aplicándose el mismo procedimiento. De ello deriva que no existan diferencias entre las características.

Si bien se ha señalado que los legitimados activos en un recurso de estas características deben ser quienes se encuentran directamente interesados, no en todos los casos se ha requerido, puesto que al permitir que pueda recurrir cualquier persona a nombre de quien sufre la vulneración de su derecho, puede recurrir, por ejemplo, una persona no afectada o una persona jurídica³⁸⁴, de la misma forma que se permite en la hipótesis contemplada en el inciso 1° del artículo 20. Sin embargo, para Poklevovic, el recurso de protección en materia ambiental “es privativo de las personas naturales y para ejercerlo es necesario que se tenga la calidad de agraviado o afectado y que la persona afectada se encuentre debidamente individualizada”³⁸⁵. En este punto, Lucas Garín expone la necesidad de avanzar hacia un recurso de protección con énfasis más colectivo,

³⁸³ LUCAS GARÍN, Andrea. El Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación: su Recepción en la Constitución Chilena Reformada. *Revista de Derecho Público*. 69: 244, 2007

³⁸⁴ POKLEPOVIC MEERSON, Ivan. 2012. Compatibilidad del Recurso de Protección Ambiental con la Competencia del Tribunal Ambiental en el Contencioso Administrativo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. *En*: ARANDA, Jorge et al. Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental. Actas de las VI jornadas de derecho ambiental: visión ambiental global: presente y futuro. Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 507

³⁸⁵ Ídem

ya que dada las características de este derecho es necesaria una legitimación ampliada³⁸⁶

La legitimación pasiva se exige a una autoridad o persona determinada, a diferencia del inciso 1º del artículo 20, en donde no se menciona en contra de quien se dirige esta acción. De acuerdo con lo señalado por el profesor Bermúdez “supone la verificación de la relación de causalidad entre el acto arbitrario e ilegal y la violación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”³⁸⁷. En este sentido, para Lucas Garín “no debe escapar que resulta muy difícil la relación de causalidad entre la conducta que genera el hecho contaminante y la contaminación en sí, y muy dificultoso determinar justamente el sujeto contaminante”³⁸⁸. Esta dificultad restringe la interposición del recurso en cuanto a la persona que comete el acto vulneratorio.

En cuanto a los presupuestos del recurso, también existen variaciones respecto de los otros derechos protegidos por el recurso. Antes del año 2005, en primer lugar, la exigencia para intentar un recurso de protección alegando la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación era que fuera un acto y no fuera una omisión. Y, en segundo lugar, exigía que el acto fuera ilegal y arbitrario, de manera copulativa, lo cual “llevaba a que los tribunales chilenos interpretaran la aplicación del recurso de protección en materia ambiental de manera restrictiva y fueran muy rigurosos para admitir la procedencia del recurso de protección en estos casos, ya que se exigía que el acto

³⁸⁶ LUCAS GARÍN, Andrea, Loc. Cit.

³⁸⁷ BERMUDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos del derecho ambiental. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007. p. 104

³⁸⁸ LUCAS GARÍN, Andrea, Ob. Cit., p. 245

no fuese ilegal sino arbitrario”³⁸⁹. Con la reforma del año 2005, se amplía este presupuesto a las omisiones, pero tanto los actos y las omisiones sólo pueden ser ilegales. Ahora bien, ¿en qué consiste esta ilegalidad? Para Fernandois y Chubretovic, “la ilegalidad debe consistir en una vulneración de una norma de rango estrictamente legal y no reglamentario. Esto es, que el ilícito al que se indica como origen de la vulneración del derecho al medio ambiente descontaminado esté primariamente contenido y definido en una ley, en un cuerpo normativo emanado del procedimiento constitucional de formación de la ley (arts. 65 y siguientes de la Carta Fundamental). No resultaría compatible con el carácter extraordinario del recurso, ni con la existencia de una jurisdicción medioambiental especializada omitida, el que la ilegalidad promovida vía protección se haga consistir en una infracción de un ilícito propio y autónomo de un reglamento, ni mucho menos, una infracción de una norma administrativa infrarreglamentaria, como las instrucciones de la SMA y los instructivos del SEA”³⁹⁰. Por su parte, Poklepovic señala que “la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de admitir el RPA en contra de actos administrativos, como la RCA y actos trámites del SEIA, que sean ilegales, que impliquen vulneración de texto expreso legal o reglamentario”³⁹¹. De la misma manera lo ha entendido el profesor Navarro, quien señala que “la ilegalidad se ha entendido como la vulneración de una norma jurídica, sea ley, decreto u otra cualquiera”³⁹²

³⁸⁹ Ibidem, p. 244

³⁹⁰ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita. El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). [en línea] Revista Chilena de Derecho. 2016, Vol. 43 N° 1 <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n1/art04.pdf>> [consulta: 06 junio 2017] p. 77

³⁹¹ POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, Loc. Cit.

³⁹² NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. [en línea] Revista Chilena de Derecho. 1993, Vol. 20 <<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14577/000176992.pdf?sequence=1>> [consulta: 07 junio 2017] p. 599

Un último aspecto por mencionar se refiere a la existencia de si basta la mera amenaza del derecho fundamental para que se considere vulnerado o si sólo cabe en la hipótesis del inciso 2º del artículo 20 la perturbación y privación del derecho. A favor de esta última posición adhiere el profesor Bermúdez, es decir, no cabría en este caso la amenaza como forma de vulneración del derecho, puesto que “dado que la literalidad del precepto, su sentido natural y obvio, parece referirse sólo a hechos consumados, es decir, perturbaciones y privaciones”³⁹³. La misma opinión tiene el profesor Valenzuela Fuenzalida, quien señala que “se emplea el verbo “afectar” en su voz pasiva, lo que mueve a entender que lo que se exige es que se esté ante un hecho consumado de privación o perturbación del derecho en cuestión, excluyéndose la hipótesis de una mera “amenaza” de que ello ocurra, desde el momento que no puede sostenerse que se encuentre “afectado” en su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación quien sólo enfrenta el riesgo de que este derecho le sea conculcado”³⁹⁴. Opinión contraria es la que manifiesta Poklepovic, el cual señala que la postura manifestada por los profesores Bermúdez y Valenzuela “no es conciliable con el derecho garantizado en el artículo 19 N° 8 de la CPR ni con el principio de prevención en materia ambiental”³⁹⁵. Esta última es la posición que ha tomado la jurisprudencia nacional³⁹⁶.

³⁹³ BERMUDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos del derecho ambiental, Ob. Cit., p. 99

³⁹⁴ VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael. El recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 1989-1990, Vol. XIII <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/238/219>> [consulta: 12 junio 2017] p. 185

³⁹⁵ POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, Loc. Cit.

³⁹⁶ Si bien la jurisprudencia al respecto es amplia y variada en el tema, se puede apreciar que el concepto de amenaza estuvo presente en las sentencias de Castilla e Hidroaysén, puesto que en ambos casos los proyectos no se habían concretado, existiendo sólo la autorización para ello a través de las RCA. en particular, en el caso de Termoeléctrica y Puerto Castilla, se puede apreciar que sí decide tomar providencias, por la amenaza eventual al medio ambiente.

Tomando en cuenta esta situación, estamos frente a un recurso de protección más restringido que, producto de la modificación del año 2005, en principio no controla los actos ni las omisiones arbitrarios, lo cual implica que no controla la potestad discrecional, salvo que en el mismo recurso se invoquen, además del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, otros derechos fundamentales que se encuentren en el artículo 19, garantizados por el recurso de protección. Sin embargo, las potestades ejercidas por los órganos ambientales no sólo tienen elementos reglados, sino que existen diversos aspectos en los cuales la ley le entrega espacios de discrecionalidad para que pueda llevar a cabo, de mejor manera, su labor a nivel ambiental, lo que significa que el límite entre lo reglado y lo discrecional es bastante difuso, puestos que no existe potestades puramente regladas o puramente discrecionales. Además, en muchos de estos casos, no sólo hay que considerar las normas jurídicas, sino también los principios que se tuvieron en consideración al momento de ejercer las funciones, los cuales hay que ponderar, no bastando para ello una aplicación mecánica de las mismas, como ocurriría con las normas legales. De esta manera, la distinción entre lo ilegal y lo arbitrario también parece difuminarse en este caso, pudiendo caber el control de la legalidad del ejercicio de una potestad discrecional, tomando en consideración los elementos reglados que la misma tenga y los principios que inspiraron su aplicación.

Así, toda persona que se considere afectada por el ejercicio de las potestades del SEA en su derecho a un medio ambiente libre de contaminación, puede interponer la acción correspondiente.

Ahora bien, también hay que considerar la influencia que tienen la creación de los tribunales ambientales, los cuales si bien controlan el ejercicio de las

potestades del SEA, no todas ellas se encuentran dentro de su competencia. ¿El que exista tribunales especializados impiden la impugnación de los actos por medio de un recurso de protección? De acuerdo con el profesor Poklepovic, es plenamente compatible con las competencias del Tribunal Ambiental³⁹⁷, puesto que, como sucede en el caso de las consultas de pertinencias y el fraccionamiento de proyectos, no tiene competencia este tribunal para controlar la discrecionalidad técnica.

Sin embargo, aun antes de la creación de estos tribunales y después de la entrada en funcionamiento de ellos, es clara la proliferación de este recurso. Para Poklepovic, “ha sido históricamente fuente de judicialización de proyectos sometidos al SEIA y ha sido la vía más idónea y efectiva para buscar la anulación de los actos administrativos emitidos en el SEIA, particularmente, de aquel que aprueba un proyecto”³⁹⁸. Esto se explica, de acuerdo con el mismo autor, por “el carácter de acción cautelar, de emergencia, de carácter preventivo (ya que incluye la hipótesis de amenaza al ejercicio del derecho) y de rápida resolución del Recurso de Protección Ambiental” el cual “ha sido también un factor clave para que esta acción constitucional se enarbole como la principal herramienta de impugnación de actos administrativos del SEIA”³⁹⁹.

Teniendo esto en cuenta, no es posible desconocer que al impugnar las decisiones de los órganos ambientales hace un examen formal del caso. En efecto, muchas veces es un examen de fondo, analizando la manera en cómo se vulnera el derecho.

³⁹⁷ POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, Ob. Cit., p. 505

³⁹⁸ Ídem

³⁹⁹ Ídem

Es claro que, en virtud de los principios del ordenamiento jurídico y como una manera de proteger los derechos de las personas, es necesario ejercer control de la actividad de los órganos del Estado, en este caso, los órganos ambientales. Pero ¿es el medio idóneo para efectuar este control? Es lo que se resolverá a continuación.

3.3. ¿Es el recurso de protección el procedimiento más idóneo para controlar la discrecionalidad técnica del SEA?

La respuesta a la pregunta realizada no es unánime en la doctrina, tal como sucede cuando se habla del control de la discrecionalidad técnica en general. De esta manera, a lo largo de la historia de la Ley 20.600, que crea los tribunales ambientales, se discute la situación del recurso de protección ante la creación de estos órganos jurisdiccionales especializados en el tema ambiental⁴⁰⁰. Se reconoce que, en el ordenamiento jurídico, antes de la creación de los tribunales, no había otra vía para resolver los problemas de la impugnación de resoluciones y que en muchas ocasiones se analizaban problemas de fondo⁴⁰¹. La idea original del ejecutivo era incorporar un contencioso administrativo amplio que cubriera las hipótesis de actos administrativos de órganos ambientales. Así se puede apreciar en el Mensaje N° 1419-357 del 28 de octubre de 2009, con el cual se da inicio a la tramitación de la Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales, en donde se señala que “el Ejecutivo ha accedido a la creación de un Tribunal

⁴⁰⁰ CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>> [consulta: 22 octubre 2014]

⁴⁰¹ POKLEPOVIC, Ob. Cit., p. 508

Ambiental, pero en el contexto de un acceso a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos en éstas materias, de modo de no restringir su competencia sólo al control de las decisiones de la Superintendencia, sino que también ampliarlo a todo el contencioso de la Ley N° 19.300, permitiendo de ese modo, el igual acceso a la jurisdicción a todos los ciudadanos”⁴⁰², razón por la cual contemplaba como competencia del Tribunal Ambiental “conocer el reclamo de ilegalidad en contra de los actos administrativos del Servicio de Evaluación Ambiental”⁴⁰³. Sin embargo, el Presidente de la República, mediante la indicación 34B-1 decide modificar la competencia del Tribunal Ambiental, suprimiendo de ella el conocimiento del reclamo de ilegalidad de los actos administrativos del SEA⁴⁰⁴. El fundamento dado a esta indicación fue explicado en el Segundo Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Medio Ambiente y de Bienes Nacionales, unidas, por la Ministra del Medio Ambiente de ese momento, señora María Ignacia Benítez y fue profundizado por el asesor del Ministerio del Medio Ambiente, señor Ricardo Irrazabal, quien señalaba que “el Ejecutivo se ha ajustado a las disposiciones de las Ley de Bases del Medio Ambiente y a la que creó la Superintendencia del Medio Ambiente. Sobre este particular, añadió que se propone eliminar algunas competencias por no tener fundamento en la ley, como son la de conocer el reclamo de ilegalidad en contra de los actos administrativos del Sistema de Evaluación Ambiental”⁴⁰⁵.

⁴⁰² CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, Ob. Cit., p. 10

⁴⁰³ Ibidem, p. 12

⁴⁰⁴ Ibidem, pp. 236-237

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 313

En relación con el recurso de protección en materia ambiental hubo planteamientos en el mismo informe, por parte del profesor Raúl Tavolari. En particular y ante el planteamiento de los senadores Alejandro Navarro y Hernán Larraín, en cuanto a que no es conveniente exacerbar la actividad judicial, el profesor Tavolari plantea que “hay que tratar de evitar que las cuestiones ambientales se resuelvan por la vía del recurso de protección. Establecido que hay que desalentar la protección, estimó indispensable tener presente, en primer lugar, que en materia ambiental la protección procede siempre; no se necesita vulnerar ningún derecho adicional, como la propiedad o la libertad, porque tiene garantía propia. En segundo lugar, indicó que no es necesario que el acto esté consumado porque la protección se puede interponer de manera preventiva, la amenaza basta y cualquier acto jurídico que constituya o que tenga los caracteres de seriedad suficiente para constituir amenaza, dan pie a la protección. Frente a esta gran amplitud de la protección, cómo, preguntó, se puede disuadir a la gente a recurrir a ese instrumento. En su opinión, construyendo una opción jurisdiccional que, por su calidad técnica, vaya generándose su propio destino. Por esta vía, además, se propiciará que los tribunales ordinarios, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, se sientan motivados a declinar su competencia en favor de los tribunales ambientales. Por el contrario, recalcó, es improbable que los tribunales ordinarios vayan a tener similar actitud respecto de la Administración del Estado, pero sí respecto de otro órgano que ejerce jurisdicción”⁴⁰⁶.

La realidad actual, en todo caso es la existencia de un recurso de protección por actos u omisiones ilegales llevadas a cabo por un órgano y persona

⁴⁰⁶ Ibidem, pp. 431-432

determinada y que afecte al derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Por otro lado, existen tribunales ambientales, a quienes se les ha dado competencia para impugnar los actos administrativos de los órganos ambientales, entre las cuales se encuentran la reclamación en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del SEA cuando estos conozcan de una reclamación por el rechazo o establecimiento de condiciones en una DIA o en un EIA o cuando hayan variado las condiciones que existían al momento de aprobar la resolución (art. 17 N° 5 de la Ley 20.600 en relación con los art. 20 y 25 quinquies de la Ley 19.300); 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 (art. 17 N° 6 de la Ley 20.600 en relación con los art. 29 y 30 bis de la Ley 19.300) y del conocimiento de la ilegalidad de las resoluciones de la SMA, medidas provisionales que esta tome y de sus resoluciones que aplican sanciones (art. 17 N° 3 y 4). cómo se pueden apreciar son resoluciones de carácter específico y deja afuera a otras materias en particular las que se refieren a las actuaciones del SEA antes y durante el proceso de evaluación ambiental, como serían, a modo de ejemplo, las consultas de pertinencias y los resguardos que eventualmente podría tomar ante la existencia de un fraccionamiento de proyectos que no ha sido denunciado a la Superintendencia⁴⁰⁷). Por ello, ante estas circunstancias, ¿procede el recurso de protección para controlar el ejercicio de estas potestades?

⁴⁰⁷ En el caso de que el fraccionamiento de proyectos haya sido denunciado a la SMA, como fue señalado en el capítulo 2, el SEA tiene la obligación de enviar un informe a este órgano cuando sea requerido. En este caso, el Tribunal Ambiental sí tiene competencia para conocer de las resoluciones, cuando existe la aplicación de una sanción por parte de este órgano fiscalizador.

3.3.1. Procedencia del recurso de protección como mecanismo de control de la potestad discrecional técnica del SEA.

Para afirmar la procedencia del control de la discrecionalidad técnica en el recurso de protección, hay que analizar el texto del artículo 20 de la Constitución, en la cual la Corte puede tomar todas las providencias necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho⁴⁰⁸, sin señalar las medidas cautelares que podría proveer, por lo que el tribunal tiene un amplio margen para adoptar las medidas que estime pertinentes, siendo una de las posibilidades invalidar el acto administrativo o bien, como ocurre en el caso del Puerto y Central Castilla, disponer que el órgano que dictó el acto administrativo sea quien tome la determinación de invalidar el acto o mantenerlo. Y para ello, necesariamente debe determinar en qué medida, se permite el control de la discrecionalidad técnica en este caso.

También hay que considerar que la idea original y que sirve como antecedente para afirmar que es una vía procedente para el control de las potestades discrecionales técnicas, no sólo del SEA, sino que, a nivel general, es el hecho que habría sido pensado como un contencioso administrativo de emergencia. En este sentido, hay que considerar la moción de reforma constitucional del Señor Mario Arnelo y Sergio Diez, presentada en la Sesión Ordinaria N° 20 del 20 de diciembre de 1972, en la cual se pretendía hacer dos cambios importantes en relación con esta materia: en primer lugar, la creación de un “un procedimiento eficaz y brevísimo, paralelo al recurso de amparo para la

⁴⁰⁸ Constitución política, Artículo 20 inciso 1°

libertad personal ya contemplado en ella, que permita al afectado por los abusos mencionados tener protección inmediata y evitarle daños mayores, y todo ello, y tal como es el caso de la libertad personal, sin perjuicio de las acciones civiles y criminales ante los tribunales que correspondan a que dé lugar el acto u omisión arbitrario e ilegal”⁴⁰⁹; y, en segundo lugar, la supresión del artículo 87 de la Constitución de 1925, que facultaba al Congreso Nacional para la creación de los tribunales contenciosos administrativos.

Respecto de la primera reforma pretendida, se planteó que “nuestra Constitución Política sólo ha dado una protección eficaz y rápida a la libertad personal, protegiéndola contra los abusos que puedan cometer las autoridades o simples ciudadanos. Si bien, en esos casos, los afectados pueden accionar civil y criminalmente contra los autores de dicho entuerto ante los tribunales ordinarios, no es menos cierto que el recurso de amparo ha permitido poner término casi inmediato a dichas situaciones abusivas debido al procedimiento especialmente breve y eficaz contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política, y que deja a salvo todas las acciones ordinarias adecuadas”⁴¹⁰, pero que sin embargo, “hay otros derechos que, para el afectado por actos u omisiones abusivas del poder público o de particulares con respecto a dichos derechos, pueden ser tan importantes como la libertad personal, y a veces, aún más importantes, como cuando alguien es privado de su trabajo en forma ilegal y arbitraria o de algún bien que sirve de sustento para el afectado y sus familiares, o se le priva arbitrariamente de un taller o industria que ha sido el producto de una vida de trabajo y ahorro legítimos, o de un terreno agrícola que ha visto durante años el

⁴⁰⁹ CONGRESO NACIONAL. Labor parlamentaria Mario Arnelo Romo. [en línea] <<http://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/descargarDossierPDF.py?idPersona=362>> [consulta: 14 junio 2017] p. 84

⁴¹⁰ Ídem

trabajo incorporado a dicha tierra de un agricultor, o se impide la manifestación de opiniones de un ciudadano o grupo de ellos, o de todo un país, o reuniones legítimas. Si bien es cierto que los afectados pueden entablar las acciones civiles y criminales que correspondan ante los tribunales ordinarios para obtener remedio a la situación arbitraria o ilegal que los afecta, no es menos cierto que dichos procedimientos ordinarios son latos”⁴¹¹. En virtud de estas consideraciones, se pretendía añadir un inciso al artículo 11 de la Constitución de 1925 que estableciera lo siguiente: “Quien por procedimientos, actos u omisiones arbitrarios o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera, sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las leyes, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes. La Corte Suprema acordará lo necesario para la rapidez y eficacia de este procedimiento y del señalado en el artículo 16, los que estarán exentos de todo tributo”⁴¹².

En relación con la segunda reforma constitucional objeto de la moción, relacionadas con la supresión del artículo 87 de la Constitución de 1925, se fundamenta en “razones de técnica jurídica, ya que es un artículo innecesario pues es repetitivo de otros artículos fundamentales dentro de la Constitución, lo que ha conducido a algunos a confusión. El fin esencial de ese artículo es facultar al Congreso Nacional para crear tribunales ordinarios especializados en lo administrativo. Dicha facultad es innecesaria pues conforme al artículo 81 de

⁴¹¹ Ídem

⁴¹² Ibidem, p. 85

la Constitución el Congreso Nacional puede crear los tribunales que estime convenientes para la pronta y cumplida administración de justicia, y, ciertamente, puede crear tribunales especializados en lo administrativo si el bulto de dichos litigios así lo hace necesario”⁴¹³. Por ello, se proponía suprimir el artículo y reemplazarlo en los siguientes términos: “Artículo 87.- El que entorpezca el procedimiento, resista o no cumpla una resolución de un tribunal de justicia será detenido por orden de la misma autoridad judicial, la que, después de oírlo, podrá disciplinariamente imponerle arresto hasta por dos meses, atendida la gravedad del hecho, lo que determinará prudencialmente el tribunal”⁴¹⁴. Esto porque “si bien en la ley común está penado el incumplimiento de las resoluciones judiciales como reglamentado su cumplimiento, parece necesario establecer en la Constitución el poder disciplinario de los tribunales de justicia para reprimir los desacatos a la acción de ellos y a sus resoluciones, y ello, como va dicho, sin perjuicio de los delitos a que haya lugar y de los procedimientos comunes para la ejecución de las resoluciones judiciales. Y lo anterior resulta especialmente indispensable para la eficacia del procedimiento propuesto en la reforma del artículo 11 que consideramos”⁴¹⁵.

De esta manera, si bien no se hace referencia expresa entre la existencia de un procedimiento de protección de derechos y un procedimiento contencioso administrativo y de tribunales especiales que conocieran de ellos, se puede apreciar que se manifiesta una pequeña relación entre ambas modificaciones, por un lado, crear una forma de proteger los derechos de las personas, ya fuera por abuso de la autoridad o de particulares y, por otro lado, que el conocimiento de

⁴¹³ Ibidem, pp. 84-85

⁴¹⁴ Ibidem, p. 85

⁴¹⁵ Ídem

los asuntos contenciosos administrativos fuera competencia de los tribunales ordinarios, en tanto no se crearan estos tribunales.

La situación de la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos y de un procedimiento contencioso administrativo queda en evidencia en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Ello, porque al momento de discutir sobre como estaría regulado el recurso de protección y el recurso de amparo, tuvieron preocupación en que no se dejara sin amparo los derechos de las personas. Silva Bascuñán manifestó en este sentido que “lo que parece querer la Comisión y eventualmente pudiera desearlo el Poder Constituyente, es que la justicia ordinaria o común no pueda dejar sin emparo un derecho establecido en la Constitución o en la ley, a pretexto de que no existe otro organismo competente para resolverlo o que no está determinado específicamente el organismo al cual compete la solución. El vacío que se producía en un sistema jurídico que debe tener la armonía de su totalidad y universalidad, significaba que una jurisprudencia en su opinión equivocada de los tribunales, pero que también podía tener desde otro punto de vista mucho fundamento, dejara sin amparo y protección a derechos establecidos en la Constitución y en las leyes, porque no encontraba ningún órgano que resolviera el problema presentado. Esto es lo que ocurrió con la falta de los tribunales administrativos”⁴¹⁶. El comisionado Guzmán también agrega que “más que por falta de competencia lo que les inquietó es que pudiera objetarse por falta de procedimiento, aunque, en realidad, lo de falta de competencia es un problema que, a su juicio, realmente no quedó definitivamente zanjado, porque recuerda que a fines del Gobierno

⁴¹⁶ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo VII, Sesión 226ª <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3771/2/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 7 junio 2017]. pp. 44-45

anterior, cuando se presentaron recursos ante los tribunales de justicia frente a las requisiciones, le parece que sólo alcanzó a haber jurisprudencia de primera instancia, y que fue contradictoria, porque mientras hubo fallos que decían que no habiendo tribunales administrativos, sencillamente, los tribunales ordinarios debían asumir esas funciones, para no dejar en la indefensión a los particulares, hubo otros que dijeron que el artículo 4º de la Constitución no les permitía asumir funciones que expresamente no les habían sido encomendadas, y no llegó a haber jurisprudencia de segunda instancia”⁴¹⁷. De esta manera, a través de esto, el recurso de protección se concibió como un mecanismo de protección de derechos, que los tribunales tenían que dar de manera efectiva, sin que pudieran alegar la falta de tribunal o procedimiento especial.

Por otro lado, no cabe duda la inexistencia de un procedimiento contencioso administrativo general, por el cual se impugne todo tipo de actos de la administración del Estado. Sin embargo, no es posible dejar desprotegido los derechos de las personas, así como tampoco los tribunales pueden excusarse de conocer las causas, tal como lo establece el inciso 2º del artículo 76, por lo que, a pesar de ser un procedimiento de emergencia, es uno de los pocos procedimientos que procede en contra de cualquier acto que vulnere los derechos. así, de acuerdo con Pedro Alarcón, “el juez ya no aparece como un mero aplicador de leyes, sino como guardián de la justicia. Es por ello que podemos afirmar que el recurso de protección se ha constituido en herramienta más eficaz de tutela y amparo de los derechos de las personas, principalmente frente al actuar antijurídico de la Administración del Estado”⁴¹⁸. Ante esta situación, si bien estamos ante un procedimiento de emergencia, dadas las

⁴¹⁷ Ibidem, p. 45

⁴¹⁸ ALARCÓN JAÑA, Pablo, Ob. Cit., pp. 35-36

circunstancias, se hace necesario que se conozca el fondo del asunto y se controle el ejercicio de las potestades del SEA, sobre todo teniendo en consideración que, de acuerdo con la competencia de los Tribunales Ambientales tampoco se puede solicitar la impugnación de todos los actos que se efectuaron dentro del proceso de evaluación ambiental, lo cual ha convertido al recurso de protección “en el único camino eficaz para obtener la anulación de los actos administrativos del SEIA”⁴¹⁹.

Como argumento a considerar también está la rapidez de la solución al problema tratado, en comparación, por ejemplo, con la nulidad de derecho público. Ello, puesto que al ser ella un procedimiento conocido por medio de un juicio ordinario civil, con todas las características que conlleva, hacen un procedimiento más lento, llegando su solución cuando ya es innecesario. En cambio, el recurso de protección, por su naturaleza de acción cautelar, es mucho más expedito para obtener una solución “a tiempo”. Así se puede apreciar, de acuerdo con Poklepovic, que la “naturaleza cautelar de esta acción ha sido frecuentemente invocada por los detractores de proyectos de inversión quienes ven en esta acción un medio eficaz y rápido que garantiza la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando este pueda ser afectado por un acto administrativo”⁴²⁰.

El objetivo que tiene la acción de proteger a las personas en el legítimo ejercicio de su derecho fundamental garantizado por esta acción (entre los cuales se encuentra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)⁴²¹

⁴¹⁹ POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván, Ob. Cit., p. 520

⁴²⁰ Ibidem, p. 503

⁴²¹ ALARCÓN, Pablo, Ob. Cit., p. 36

También puede ser considerado un argumento. Siendo éste un objetivo claro del recurso de protección y siendo éste el mecanismo de amparo más eficaz, la mejor manera de cumplir con él es por medio del control de la potestad discrecional.

Todos estos argumentos sustentan la necesidad y la idoneidad del recurso de protección en el control de la discrecionalidad técnica: la rapidez de este frente a otros, además de la ausencia de un procedimiento contencioso permiten que sea un mecanismo que permita el análisis del ejercicio de la discrecionalidad.

3.3.2. Improcedencia del recurso de protección como medio para el control de la potestad discrecional técnica.

Como ya se analizó, existen argumentos que permiten sustentar la procedencia e idoneidad del recurso de protección como mecanismo de control de las potestades del SEA. Pero no todos están de acuerdo con esta postura, existiendo distintos argumentos que postulan la improcedencia de esta acción para el control de la discrecionalidad técnica.

Algunos argumentos de forma se dan en quienes tienen competencia para conocer el recurso de protección y el procedimiento llevado a cabo. De acuerdo con el auto acordado de la Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, quien conoce de estos son la Corte de Apelaciones del lugar en donde se produce el acto o del lugar en donde se el acto genera efectos. En este caso, se trata de tribunales que conocen todo tipo de asuntos, pero no tendrían conocimiento para poder calificar el ejercicio de la discrecionalidad técnica. Además, también hay que considerar que en el procedimiento para el conocimiento de estos asuntos

que llega, no existe un momento de contradicción claro: sólo en la práctica se ha dado lugar a este, pero lo que señala la norma es que simplemente se solicita informe a quien comete la acción u omisión que se tilda de ilegal o arbitrario.

Algunos autores, como Ferrada, Bordalí y Cazor, se basan en negar la procedencia del recurso de protección para estos casos en la naturaleza y características de la acción. En efecto, se trata de un procedimiento de urgencia, caracterizado por la celeridad y la concentración, teniendo un conocimiento del asunto mucho menor y sus efectos son más reducidos⁴²². Sin embargo, a pesar de esto, lo que se ha hecho es ir en contra de este carácter cautelar. Al resolverse cuestiones de fondo se ha ido más allá de lo que originalmente, conociendo de cuestiones que debieran ser objeto de un procedimiento de lato conocimiento. De esta manera, lo que debiera tener un carácter de provisional, por las características del procedimiento, tiene un carácter de irrevocable en la práctica⁴²³. Por otro lado, en muchas ocasiones no se ha atendido sólo a los derechos de las personas, sino a intereses legítimos de estos, en los cuales son discutidos, y por ello, no es una vía adecuada. Esto ha llevado, según estos autores, a la vulgarización y al debilitamiento de la protección, perdiendo el carácter excepcional que tenía originalmente⁴²⁴.

Otro autor, como Fernando Dougnac, señalan como argumento que “la resolución de los conflictos ambientales vía recursos de protección si bien es rápida, informal (tal como se espera de un proceso de tutela urgente), de bajo costo

⁴²² FERRADA BORQUEZ, J. C., BORDALÍ SALAMANCA, A. y CAZOR ALISTE, C. Ob. Cit. pp. 72-74

⁴²³ Ibidem, p. 81

⁴²⁴ Idem

(en cuanto a prueba y honorarios), logrando ser efectiva a través del otorgamiento de una medida concreta, está lejos de constituir una solución de fondo por las siguientes razones: En primer término, muchas veces las medidas solicitadas por el recurrente exceden las posibilidades que la protección constitucional concede para reparar o prevenir el daño alegado; las medidas cautelares –las que nunca podríamos calificar de creativas o innovadoras– que se decretan, se conceden con independencia de un eventual proceso principal; los tribunales permiten su utilización sólo cuando el daño que se pretende evitar es notorio, y en el caso de que se requiera paralizar una actividad empresarial, ello debe ser claro, palpable e inobjetable, lo que resulta absolutamente contrario a lo que se necesita frente a un daño ambiental, con las características que hemos descrito”⁴²⁵. Si bien se analiza en el contexto de daño ambiental, también puede ser considerado para otros casos en donde se ve el ejercicio de potestades discrecionales, puesto que refleja una situación que está siempre presente en la acción de protección, puesto que es un procedimiento más concentrado y no es suficiente para analizar los aspectos y complejidades que tiene este tipo de discrecionalidades.

Los argumentos parecieran ser contradictorios en principio, pero son vistos desde dos perspectivas distintas: por un lado, se pretende hacer hincapié en que no todos los daños evidentes reflejan la existencia de derechos afectados ni todas las situaciones en que debe existir discusión implica que existen solo meros intereses; mientras que por el otro se busca ver cómo se ha desarrollado el recurso de protección en el ordenamiento jurídico nacional y se pretende criticar cómo se ha desvirtuado.

⁴²⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando. El Recurso de Protección y la Acción de Nulidad de Derecho Público: en Relación con los Principios que Informan el Derecho Ambiental en Chile. Ob. Cit., p. 145

Uno de los últimos argumentos que se da es la deferencia que debe o debiera tenerse a la Administración. Esto lo trata, a propósito de la discrecionalidad técnica en el derecho español Manuel Ventura y en el derecho nacional, se ha tratado en ocasiones los mismos tribunales, al momento de resolver un recurso de protección, desde perspectiva distintas Así, de manera indirecta se puede ver en el fallo de Hidroaysén, en donde no entra en el fondo del asunto, puesto que es el SEA quien debe resolver y tiene facultades para modificar la RCA correspondiente.

Deferencia a la Administración implica que el órgano jurisdiccional debe analizar el ejercicio de la potestad, pero no debe entrar en el análisis del mérito de la decisión tomada por el órgano que ejerce la potestad. En este sentido, sólo debe analizar si se sobrepasa los límites de lo que señala la ley, pero no si ella es correcta o incorrecta. Ventura plantea que existe una relación entre el control judicial de la discrecionalidad técnica y la deferencia, en donde el reconocimiento de los elementos característicos de la deferencia permite que su control. Señala que “de no aplicarse los mismos, por parte del Poder Judicial a las Administraciones Públicas al controlar la discrecionalidad técnica, éste podría incurrir en activismo judicial y usurpar competencias constitucionales que no le incumben. Igualmente, puede considerarse que la utilización de estos rasgos característicos a favor de la rama ejecutiva, en lo referente a la discrecionalidad técnica, podría implicar que se estuviese utilizando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para justificar la violación al Principio de Eficacia y de Objetividad”⁴²⁶, agregando que estos elementos “pueden

⁴²⁶ VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique, Ob. Cit., p. 81

definirse como el respeto y realce que deben de brindar los órganos controladores de las Administraciones Públicas a las valoraciones de éstas; este respeto o realce no puede impedir el control efectivo de los actos administrativos en cuestión ni que justifique o implique que la posición de las Administraciones Públicas se encuentran por encima del Poder Judicial”⁴²⁷. el Tribunal Supremo español se refiere a esta relación señalando que “este procedimiento de análisis no es sino un enriquecimiento y profundización del que nos ofrece la vieja disciplina de la llamada discrecionalidad técnica, que tan acostumbrados estamos a aplicar y que nos aconseja, valorando el procedimiento seguido para la toma de las decisiones y la significación de imparcialidad y competencia técnica del órgano que las ha adoptado y de los asesoramientos de que ha disfrutado, dejar un margen amplio (lo que tribunales de otros países llaman reconocer una deferencia) fundado en la confianza que pueda merecernos un juicio emitido en aquéllas condiciones, reinterpretando así el principio de presunción de validez de los actos administrativos, que no puede transformarse en un dogma que dificulte nuestra función”⁴²⁸.

A nivel nacional, la deferencia es un criterio que ha sido considerado por las Cortes, junto con otros criterios, relacionados especialmente con la discrecionalidad técnica como lo es la inavocabilidad. Así, por ejemplo, se puede apreciar que posterior al año 2012, la Corte Suprema ha señalado que, ante la existencia de una nueva institucionalidad ambiental, “si los recurrentes han pedido a esta Corte que invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en

⁴²⁷ Ibidem, p. 86

⁴²⁸ Sentencia Tribunal Supremo, Roj 2391/1997, 4 de abril de 1997, Considerando Quinto.

sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento alguno de un derecho que haya de restablecerse de manera urgente mediante la acción cautelar intentada”⁴²⁹. Para Fernandois, es un criterio tradicional que ha considerado la Corte para no admitir a tramitación o rechazar la interposición de un recurso de protección, el cual, sobre todo teniendo en cuenta la existencia de Tribunales Ambientales, es un criterio que para él debe ser aplicado. En este sentido, ha señalado que “a contar de la nueva institucionalidad del ramo emanada de las leyes 20.417 de 2010 y 20.600 de 2012, el Recurso de Protección solo puede resultar admisible ante eventos graves y muy excepcionales en que, por alguna causa, no se haya podido resguardar los derechos

constitucionales mediante las vías de reclamación sectoriales”⁴³⁰, en donde “el análisis de la jurisprudencia da cuenta que existen tres criterios tradicionales para identificar la gravedad y excepcionalidad intrínseca del recurso: la inavocabilidad técnica, la deferencia institucional y la cautela urgente. Estos tres criterios tradicionales son correctos y, en el caso de los recursos de protección, son además determinantes para sugerir el rechazo de un recurso de protección que aparece, en

este proceso, usado en paralelo de la institucionalidad ambiental y sus tribunales especializados”⁴³¹. De esta manera, para el profesor, sólo debe ser acogido cuando exista una situación de vulneración de derechos, que sea urgente y que no haya sido posible por medio a través del tribunal ambiental.

⁴²⁹ Sentencia Corte Suprema, Rol 28745-2014, 30 de enero de 2015, Considerando Quinto. También se ha considerado este criterio en las siguientes sentencias: Sentencia Corte de Apelaciones, Rol Protección 24635-2013, 17 de octubre de 2013, Considerando Cuarto; Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Protección 31177-2013, 23 de septiembre de 2014, Considerandos Undécimo y Décimo Segundo; Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol Protección 6823-2013, Considerando Cuarto.

⁴³⁰ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita, Ob. Cit., p.85

⁴³¹ Ídem

Pero este elemento no es analizado de manera aislada, sino también considera la inavocabilidad técnica, el cual “consiste en sustraer a la Corte del conocimiento de recursos de protección que exijan evaluar, revisar o calificar el mérito técnico de decisiones adoptadas por la Administración”⁴³². En este caso del recurso de protección, la deferencia debiera ser mucho más amplia: por los objetivos que tiene esta acción, debe analizar la vulneración del derecho fundamental, analizando la ilegalidad o arbitrariedad del acto. Pero no es un medio para que analice si la decisión que tomó el órgano especializado. Por ello, en atención a estos criterios, los casos de discrecionalidad, en especial, la discrecionalidad técnica, no deberían las Cortes analizar por medio de un recurso de protección el ejercicio de estas potestades.

Éstas son algunas de las razones por las cuales se señalan que el recurso de protección no es un medio adecuado para controlar el ejercicio de la potestad discrecional técnica.

3.3.3. Críticas a los argumentos de las distintas posturas.

Los argumentos que se presentan para uno y otro lado permiten apreciar de mejor manera en qué sentido se ha desarrollado. En cada una de las posturas se ven reflejadas las características de la acción y también cómo se ha solucionado en cada caso el asunto. Estos argumentos son el reflejo de cómo se han

⁴³² Ibidem, p. 71

fundamentado los distintos recursos y cómo éstos se han resuelto. Sin embargo, también se puede criticar el planteamiento de varios de ellos.

3.3.3.1. Críticas a los argumentos que apoyan la procedencia del recurso de protección en el control de la discrecionalidad técnica del SEA.

Uno de los primeros argumentos que se señalan a favor de la procedencia del recurso de protección en el control de la discrecionalidad técnica está dado por las medidas que estime conveniente para resolver. Y en ocasiones la medida pertinente es dejar sin efecto los actos administrativos del SEA. Sin embargo, el tribunal que toma esta medida como forma de resguardar los derechos no tiene los conocimientos necesarios, para tomar esta decisión. En efecto, la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, ya sea conociendo de un Recurso de Protección o de la apelación de éste, respectivamente, al momento de dejar sin efecto el acto administrativo correspondiente por la existencia de una ilegalidad en su dictación, le ordena al órgano que dictó el acto y al órgano que dirigió el proceso que nuevamente dicten un acto, pero debiendo cumplir con las formalidades que no se cumplieron o tomando en cuenta aquellas situaciones que no fueron consideradas al momento de dictar el acto⁴³³. Por lo demás, si bien las potestades del SEA en su mayoría no pueden ser consideradas como discrecionalidad técnica, tal como se señaló en el capítulo 2, si puede tener conceptos técnicos pertenecientes a materias distintas de las jurídicas, de las cuales los jueces

⁴³³ Así, se puede ver en algunas sentencias de la Corte que deja sin efecto el recurso de protección en actos administrativos, pero el tribunal no reemplaza la decisión tomada por el órgano, sino que da la orden para que sea el mismo órgano quien dictó el acto el que tome una nueva decisión. Sentencia Corte Suprema, Rol 65349-2016, 30 de enero de 2017, Parte Resolutiva; Sentencia Corte Suprema, Rol 55203-2016, 16 de marzo de 2016, Parte Resolutiva; Sentencia Corte Suprema, Rol 7876-2013, 18 de diciembre de 2013, Parte Resolutiva.

ordinarios no siempre tienen conocimiento, por lo que aumenta la dificultad de efectuar un control de los actos emanados de los órganos ambientales. Por ello, el hecho de que se dé esta facultad de tomar las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho no implica que sea el procedimiento idóneo para tomar decisiones en esta materia.

El segundo argumento por analizar es de carácter histórico: la acción de protección se habría concebido como un procedimiento contencioso administrativo de emergencia, frente a los actos de la Administración. Este argumento no es del todo correcto: tanto en la moción presentada por los señores Diez y Arnello como en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se puede apreciar que el objeto de esta acción fueran actos u omisiones que afectaran los derechos de las personas, independiente del origen de estos actos, pudiendo ser por ello actos administrativos o actos de particulares. De esta manera se puede verificar que la moción del año 1972 se considera que los derechos pueden ser afectados por actos u omisiones abusivas del poder público o de los particulares. Por su parte, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución confiaba en que los Tribunales Contenciosos Administrativos “se van a crear naturalmente”⁴³⁴, concentrándose en el hecho que “no podrán desconocerse las garantías y libertades que la Constitución asegura, porque existirá un procedimiento rápido, eficaz, en manos de un tribunal independiente y de jerarquía, como es la Corte de Apelaciones respectiva, que podrá restablecer el imperio del derecho conculcado, desconocido o perturbado”⁴³⁵. Por ello, se puede deducir que siempre fue considerado un medio de protección de los derechos y de las garantías de las

⁴³⁴ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Tomo VII, Ob. Cit., pp. 47-48

⁴³⁵ Ibidem, p. 5

personas que un procedimiento contencioso administrativo. además, en la actualidad, los recursos de protección se dirigen, mayoritariamente en contra de particulares que vulneran derechos de las personas y no en contra de los órganos de la Administración. Como contrargumento se puede señalar que en un procedimiento contencioso administrativo también se pueden proteger los derechos de las personas. Sin embargo, éste no considera los recursos de protección que no se dirigen a los órganos de la administración.

El tercer argumento, que está relacionado con el anterior, es la inexistencia de un procedimiento contencioso administrativo general, cumpliendo este carácter el recurso de protección. El punto es que el recurso de protección es un procedimiento que tiene por objeto velar por los “derechos” de las personas afectadas directamente, y no quienes tengan simplemente “intereses”, a diferencia de un contencioso administrativo que tiene sí puede conocer de casos en donde sólo hay intereses en controversia. por lo demás, como lo señalan los profesores Ferrada, Bordalí y Cazor, el recurso de protección “no alcanza para dar cobertura a ciertos derechos e intereses jurídicos, sea como consecuencia de los mayores requisitos constitucionales exigidos para su procedencia, sea por la exigüidad del plazo previsto para su interposición”⁴³⁶ agregando que es insuficiente “para satisfacer los requerimientos de tutela judicial reclamados por el particular, en la medida que no contemplan todos los supuestos de infracciones al ordenamiento jurídico de parte de la Administración del Estado o constituyen una respuesta procesalmente inapropiada para este tipo de conflictos, en la medida que no considera la singularidad del asunto discutido”⁴³⁷.

⁴³⁶ FERRADA BORQUEZ, J. C., BORDALÍ SALAMANCA, A. y CAZOR ALISTE, C. 2003, Ob. Cit., p. 79

⁴³⁷ Ibidem, p. 80

Un cuarto argumento es la rapidez del conocimiento y solución del tema. Pero se trata de una característica que responde al carácter de emergencia, que pretende el restablecimiento del derecho vulnerado. Por lo demás, el recurso de protección no tiene una parte contradictoria definida que permita un conocimiento acabado del caso, lo cual es necesario cuando estamos frente a materias que necesitan un análisis más acabado de conceptos que pueden ser desconocidos para los jueces ordinarios, por lo que las características del recurso no permiten este objetivo.

Un quinto argumento es la manera de cumplir los objetivos pensados en el recurso de protección. Al respecto, nos podemos remitir a lo que dijimos en relación con el segundo argumento.

Estos argumentos muestran la insuficiencia del recurso de protección como forma de control de la discrecionalidad: tanto en los orígenes, los objetivos del recurso, así como sus características muestran que existen ciertas situaciones en donde se necesita un mayor conocimiento, que no siempre se logra en el recurso de protección, puesto que no tienen un procedimiento probatorio que permita un análisis más acucioso del caso.

3.3.3.2. Críticas a los argumentos que apoyan la improcedencia del recurso de protección en el control de la discrecionalidad técnica del SEA

También se pueden presentar críticas a los argumentos que permiten sostener la improcedencia del recurso de protección.

El primer argumento se refiere a quiénes conocen de los recursos de protección en contra de actos administrativos, que son manifestación del ejercicio de la potestad discrecional técnica, se refiere a quiénes conocen y al procedimiento utilizado. Se señala que el procedimiento no es el adecuado para el conocimiento de estos recursos, puesto que no existe una parte contradictoria, además de señalar que los jueces no tienen los conocimientos suficientes para comprender el ejercicio de estas facultades. Como crítica se puede señalar que si bien existe un tribunal ambiental para el conocimiento del procedimiento del SEA, existen varios inconvenientes al respecto. Como ya se ha mencionado, en el caso de los fraccionamientos de proyectos y en las consultas de pertinencias, no tiene este tribunal competencia para conocer de ellas. No pudiendo dejar desprotegidos a los afectados por estas resoluciones, es necesario que se resuelva por un contencioso administrativo general, pero la nulidad de derecho público, procedimiento de lato conocimiento general no es suficiente para lograr una solución efectiva y eficiente, pues al aplicarse las normas del procedimiento de carácter general, implica que el proceso sea más lento y la solución ya no sea efectiva. Mientras que, en el caso del recurso de protección, la solución que se puede lograr es rápida y eficaz, y de carácter general, que vela por los derechos de los afectados.

Un segundo argumento se refiere a la vulgarización de la acción y su debilitamiento, basado en que en muchas ocasiones se protegen intereses legítimos y no derechos de las personas, además de dar una solución definitiva cuando el recurso de protección perdería el carácter de una solución provisoria. Sin embargo, el hecho que pueda resolver sobre estas cuestiones no implica un debilitamiento de un mecanismo de protección de garantías de los derechos: es precisamente la situación que se admitan casos no necesariamente contemplados

en el ordenamiento jurídico que permite una mayor protección de ellos, por lo que precisamente lo que se da en este caso es un fortalecimiento en la protección de garantías: es lo que sucede en el caso del recurso de protección ambiental, en donde se puede invalidar actos con el fin de proteger estas garantías, las cuales no cuentan con un procedimiento especial. Esto se puede apreciar claramente con la competencia de los Tribunales Ambientales en relación con el SEIA: no todos los actos administrativos que se dictan durante este procedimiento o aquellos que se encuentran relacionados con él, como ocurre en el caso de las consultas de pertinencias, pueden ser controlados por estos tribunales, siendo el recurso de protección una vía para ejercer este control, sobre todo si la infracción a un derecho fundamental surge de la ilegalidad o arbitrariedad del acto emanado de los órganos ambientales.

Un tercer argumento se refiere a la necesidad de la evidencia del daño y la insuficiencia de las medidas que toman en el procedimiento. pero esta crítica no es procedente en el caso concreto, parte del presupuesto de la existencia de un daño, el cual no siempre se verifica en todos los casos, puesto que puede existir una amenaza del derecho, siendo este daño de carácter eventual, pues es precisamente lo que se quiere evitar. Además, existiendo procedimientos más idóneos para determinar la evidencia de un daño, la Corte que conoce del recurso de protección tiende a evitar la exigencia de esta necesidad

Un último argumento se refiere a la deferencia que debe tener el órgano jurisdiccional con el órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la existencia de deferencia, en este caso hacia el SEA, no implica la imposibilidad de control jurisdiccional de estas facultades administrativas. El hecho que no exista un órgano especializado que conozca de la juridicidad de

estas potestades, no impide que llegue a conocimiento de los tribunales por medio de una acción de protección, puesto que la nueva institucionalidad ambiental, como ya se ha mencionado, no analiza dentro de su competencia la legalidad o juridicidad de todos los actos de los órganos ambientales.

Estos argumentos dejan de manifiesto que el sistema jurídico, ante la ausencia de un tribunal especializado, da una respuesta por medio del recurso de protección, permitiendo el conocimiento de aquellos asuntos en los cuales, además de existir un vicio por parte de la Administración en la dictación de sus actos, existe también vulneración de derechos fundamentales, permitiendo que puedan ser estos garantizados por los tribunales de justicia.

3.4. ¿Es el recurso de protección una respuesta imperfecta a la falta de un procedimiento especializado?

El recurso de protección no es el procedimiento más idóneo para el conocimiento del ejercicio de la potestad discrecional técnica del SEA. El principal argumento que se puede presentar está dado por las características del procedimiento para su conocimiento: como ya se mencionó, simplemente se pide informe al órgano que dictó el acto vulneratorio del derecho. Pero no hay una etapa probatoria, que permita analizar las aristas correspondientes y que permita un control completo del ejercicio de las facultades. Por ello, el análisis efectuado en este caso se hace por medio de los informes que presenta el servicio encargado de administrar, pero no siempre los tribunales cuentan con un conocimiento de las variables técnicas presentes en cada uno de los casos. Por ello, en estos casos debiera ser un Tribunal especializado quien ejerza el control

del ejercicio de las potestades de los órganos ambientales, por el conocimiento en las distintas ramas de las ciencias, distintas de la jurídica.

Sin embargo, respecto de la discrecionalidad administrativa, en donde no es necesario el conocimiento técnico para tomar una decisión en el caso, sí es una vía adecuada para ejercer un control de la discrecionalidad administrativa, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con la discrecionalidad técnica, las características del recurso de protección no son un impedimento para el control de estas potestades, puesto que las Cortes de Apelaciones, que son los tribunales que conocen de estas acciones, son tribunales que tienen el conocimiento normativo y de los principios legales que unifican las normas. Por otro lado, permite la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que no pueden acceder al Tribunal Ambiental, por no haber participado en el proceso ambiental, pero que de igual manera se ven afectados por los efectos de los actos ambientales. Además, permite el conocimiento de aquellas cuestiones que no son conocidas por el Tribunal Ambiental. Esto es particularmente relevante en el caso de los fraccionamientos de proyectos: en estos casos, si bien se puede recurrir ante el Tribunal Ambiental por los actos del SMA, no puede hacer lo mismo en relación con los actos del SEA, que quedaron fuera de la competencia del conocimiento de este Tribunal, como es, por ejemplo, la decisión del SEA de enviar o no los antecedentes, cuando no hay denuncia previa al órgano fiscalizador.

Sin perjuicio de las debilidades, sobre todo en lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, no es posible desconocer que el recurso de protección ha permitido dar una respuesta ante la inexistencia de un procedimiento que permita controlar el ejercicio de estas facultades. Esto, porque la

institucionalidad ambiental que se instauró a partir de la creación de los Tribunales Ambientales no contempló el control judicial de todos los actos administrativos que emanan del Servicio de Evaluación Ambiental, siendo una alternativa en los casos en los que, además de existir un acto u omisión ilegal (en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) o arbitrario (en el resto de los derechos contemplados en el artículo 19 de la Constitución), también se vulneran derechos fundamentales de las personas. Con esto se ha logrado no sólo la protección al derecho a un medio ambiente libre de contaminación, sino también de los demás derechos que pueden verse afectados. Por ello, sólo en la medida que tenga por objeto evitar o terminar con la vulneración de un derecho fundamental, sí procede que se ejerza un control de las potestades.

A partir de lo anterior, también hay que reconocer la necesidad de coexistencia del recurso de protección, que permita cautelar los derechos fundamentales, principalmente en los casos de mayor urgencia, con un procedimiento de lato conocimiento que permita el análisis de juridicidad de los actos administrativos del SEA, sobre todo en los casos en que sólo haya afectación de intereses jurídicos. En esos casos también podrían considerarse aquellos en los cuales se busca resguardar el medio ambiente en sí mismo, puesto que no cabe esa protección dentro del recurso de protección, puesto que en estos casos no hay necesariamente un individuo afectado en el ejercicio de su derecho. De esta manera, se puede dar una protección efectiva del medio ambiente como bien jurídico en sí mismo y como un derecho de las personas.

CONCLUSIÓN

Lo expuesto en los tres capítulos muestra las distintas posturas que existen respecto del control judicial de la discrecionalidad, en particular en los casos en los cuales está involucrado el Servicio de Evaluación Ambiental, deduciéndose principalmente recursos de protección en su contra.

Al inicio de la investigación, se plantea la pregunta acerca de la procedencia de la acción de protección como mecanismo de control de las potestades discrecionales del Servicio de Evaluación Ambiental, a partir de los casos de Hidroaysén y Castilla. La hipótesis que se pretendía probar era la improcedencia de esta acción constitucional para este objetivo, ya que excedería su objetivo, que es la protección de los derechos fundamentales de las personas y por la existencia de los tribunales ambientales, a quienes les corresponde el control de las potestades discrecionales del SEA y de los demás órganos administrativos medioambientales. Sin embargo, de la investigación llevada a cabo, se puede apreciar la existencia de varios aspectos que hay considerar para dar respuesta a la pregunta inicial.

Así, de lo expuesto en el capítulo 1 se puede concluir que sí es posible el ejercicio de las potestades con elementos discrecionales, incluyendo el ejercicio de la discrecionalidad técnica, puesto que con ello mantienen el ejercicio de sus facultades dentro de los límites que establece la Constitución y las leyes, respetando los fines que se tuvieron en consideración al momento de concretar dicha facultad. Además, permite dar garantía a los ciudadanos de que sus

derechos e intereses se encuentran resguardados en los casos en que la Administración, por medio del ejercicio de estas potestades, los vulnere, pudiendo acudir a un tercero imparcial para resolver los conflictos que de ello surjan.

De lo estudiado y analizado en el capítulo 2 se puede concluir que, siendo el Servicio de Evaluación Ambiental un órgano relevante en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, no cuenta con grandes espacios de discrecionalidad para el ejercicio de sus funciones, teniendo en su mayoría potestades regladas. Pero en los casos en donde existe este margen de decisión para el órgano, sí se puede ejercer un control de la juridicidad de sus actos, en particular, cuando estos se enmarcan dentro del proceso de evaluación de proyectos. Así lo establece la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, se encuentra dentro de su competencia el control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental, cuando se ha calificado desfavorablemente o se han impuesto condiciones al titular del proyecto y cuando no hay pronunciamiento por parte de la Comisión de la Evaluación Ambiental acerca de las observaciones que se efectuaron en el marco de la participación ciudadana, pero se deja afuera los actos del Servicio de Evaluación Ambiental dentro de la evaluación de proyectos. Por ello, en los casos de Castilla e Hidroaysén, se buscó que se controlarán las potestades del órgano ambiental por medio del recurso de protección, sin perjuicio de los distintos resultados, los cuales respondieron a la existencia de una diferencia entre ellos: mientras que en Castilla, los proyectos fueron efectivamente presentados por separados y no en conjunto, lo cual afectaba el análisis de las líneas de bases de los proyectos, en el caso de Hidroaysén no se habían presentado a evaluación las líneas de transmisión, por lo que dejaba en la incertidumbre la manera en que estaba relacionado éste con el

proyecto que sí había sido presentado al Servicio. A partir de allí se puede apreciar que, sin perjuicio de la existencia de datos científicos y elementos técnicos presentes en las evaluaciones, no impide que los jueces analicen la juridicidad de los actos.

Por último, de lo señalado del capítulo 3 se puede concluir que el recurso de protección no es la vía idónea para el control de las potestades discrecionales, en particular las técnicas, puesto que se necesita un conocimiento y mayor análisis de otros elementos, además de los jurídicos, que no puede ser apreciado en un procedimiento sumario y de emergencia, que es la característica principal que posee el recurso de protección, que no cuenta con una etapa probatoria necesaria que permitan aportar este tipo de conocimiento. Por ello, no es una vía idónea para ejercer un control efectivo de la juridicidad de los actos. Sin perjuicio de ello, no es posible desconocer que ha sido un aporte, sobre todos en aquellos casos donde toca resolver materias que no son competencia del Tribunal Ambiental. Por ello es necesaria la coexistencia del recurso de protección en materia ambiental, con el objetivo de la protección de derechos, junto con un procedimiento ante un tribunal especializado, que permitan resolver aquellos casos que exceden esta protección.

De esta forma, se puede apreciar diversos aspectos, los cuales deben ser considerados para responder la pregunta planteada en esta tesis, en particular, lo que se refiere a los casos Castilla e Hidroaysén, que es el que plantea el primer aspecto del problema: lo que tienen de particular es que en ellos se alega la existencia de fraccionamiento de proyectos, que no fue considerado por la autoridad ambiental, lo que deriva en un actuar arbitrario del órgano ambiental que toma la decisión de seguir con la evaluación del proyecto y lo califica de

manera favorable, lo cual manifiesta el segundo aspecto de la cuestión planteada. Sin embargo, hay que considerar lo señalado en el análisis de las potestades del Servicio de Evaluación Ambiental, además de las normas vigentes al momento de resolver los casos planteados. De ello deriva que con la vigencia de la legislación actual, no sea el SEA el órgano que deba determinar la existencia de fraccionamiento, sino que la SMA, además de estar expresamente regulado como una infracción a las normas que regulan el ingreso al SEIA, por lo que no se puede considerar que estemos ante una potestad discrecional técnica, sino reglada: el SEA, en este caso, tiene un margen de discrecionalidad bastante acotado, en el sentido que sólo puede decidir el hecho de, presentado un proyecto, enviar los antecedentes a la SMA para que investigue la infracción y obligue a su presentación de manera correcta o seguir con el procedimiento y rechazarlo en otras instancias, por incumplimiento de la norma ambiental. Desde este punto de vista, estamos ante el control judicial de una potestad reglada, por lo que no hay arbitrariedad, sino una ilegalidad.

¿Se puede aplicar el mismo criterio en los años en que se presentó el proyecto y se evaluaron los mismos? Hay que recordar que las normas de la Ley 20.417, que crean la Superintendencia, el SEA y regula el fraccionamiento de proyectos recién se publica en el año 2010, mientras que los proyectos se presentan en los años 2008 y 2009, siendo resueltos en el año 2010 y 2011, momento en el cual la SMA no podía ejercer sus facultades sancionatorias, puesto que no se habían creado aún los tribunales ambientales. Tampoco había una norma que permitiera, de manera expresa, evaluar en un mismo expediente. En este sentido, hay que considerar que, de acuerdo con el artículo 7º de la Constitución, “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. De ello, se concluiría que

no era posible mantener un expediente único para ambos proyectos. Pero también hay que considerar los principios ambientales que uniforman la Ley 19.300, en particular, los principios preventivo y de eficiencia y las normas del Decreto Supremo N° 95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del año 2001, que se contempla como requisito de los EIA la determinación de la líneas de base, de lo cual se puede deducir un margen de discrecionalidad, fundado en el principio de eficiencia que debe estar presente en el SEIA, para decidir si unificar el procedimiento para un mejor análisis de los proyectos o, en caso de seguir en la evaluación, rechazarlo por incumplimiento de la norma ambiental. Esto es particularmente importante en el caso de Castilla, puesto que los proyectos se presentaron de manera conjunta, en donde se cuestiona el ejercicio de estos márgenes de discrecionalidad. Pero en el caso de Hidroaysén, la COREMA no podía obligar a la presentación del proyecto de manera conjunta, por lo que debía, en ese caso, simplemente evaluar. Por ello, lo que se reprocha en este caso no es la arbitrariedad, sino la ilegalidad de las RCA, puesto que se cuestiona el hecho que se haya aprobado el proyecto, a pesar de existir el fraccionamiento.

En este caso, ¿correspondía que la Corte Suprema ejerciera el control del ejercicio de las potestades? En ambos casos correspondía. En el caso de Hidroaysén, estábamos en el ejercicio de una potestad reglada, en donde el órgano no tenía un margen de discrecionalidad para determinar si existía fraccionamiento de proyectos, al no haberse presentado el proyecto con el cual la Central Hidroeléctrica estaba relacionado. En el caso Castilla, en donde estamos ante el ejercicio de una potestad discrecional, también procedía este control, atendido el hecho que, por un lado, no había aún un órgano especializado que pudiera conocer de estas situaciones, además que permite garantizar el ejercicio

de los derechos de las personas ante las actuaciones del órgano ambiental. De la misma manera, permite que se respeten las normas ambientales y evitar efectos adversos que pueden ser perjudiciales tanto para los directamente afectados por las decisiones de los órganos como para quienes pueden tener implicancia estos efectos. En este sentido, las decisiones de la Corte tomaron en consideración las diferencias presentadas en ambos casos y las normas comprometidas, tanto las que estaban vigentes al inicio de la evaluación como las que se encontraban vigentes al momento de resolver el recurso. De esta manera, las soluciones entregadas en estos casos son las más adecuada: en Castilla, se debió haber considerado los proyectos se presentaron de manera paralela, en donde la COREMA no podía desconocer la relación de ellos y la manera en cómo podía influir en los efectos ambientales; mientras que en Hidroaysén, sin perjuicio de lo relacionado que pueden estar los proyectos, la COREMA no podía obligar a la presentación del proyecto relacionado: estas facultades no estaban contempladas para este órgano y en la actualidad se encuentran en un órgano distinto al órgano que guía el procedimiento. En este caso, el hecho que no hay discrecionalidad es mucho más claro, atendido estas circunstancias. De lo anterior, en ninguno de los dos casos hay ejercicio de potestades con elementos de discrecionalidad técnica.

De lo analizado se puede concluir que procede el control de las potestades con elementos discrecionales de los órganos administrativos ambientales, en cuanto se refieran a la discrecionalidad administrativa dentro de los márgenes que establecen las normas legales y reglamentarias para que el órgano ambiental actúe, puesto que es un recurso que por las características de celeridad, brevedad, concentración e inquisitivo, y la posibilidad del tribunal de adoptar todas las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho, permite que el tribunal alcance el conocimiento necesario para poder resolver si el ejercicio de las

potestades con los elementos discrecionales se encuentra dentro de los márgenes que delimita la normativa correspondiente. Todo esto sin dejar de lado el objetivo principal de la acción constitucional, que es la protección de los derechos fundamentales. En lo que se refiere al derecho a un medio ambiente libre de contaminación, en el cual se limita este recurso a la vulneración de derechos por actos u omisiones ilegales, es totalmente aplicable este planteamiento, a través, tomando en consideración que al momento de ejercer la acción no es el único derecho fundamental que se alega vulnerado, sino que también se vinculan con otros derechos. Además, en el caso que sólo haya vulneración del artículo 19 N° 8, se puede ejercer el control de estas potestades, analizando si esta se ejerció dentro los márgenes que permite la ley.

En cambio, si nos referimos a las potestades con elementos discrecionales técnicos, es decir, aquellos en donde es necesario el conocimiento de una ciencia o arte especializada y distinta de la jurídica, si bien es un tipo de discrecionalidad administrativa, sin embargo, dadas las características ya mencionadas del recurso de protección y el grado de conocimiento necesario para determinar si su ejercicio se encuentra dentro de lo ajustable a la norma, no procede su control por medio del recurso de protección, puesto que para alcanzar la pericia necesaria para determinar si los órganos ambientales actuaron acorde a los márgenes entregados por las normas jurídicas y reglamentarias, es necesario un procedimiento en donde permita mayor análisis de estos conocimientos, en donde se puedan estudiar las distintas consecuencias que implique la aplicación de este conocimiento técnico, lo cual excede al momento de análisis que entrega el procedimiento de la acción de protección, caracterizado por la brevedad. Atendido lo anterior, parece necesario que el Tribunal Ambiental, órgano especializado en esta área, sea quien conozca de estos temas, los cuales, en la

práctica, fueron dejados de lados por el legislador de la Ley N° 20.600, al momento de eliminar el control de los actos intermedios del procedimiento de evaluación ambiental, facultad que fue considerada en el Mensaje dio inicio a la tramitación de la ley.

Todo ello, sin perjuicio del aporte que ha significado el recurso de protección en la garantía a los derechos fundamentales de las personas, en especial, al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

ABREVIATURAS

Art., art.	: Artículo
CEA	: Comisión de Evaluación Ambiental
CONAMA	: Comisión Nacional del Medio Ambiente
COREMA	: Comisión Regional del Medio Ambiente
CONICYT	: Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica
DIA	: Declaración de Impacto Ambiental
EIA	: Estudio de Impacto Ambiental
EvIA	: Evaluación de Impacto Ambiental
ICSARA	: Informe Consolidado de Solicitud de Aclaración, Rectificación y Ampliación
NLDC	: New London Development Corporation
Nº, Nºs.	: Numeral, Numerales
RCA	: Resolución de Calificación Ambiental
RPA	: Recurso de Protección Ambiental
SEA	: Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	: Sistema de Evaluación Ambiental
SEREMI	: Secretaría Regional Ministerial
SMA	: Superintendencia del Medio Ambiente

BIBLIOGRAFÍA

- Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo I, Sesión 18^a
<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 3 marzo 2017]
- Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo VI, Sesión 186^a
<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 3 marzo 2017]
- Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo VII, Sesión 225^a
<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3771/2/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 7 junio 2017]
- Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. [en línea] Tomo VII, Sesión 226^a
<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3771/2/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 7 junio 2017]
- ALARCÓN JAÑA, Pablo. Discrecionalidad administrativa: un estudio de la jurisprudencia chilena. Santiago, Jurídica Conosur Ltda., 2000. 98p.
- ASTABURUAGA CHALES DE BEAULIEU, Felipe. La discrecionalidad Administrativa en el contexto del sistema de evaluación de impacto ambiental. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Ambiental. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010. 189p.
- AYLWIN, Patricio. Apuntes de derecho administrativo. Santiago, Editorial Universitaria, 1959, Vol. II
- BELTRAN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y Constitución. Madrid, Tecnos, 1995. 278p.
- BERMUDEZ SOTO, Jorge. Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en material ambiental. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 1999, N° 20
<<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/440/413>> [consulta: 02 marzo 2017].
- BERMUDEZ SOTO, Jorge. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 2000, Vol. XXI

<http://www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_xxi.pdf>
 [consulta: 2 marzo 2017]

BERMUDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos del derecho ambiental. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007. 285p.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El Recurso de Protección entre Exigencias de Urgencia y Seguridad Jurídica. [en línea] Revista de Derecho (Valdivia). Diciembre 2006, Vol. XIX N° 2 <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art10.pdf>> [consulta: 28 diciembre 2014]

CARRASCO FUENTES, Pablo. Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho Público. 77: 67-78, 2012.

CARRASCO QUIROGA, Edesio y HERRERA VALVERDE, Javier. La interpretación de la resolución de calificación ambiental. [en línea] Revista Chilena de Derecho, 2014. Vol. 41 N° 2. <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art10.pdf>> [consulta: 9 mayo 2017]

CEA, José Luis. Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho. [en línea] Revista Chilena de Derecho. 1984, Vol. 11 <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjRhNzpi67QAhVEFZAKHesSCAoQFggZMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2649478.pdf&usq=AFQjCNFFtmkfljVbRxri-8Oh6mzwdv69cw&sig2=DWpbam6maVPpt_zbCIH6hQ> [consulta: 16 noviembre 2016]

CÉSPED REYES, Álvaro. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. [en línea] <<http://dudalegal.cl/sistema-evaluacion-impacto-ambiental.html>> [consulta: 16 marzo 2017]

CHÁVEZ FICA, Romina. Participación Pública en la Evaluación de Impacto Ambiental y Conflicto ambiental: Un Análisis desde el Derecho Internacional. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Diciembre 2015, N° 7 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2016/04/libro-fima-interior-y-tapas-bbb.pdf>> [consulta: 12 mayo 2017]

COCA VITA, Eduardo. Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica. [en línea] Revista de Administración Pública. Enero-diciembre 1983, Núm. 100-102 <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjMyO DEmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTgzXzEwMC0xMDJfMTAzOS5QREYmZmlsZT0xOTgzXzEwMC0xMDJfMTAzOS5QREYmdGFibGE9QXJ0aWN1bG8mY29udGVudD1hcHBsaWNhdGlvi9wZGY=>>> [1 diciembre 2016].

COCA VITA, Eduardo. También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales. [en línea] Revista de Administración Pública. Septiembre-diciembre 1985 Núm. 108 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/893182.pdf>> [consulta: 1 diciembre 2016]

COFRÉ, Leonardo. Discrecionalidad de los Actos Administrativos: El Caso de la Potestad de Dictación de Medidas de Compensación Socioambiental. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental, diciembre 2012, N° 4 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Justicia-Ambiental-n-4.pdf>> [consulta: 31 marzo 2017]

CONGRESO NACIONAL. 1994. Historia de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>> [consulta: 23 julio 2017]

CONGRESO NACIONAL. 2010. Historia de la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf>> [consulta: 28 diciembre 2014]

CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>> [consulta: 22 octubre 2014]

CONGRESO NACIONAL. Labor parlamentaria Mario Arnelo Romo. [en línea] <<http://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/descargarDossierPDF.py?idPersona=362>> [consulta: 14 junio 2017]

CORDERO VEGA, Luis. Los Hechos y los Supuestos de Hecho Para el Ejercicio de Potestades Administrativas. Aplicación a un Caso. Revista de Derecho Público. 62: 180-193, 2000

CORDERO VEGA, Luis. El medio ambiente como título de intervención administrativa. El caso del sistema de evaluación de impacto ambiental. Revista de Derecho Público. 63: 128-153, 2001

CORDERO VEGA, Luis. Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está Revolucionando la Regulación Ambiental? [en línea] Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2013 <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/18_Cordero.pdf> [consulta: 13 diciembre 2014]

CORDERO VEGA, Luis. Interpretación de las Resoluciones de Calificación Ambiental. [en línea] El Mercurio Legal. 25 de abril, 2013. <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/04/25/Interp>

retacion-de-las-Resoluciones-de-Calificacion-Ambiental.aspx> [consulta: 9 mayo 2017]

COSTA CORDELLA, Ezio y FUENTES MERINO, Paula. La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Septiembre 2011, N° 3 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Revista-final.pdf>> [12 mayo 2017]

DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid, Ed. Civitas, 1997. 160p.

DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. 2ª ed. Elcano, Editorial Aranzadi, 1999. 533p.

DÍAZ LE-FORT, María. Derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental: una propuesta regional. [en línea] Fiscalía del Medio Ambiente. <<http://www.fima.cl/derechos-de-acceso-a-la-informacion-participacion-y-justicia-en-materia-ambiental-y-una-propuesta-regional/>> [consulta: 19 abril 2017]

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando. El recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público. En relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Septiembre 2011, N° 3 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Revista-final.pdf>> [consulta: 22 enero 2016]

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando. El Resguardo Jurisprudencial del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación Comentario y Análisis de algunos Fallos Recientes. [en línea] Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental. Diciembre 2012, N° 4 <<http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Justicia-Ambiental-n-4.pdf>> [consulta: 30 mayo 2017]

ESPINOZA LUCERO, Patricio. El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho social. Revista de Derecho Público. 73: 171-198, 2010

EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Vol. II

FERNANDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid, Civitas, 1991. 144p.

FERNANDEZ, Tomás Ramón. Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. [en línea] Revista de Administración Pública. 2012, Núm. 187 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3922037.pdf>> [consulta: 24 febrero 2017].

FERNÁNDEZ VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Buenos Aires, Astrea, 1981. 767p.

FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita. El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). [en línea] Revista Chilena de Derecho. 2016, Vol. 43 N° 1 <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n1/art04.pdf>> [consulta: 06 junio 2017]

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CAZOR ALISTE, Kamel. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional de los actos administrativos: una repuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho. Vol. XIV: 67-, Julio 2003

FORSTHOFF, Ernst. Tratado de derecho administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958. 768p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El Control de los Poderes Discrecionales de la Administración. Revista de Derecho Público. 75: 81-96, 1975

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hacia una nueva justicia administrativa. Madrid, Civitas, 1989. 194p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. 12 ed. Madrid, Civitas Ediciones, 2004.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. 13ª ed. Madrid, Tecnos, Vol. I

GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. Milano, Dott. A, Giuffrè Editore, 1970. Vol. II

GUICCIARDI, Enrico. La giustizia amministrativa. 3ª ed. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1959. 689p.

GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. Condiciones y límites de aplicación de la puesta de término del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, en virtud de la falta de información relevante o esencial. Revista de Derecho Público. Vol. 75: 243-268, 2º Semestre, 2011.

GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. Derecho Ambiental Chileno: Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión. Santiago, Ril Editores, 2012. 268p.

GUZMÁN SUAREZ, Lionel. El control de la discrecionalidad administrativa en Chile. Tesis (Magister en Derecho Público). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. 196p.

LUCAS GARÍN, Andrea. El Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación: su Recepción en la Constitución Chilena Reformada. Revista de Derecho Público. 69: 233-246, 2007

MARTIN GONZÁLEZ, Manuel. El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos. [en línea] Revista de Administración Pública, diciembre de 1967. Vol. 54

<<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjI1MzI maWRIMzImaWRIPTEwMzcmdXJsPT0xOTY3XzA1NF8xOTcuUERGJmZpb GU9MTk2N18wNTRfMTk3LIBERiZ0YWJsYT1BcnRpY3VsbyZjb250ZW50P WFwcGxpY2F0aW9uu3BkZg==>> [consulta: 22 septiembre 2016].

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Auto-restricción, deferencia, y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y su desarrollo. [en línea]. Estudios constitucionales, 2014, Vol. 12 Núm. 1 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100009> [consulta: 09 febrero 2017]

MESQUIDA SAMPOL, Joan. El concepto de discrecionalidad y su control. [en línea] Anales de la Cátedra Francisco Suarez. 2003, Vol. 37. <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/1096/1294>> [consulta: 27 febrero 2017]

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. [en línea] <<http://www.mma.gob.cl/chilecanada/1288/article-29795.html>> [consulta: 13 marzo 2017]

MIROSEVIC VERDUGO, Camilo. La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la ley N° 20.417. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 1° semestre 2011, N° 36. <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a08.pdf>> [consulta: 12 mayo 2017]

MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. Los recursos procesales. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012. 619p.

MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración pública en España. Madrid, Montecorvo, 1985. 606p.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. La reserva de jurisdicción. Madrid, La Ley, 1989. 160p.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Madrid, Civitas, 2004. Vol. I

NARANJO SOLANO, Javier. El problema del fraccionamiento en el sistema de evaluación ambiental. [en línea] LWYR. 17 de diciembre, 2014. <<http://www.lwyr.cl/opinion/el-problema-del-fraccionamiento-en-el-sistema-de-evaluacion-ambiental/>> [consulta: 2 abril 2017]

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. [en línea] Revista Chilena de Derecho. 1993, Vol. 20 <<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14577/000176992.pdf?sequence=1>> [consulta: 07 junio 2017]

NAVARRO, Enrique. 40 años del recurso de protección. [en línea] El Mercurio Legal. 05 de diciembre, 2016.

<<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/12/05/40-anos-del-recurso-de-proteccion.aspx>> [consulta: 7 junio 2017]

NIETO, Alejandro. Reducción Jurisdiccional de la Discrecionalidad en Materia Disciplinaria. [en línea] Revista de Administración Pública. 1964, Vol. 44 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2115800.pdf>> [consultado: 20 septiembre 2016]

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. El Principio de Juridicidad. Revista de Derecho Público. 62: 156-168, 2000

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado de la Argumentación. [en línea] Madrid, Gredos S. A., 5ª ed., 1989. <http://www.fis.cinvestav.mx/~lmontano/perelman_tratado_argumentacion.pdf> [consulta: 8 febrero 2017].

PÉREZ OLEA, Manuel. La Discrecionalidad Administrativa y su Fiscalización Judicial. [en línea] Revista de Estudios de la Vida Local. 1973, Vol. 173 <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=download&path%5B%5D=7768&path%5B%5D=7817>> [consultado: 21 septiembre 2016].

PIERRY ARRAU, Pedro. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 1977, N° 1 <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/11/6>> [consulta: 31 mayo 2017]

PIERRY, Pedro. El control de la discrecionalidad administrativa. [en línea] Revista Chilena de Derecho. 1984, Vol. 11 núm. 2-3 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649469.pdf>> [consulta: 17 noviembre 2016]

POKLEPOVIC MEERSOHN, Ivan. 2012. Compatibilidad del Recurso de Protección Ambiental con la Competencia del Tribunal Ambiental en el Contencioso Administrativo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En: ARANDA, Jorge et al. Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental. Actas de las VI jornadas de derecho ambiental: visión ambiental global: presente y futuro. Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 50

PRAT, Julio. De la recurribilidad de los llamados “actos discrecionales”. [en línea] Revista de Ciencias Jurídicas. 1966, Núm. 7. <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/16965/16408>> [consulta: 16 noviembre 2016]

RAMÍREZ ARRAYÁS, José. El Sistema Constitucional Ambiental: Elementos Caracterizadores del Caso Chileno. Revista de Derecho Público. 65: 296-306, 2003

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=LwUON38>> [consulta: 28 abril 2017]

Resolución Exenta N° 348/2016 de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental [en línea]. <http://transparencia.sea.gob.cl/transparencia/2016/instructivos/RE_0348_Estructura_Interna_SEA_.pdf> [consulta: 09 marzo 2017]

RÍOS ALVAREZ, Lautaro. La acción de Protección Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno. [en línea] Estudios Constitucionales. 2007, N° 2 <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/4_La_accio_n.pdf> [28 diciembre 2014]

SÁEZ, Andrés y MORENO, José Adolfo. SEIA y el rol de la información ambiental. [en línea] Moreno y Sáez Abogados. 29 de julio, 2014. <<http://morenosaez.cl/seia-y-rol-de-la-informacion-ambiental/>> [consulta: 18 abril 2017]

SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid, Civitas, 1976. 364p.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid, Tecnos S. A., 1994. 168p.

SANDULLI, Aldo M. Manuale di diritto amministrativo. 5ª ed. Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959. 689p.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. [en línea] <<http://www.sea.gob.cl/contenido/quienes-somos>> [consulta: 28 diciembre 2014]

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Guías de Evaluación de Impacto Ambiental. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/guias-evaluacion-impacto-ambiental>> [consulta: 25 abril 2016]

SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Permisos y autorizaciones ambientales. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/permisos-autorizaciones-ambientales>> [consulta: 20 abril 2017]

SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Permisos y pronunciamientos ambientales sectoriales. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/permisos-autorizaciones-ambientales/permisos-pronunciamientos-ambientales-sectoriales>> [consulta: 20 abril 2017]

SERVICIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Pertinencia de ingreso al SEIA. [en línea] <<http://sea.gob.cl/documentacion/permisos-autorizaciones-ambientales/pertinencia-ingreso-seia>> [consulta: 15 abril 2017]

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. ¿Qué es la participación ciudadana en el SEIA? [en línea] <<http://sea.gob.cl/que-es-la-participacion-ciudadana-en-el-seia>> [12 mayo 2017]

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Registro de Consultores. [en línea] <<http://sea.gob.cl/evaluacion-ambiental/registro-consultores>> [consulta: 27 abril 2017]

SESÍN, Domingo Juan. Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Buenos Aires, Depalma, 1994. 384p.

SESÍN, Domingo. El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica. [en línea] Revista de Documentación Administrativa. Mayo-diciembre 2004, Núm. 269-260 <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5643&path%5B%5D=5695>> [consulta: 14 diciembre 2014]

SILVA CIMMA, Enrique. Derecho administrativo chileno y comparado. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Vol. I

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Estudio de Impacto Ambiental “Central Termoeléctrica Castilla”. [en línea] <<http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=3409606>> [consulta: 15 mayo 2017]

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Estudio de Impacto Ambiental “Proyecto Hidroeléctrico Aysén”. [en línea] <<http://infofirma.sea.gob.cl/DocumentosSEA/MostrarDocumento?docId=e8/03/92eae0642bbba32b4c1a28aeec61da6e66d>> [consulta: 18 mayo 2017]

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Estudio de Impacto Ambiental “Puerto Castilla”. [en línea] <<http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=3911293>> [consulta: 15 mayo 2017]

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Resolución Exenta N° 254, 23 de diciembre de 2010. [en línea] <http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_PUERTO_CASTILLA.pdf> [consulta: 15 mayo 2017]

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Resolución Exenta N° 46, 1 de 2011. [en línea] <http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_CASTILLA_FEBRERO_2011_final.pdf> [consulta: 15 mayo 2017]

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. Resolución Exenta N° 225, 13 de mayo de 2011. [em línea] <http://seia.sea.gob.cl/archivos/RCA_3103211.pdf> [consulta: 18 mayo 2017]

SOTO KLOSS, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982. 582p.

SOTO KLOSS, Eduardo. El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial. *Gaceta Jurídica*. 151: 9-25, 1993.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. Sistema Nacional de Información de Calificación Ambiental. Registro de resoluciones de calificación ambiental [en línea] <<http://snifa.sma.gob.cl/v2/Instrumento>> [consulta: 8 mayo 2017]

UNDURRAGA, José Gabriel y ABOGABIR, Sebastián. Pertinencia Ambiental y la Seguridad Jurídica de los Particulares. [en línea] *El Mercurio Legal*. 10 de abril, 2013. <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901955&Path=/0D/C3/>> [consulta: 15 abril 2017]

URRUTIA CÁCERES, Ignacio. El impacto ambiental no previsto en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Tesis (Magister en Derecho Ambiental). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. 245p.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores. Interés público, actividades privadas y expropiación en el derecho comparado. [en línea] *InDret Revista Para el Análisis del Derecho*, abril 2015, Núm. 2/15 <http://www.indret.com/pdf/1137_es.pdf> [consulta: 16 febrero 2017]

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael. El recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile. [en línea] *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 1989-1990, Vol. XIII <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/238/219>> [consulta: 12 junio 2017]

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio. Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental. *Revista de Derecho Público*. 80: 143-162, 2014

VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique. Deferencia y discrecionalidad, control judicial y debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo. Tesis Doctoral. Madrid, España. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, 2010. 295p.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional*. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo I.

VERGARA BLANCO, Alejandro. El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso administrativa especializada. Elementos para el análisis. [en línea] *Revista de Derecho Administrativo*. 2005, N° 52 <<http://vergarablancocl/2005-recurso-proteccion-sustituto-una-jurisdiccion-contencioso-administrativa-especializada-elementos-analisis-buenos-aires/>> [consulta: 5 junio 2017]

VICENTE DOMINGO, Ricardo de. Las alteraciones del planeamiento: el control judicial de la ordenación del suelo. Madrid, La Ley, 1994. 292p.
ZAPATA, Patricio. Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. 623p.
ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas. Revista Ius et Praxis. (2): 271-307, 2008

Jurisprudencia

Caso Castilla

Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 60-2011, 21 de enero de 2011
Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 61-2011, 21 de enero de 2011
Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 75-2011, 3 de febrero de 2011
Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 98-2011, 25 de febrero de 2011
Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 115-2011, 11 de marzo de 2011
Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 123-2011, 25 de marzo de 2011
Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 124-2011, 20 de marzo de 2011
Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 125-2011, 30 de marzo de 2011
Informe Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 60-2011, 7 de marzo de 2011
Resolución Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 60-2011, 13 de abril de 2011
Resolución Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 98-2011, 13 de abril de 2011
Resolución Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 123-2011, 13 de abril de 2011
Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 173-2011, 30 de enero de 2012
Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 174-2011, 6 de marzo de 2012
Resolución Corte Suprema, Rol 1960-2012, 8 de agosto de 2012
Sentencia Corte Suprema, Rol 1960-2012, 28 de agosto de 2012

Caso Hidroaysén

Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 8 de junio de 2011

Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 30-2011, 10 de junio de 2011

Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 31-2011, 10 de junio de 2011

Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 34-2011, 30 de junio de 2011

Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 35-2011, 1 de julio de 2011

Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 36-2011, 1 de julio de 2011

Resolución Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 29-2011, 21 de julio de 2011

Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 153-2011, 6 de octubre de 2011

Sentencia Corte Suprema, Rol 10.220-2011, 4 de abril de 2012

Jurisprudencia nacional

Sentencia Corte Suprema, Rol 28745-2014, 30 de enero de 2015, Considerando Quinto.

Sentencia Corte de Apelaciones, Rol Protección 24635-2013, 17 de octubre de 2013

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Protección 31177-2013, 23 de septiembre de 2014

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol Protección 6823-2013

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, 4 de agosto de 2000

Tribunal Constitucional, Rol 1153-08, 30 de septiembre de 2008

Tribunal Constitucional, Rol 280-98, 20 de octubre de 1998

Tribunal Constitucional, Rol 815-07, 19 de agosto de 2008

Tribunal Constitucional, Rol 1217, 31 de enero de 2009

Tribunal Constitucional, Rol 1244-08, 2 de junio de 2009

Tribunal Constitucional, Rol 1337-09, 20 de agosto de 2009

Tribunal Constitucional, Rol 1380-09, 3 de noviembre de 2009

Tribunal Constitucional, Rol 1467, 29 de diciembre de 2009
Tribunal Constitucional, Rol 1535, 28 de enero de 2010
Tribunal Constitucional, Rol 2398-13, 27 de agosto de 2013
Tribunal Constitucional, Rol 2340-12, 12 de septiembre de 2013
Tribunal Constitucional, Rol 2470-13, 2 de diciembre de 2013
Tribunal Constitucional, Rol 2438-13, 10 de abril de 2014
Tribunal Constitucional, Rol 2838-15, 21 de junio de 2016
Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, 4 de agosto de 2000
Tribunal Constitucional, Rol 626-06, 16 de enero de 2007
Tribunal Constitucional, Rol 634-06, 9 de agosto de 2007
Tribunal Constitucional, Rol 1254-08, 29 de junio de 2009
Tribunal Constitucional, Rol 1710-10, 6 de agosto de 2010
Tribunal Constitucional, Rol 1390-09, 8 de abril de 2010
Tribunal Constitucional, Rol 503-06, 19 de julio de 2006
Tribunal Constitucional, Rol 2670-14, 2 de diciembre de 2014
Tribunal Constitucional, Rol 2014-11, 6 de noviembre de 2012
Tribunal Constitucional, Rol 1416-09, 14 de julio de 2009

Contraloría General de la República

Contraloría General de la República, Dictamen N° 1501-13, 7 de marzo de 2013
Contraloría General de la República, Dictamen N° 056032-11, 5 de septiembre de 2011

Jurisprudencia comparada

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 545 U. S., 23 de junio de 2005, p. 10. [en línea] <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/04-108P.ZO>> [consulta: 16 febrero 2017]

Sentencia Tribunal Supremo, Roj 18522-1994, 8 de Julio de 1994

Sentencia Tribunal Supremo, Roj 2391/1997, 4 de abril de 1997