

COMISIONES DE EVALUACIÓN Y LA MOTIVACIÓN DE SUS ACTOS: PRECISIONES NECESARIAS

EDESIO CARRASCO QUIROGA

RESUMEN: El fallo que se comenta recae sobre una sentencia de la Corte Suprema que declara, confirmando lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción, arbitrario e ilegal el acuerdo adoptado por la Comisión de Evaluación del Biobío al calificar favorablemente el proyecto “Central Termoeléctrica Pirquenes”. La Corte Suprema basa su sentencia en que los miembros de la referida Comisión no fundamentaron adecuadamente su voto expresando las razones que los llevaron a tomar esa decisión. En esos términos, el autor valora, en general, la sentencia, pero precisa la forma en que la motivación de los actos debe ser entendida en el SEIA. Asimismo, el trabajo critica la forma en que el máximo tribunal razona en relación a la afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sentencia. 3. Comentario. 3.1 Síntesis del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 3.2 Evaluación. 3.3 Calificación y funciones de la Comisión de Evaluación. 3.4 Precisiones respecto a la motivación de los acuerdos de la Comisión de Evaluación. 3.5 Afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: escasa fundamentación. 3.6 Alcance de la decisión. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2012 un conjunto de sentencias emanadas de la Corte Suprema (CS) remecieron la forma en que la evaluación y calificación ambiental de proyectos o actividades se venía realizando a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Casos disímiles como el proyecto *Parque Eólico Chiloé* (rol 10.090-2011), *Hydroaysén* (rol 10.220-2011), *El Morro* (rol 2.211-2012), *Río Cuervo* (rol 2.463-2012), *Bocamina* (rol 3.141-2012) y *Castilla II* (rol 1960-2012), entre otros, generaron un intenso debate durante el año 2012 respecto a la institucionalidad ambiental, alterando, en parte, pese a sus efectos relativos, las bases sobre las cuales el SEIA ha sido estructurado.

No obstante, y al margen de la discusión jurídica e institucional que los fallos citados generaron, otras sentencias de la CS, silenciosamente, también han ido cambiando la forma en que se evalúan y califican ambientalmente proyectos en el SEIA. Así, en función de lo resuelto por la CS, se están produciendo cambios profundos, de larga duración, que el debate público a ratos no percibe, pues se producen a una velocidad y profundidad imperceptible, pero cuyas consecuencias exceden el derecho ambiental, mereciendo un comentario en esta edición anual.

Es el caso de lo ocurrido con el proyecto “Central Termoeléctrica Pirquenes” (el proyecto). Con fecha 26 de noviembre de 2012 la CS (rol 7071-2012) dictaminó que el acuerdo de la Comisión de Evaluación del Biobío, al calificar favorablemente el proyecto, era arbitrario e ilegal debido a que sus miembros, al pronunciarse sobre el proyecto, no expresaron, adecuadamente, los motivos de su decisión, afectando así el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Se trata de una sentencia reciente, cuyos efectos son difíciles todavía de predecir, pero que sin duda fija una pauta respecto de las actuaciones administrativas y en especial respecto de órganos colegiados, aspecto que como comentaremos más adelante, debe ser matizado, en concreto, con las particularidades propias del SEIA.

Sabemos que toda autoridad debe explicar los motivos de su decisión, de lo contrario se hace imposible controlar la juridicidad de sus actuaciones, deviniendo en arbitrario sus actos. Para la comprensión de todo acto administrativo se requiere que sus fundamentos sean expresados con la finalidad de tener “certeza, exactitud, seguridad y determinación, a fin de saber qué hacer y a qué atenerse en la praxis”¹. Así, toda decisión administrativa debe estar suficientemente fundada. Esto significa, de acuerdo a Alejandro Parodi, “que los actos deben bastarse y explicarse por sí mismos, debiendo explicitar, en forma lógica y razonada, cuáles son los hechos que motivan la decisión y las normas legales que la justifican”².

La exigencia descrita ha sido, además, consagrada legalmente en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de

¹ DROMI (2003) p. 129.

² PARODI (2011) p. 173.

los Procedimientos Administrativos, al disponer que los “hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”. En iguales términos se expresa el inciso cuarto del artículo 41 del mismo cuerpo legal al establecer que las resoluciones “contendrán la decisión, que será fundada”³. En materia ambiental esta exigencia constituye un aspecto central, abarcando tanto las decisiones de los servicios públicos con competencia ambiental como del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), ya sea en la evaluación o calificación de los proyectos (inciso cuarto y quinto del artículo 9º; inciso primero del artículo 15 bis; inciso tercero del artículo 16; inciso primero del artículo 18 bis; inciso primero y cuarto del artículo 20).

En razón de lo anterior, el trabajo que a continuación se desarrolla expone una síntesis del fallo que se comenta, identificando el conflicto central y los argumentos en función de los cuales la decisión de la CS se funda. Luego se comenta la sentencia explicando, brevemente, el SEIA, las funciones que cumplen las Comisiones de Evaluación y los actos administrativos involucrados, precisando el correcto sentido y alcance de los fundamentos y acuerdos que este tipo de Comisiones adopta al momento de considerar proyectos o actividades que requieren de su calificación. Asimismo, se objeta la forma en que la CS concluyen –con escasa argumentación– que una eventual falta de fundamentación de los votos que materializan un acuerdo de un órgano colegiado, pueda afectar el derecho a vivir en un medio ambiente libre contaminación.

2. LA SENTENCIA

Un conjunto de personas naturales y algunas otras organizaciones del sector de Laraquete, en Arauco, VIII Región, recurrieron de protección en contra de la Comisión de Evaluación del Biobío argumentando que la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) Nº 25, de 23 de enero de 2012, era arbitraria e ilegal, pues la

³ Es importante señalar que la Contraloría General de la República viene desde el año 1984, de manera invariable, desde el Dictamen 33.006, de 21 de diciembre de 1984, sosteniendo que los actos administrativos deben ser fundados.

aprobación del proyecto constituía una amenaza a sus derechos. Para ello, alegaron, entre otras cosas, una serie de ilegalidades en la citación de la referida Comisión (la que se reunió dos veces); contradicciones en la votación de sus miembros entre ambas sesiones; que un conjunto de observaciones de la Municipalidad de Arauco no fueron parte del Informe Consolidado de Evaluación (ICE); que el cambio de uso de suelo no fue otorgado; y, que de los antecedentes del procedimiento se concluía que el proyecto debía ser evaluado mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). A la argumentación señalada se agregó que la votación, acuerdo y aceptación de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto por parte de la Comisión de Evaluación no fue fundada en conformidad a la ley, afectando, todas las ilegalidades descritas, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1), la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2) y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8), todos derechos garantizados en la Constitución Política de la República (CPR).

Evacuados los informes del proponente y de la recurrida, la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 23 de agosto de 2012, acogió, pese a algunas precisiones respecto a la legitimación activa, las acciones de protección formuladas, resolviendo, en resumen, que “los argumentos proporcionados por los integrantes de la COMISIÓN, que ya reprodujimos, aparecen que sus votos no están fundados en razones ambientales –técnicas o jurídicas– y más aún, algunos de éstos no formularon argumentación atingente alguna” (considerando 27°).

Por lo anterior, la Corte de Apelaciones de Concepción concluyó que correspondía realizar un EIA y que las actuaciones podrían afectar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al no adoptarse específicas y efectivas medidas de mitigación o compensación en razón de lo que expuso, principalmente, el director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental en la sesión. Finiquita así su razonamiento señalando que:

“De lo dicho resulta que la Aprobación del Proyecto en la sesión de la COMISIÓN el día 12 de diciembre de 2011, ha devenido en arbitraria e ilegal, ya que no se ha dado cumplimiento a la debida fundamentación de la decisión de los votantes integrantes de ella, exigida por la legislación ya referida, apareciendo como una actuación desprovista de sustento, en

que no se dan los fundamentos que avalen, expliquen y legitimen la decisión adoptada, lo que la convierte además, en arbitraria, expresión de la sola voluntad de los votantes. Ello lleva a declararla nula y, consecuentemente, también, la Resolución N°05 de 23 de enero de 2012 que es la materialización de la decisión de la COMISIÓN adoptada con la votación del 12 de diciembre de 2011 ” (considerando 34°).

Apelada la sentencia descrita, la CS confirmó dicha decisión determinando, en lo esencial, tres ideas:

- a) Que, “los miembros de la Comisión no fundamentan su voto, por cuanto tal exigencia implica necesariamente que ellos señalen las razones por las que, a su juicio, no se hace necesario un Estudio de Impacto Ambiental, justificando desde el punto de vista ambiental –al estar en conocimiento de todos los antecedentes e informes que son parte del proceso– por qué el proyecto no produce los efectos señalados en el artículo 11 de la ley 19.300” (considerando 4°);
- b) Al no estar debidamente fundados los votos “deviene en que la decisión tomada igualmente carezca de la debida motivación, vicio que es transmitido a la Resolución Exenta N° 25 de 23 de enero de 2012, la que califica favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto ‘Central Los Pirquenes’, pues esta no es más que la materialización de la decisión ya tomada [...]. Lo así resuelto resulta arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen, legitimen, vulnera –tal como se expone en el considerando trigésimo quinto de la sentencia en alzada– la garantía establecida en el número 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.”(considerando 5°); y
- c) Finalmente la CS dispuso que “resulta estrictamente necesario que se concluya el procedimiento administrativo con un acuerdo válido, en el cual los distintos integrantes de la comisión recurrida expliciten las razones por las cuales a su juicio no se producen los efectos ambientales señalados en el artículo 11 de la ley 19.300, razón por la que esta Corte dispondrá las medidas que se señalarán en lo dispositivo[...]debiendo el Presidente de la aludida comisión adoptar las medidas necesarias

para citar a una nueva sesión a los miembros de la misma para los efectos de llevar a cabo una nueva votación” (considerando 6°).

3. COMENTARIO

Si bien se trata de una sentencia breve, esta permite múltiples aristas en su análisis. No obstante, nuestra crítica se agrupa en dos aspectos que merecen un examen más profundo: i) la motivación de los actos administrativos al interior del SEIA, distinguiendo entre la evaluación y la calificación, y la competencia que tienen los miembros de la Comisión de Evaluación en ella; y, ii) la forma por medio de la cual la CS concluye que la falta de motivación de un acuerdo en orden a expresar las razones de por qué el proyecto no produce los efectos del artículo 11 de la ley 19.300, afecta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Lo expuesto en ningún caso desconoce la importancia de la sentencia al aumentar el estándar de fundamentación que los órganos de la Administración del Estado deben tener en sus actuaciones, lo que contribuye a una sociedad más transparente y libre. No obstante, dicho análisis, al aplicarse al SEIA, debe hacerse detenidamente, pues su procedimiento tiene matices que deben distinguirse al momento de aplicar lo resuelto por la CS. Como se explica más adelante, en función de las competencias de cada miembro de la Comisión de Evaluación, las exigencias respecto de los motivos varían si lo que se pretende es aprobar, aceptar o calificar desfavorablemente un proyecto.

De igual manera, tampoco hacemos un juicio de mérito a lo resuelto por la Comisión de Evaluación y que la CS anula. Nuestra crítica apunta a la falta de explicación que la CS entrega para justificar que el proyecto afecta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cometiendo así la misma falta que le impugna al órgano recurrido en relación a la aceptación del proyecto. No se aprecia en la sentencia de la CS razones que expliquen que una eventual falta de fundamentación de un acuerdo pueda “afectar”, en concreto, el derecho constitucional citado. El déficit de la sentencia en este ámbito es evidente.

3.1 Síntesis del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El SEIA es un procedimiento administrativo especial y reglado por medio del cual, ciertas actividades o proyectos previamente tipificados por medio de la ley 19.300 en su artículo 10, requieren ser evaluados ambientalmente de manera previa a su ejecución, previéndose de manera más o menos precisa, sus efectos en una área geográfica determinada en sus distintas etapas (construcción, operación y abandono).

Este procedimiento, que constituye un instrumento de gestión ambiental, es administrado por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), el que, en base a un EIA o una DIA, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto, o su modificación o ampliación, se ajusta a las normas vigentes y si se han dispuesto medidas de mitigación, compensación o reparación, según corresponda. Estamos, además, en presencia de una sucesión de actos trámites en la que interviene el proponente, la Administración del Estado mediante diversos organismos, y también particulares externos al proceso que, en caso de proceder, participan haciendo observaciones ciudadanas a los proyectos.

3.2 Evaluación

Una vez ingresada una DIA o EIA para su evaluación por parte de un proponente ya sea ante la Comisión de Evaluación (regional) o ante el Director Ejecutivo del SEA (interregional), dichos documentos son objeto de un examen de admisibilidad riguroso respecto de los requisitos necesarios para su presentación. De cumplir la DIA o EIA con los requisitos mínimos que exige la ley, se instruye a los servicios públicos con competencia ambiental para que los revisen y emitan sus pronunciamientos de manera fundada y dentro del ámbito de su respectiva competencia. Son esos pronunciamientos, entre otros, en función de lo dispuesto en la ley 19.300, cuya motivación o fundamentación es esencial (inciso final del artículo 9°). En consecuencia, estos actos administrativos formales e intermedios en el proceso de evaluación deben estar expresamente motivados. Estos pueden expresar su conformidad, inconformidad, observar aspectos al proyecto o derechamente excluirse del proceso de evaluación si el órgano de la Administración del Estado requerido no es competente, no siendo vinculantes dichos informes a menos que

la ley expresamente lo declare así. Por la trascendencia que tienen durante esta etapa, pues de ellos depende, en buena medida, la evaluación, examen y valoración de un proyecto, su fundamentación es muy relevante, la que debe estar dotada de una explicación razonada en función de los aspectos ambientales del proyecto. Así, todo servicio público que participa de la evaluación debe explicar, con razones, por qué se pronuncia de la forma que lo hace al emitir su oficio, pues a partir de su pronunciamiento da sentido al mecanismo de “ventanilla única” que el SEIA contempla. Eso sí, dependiendo de si el proyecto ingresó mediante una DIA o un EIA, los informes de los servicios públicos tendrán niveles de análisis y profundidad distintos; todo en virtud de la información proporcionada, la que cambia en uno u otro caso.

Evacuados los pronunciamientos descritos dentro de plazo y si el proyecto no carece de información relevante o esencial insubsanable ni es necesario que una DIA sea presentada bajo la modalidad de un EIA, estos se consolidan y funden en un Informe Consolidado de Solicitudes, Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA) que es notificado al proponente para que mediante una Adenda aclare, rectifique o amplíe la información faltante. Entregada la Adenda por parte del proponente, esta es nuevamente enviada a los órganos de la Administración del Estado que hicieron sus observaciones para que revisen si lo observado ha sido aclarado, rectificado y/o acompañado al proyecto.

Concluida esta etapa, que puede llevar a la confección de dos o más ICSARAs y a la presentación de dos o más Adendas, se presenta el proyecto ante el Comité Técnico. Este órgano, presidido por el Seremi de Medio Ambiente y al cual asisten los directores de los servicios públicos regionales que tengan competencia ambiental, elabora un acta de evaluación de cada proyecto la que es de libre acceso a los interesados.

La etapa de evaluación de un proyecto concluye con la confección del ICE. Dicho documento contiene los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad, si correspondiera, así como la recomendación de aprobación o rechazo por parte del SEA. De acuerdo al artículo 9° bis, la Comisión de Evaluación deberá “aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambien-

tal solo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente”. Si bien este informe no tiene por qué anticipar la decisión de la Comisión de Evaluación, sí la rigidiza “respecto de los aspectos normados establecidos en la legislación vigente”, pues, en teoría, la Comisión de Evaluación no tendría, en este ámbito (cuestión que deberá analizarse en cada proyecto particular)⁴, base para resolver de manera distinta a lo sugerido por el SEA. De lo contrario, habría “un vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental” afectando la validez del procedimiento. Como contrapartida, en los restantes ámbitos (no normados) la Comisión de Evaluación tendría un margen de apreciación más amplio, tal como lo es la consideración de medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas respecto de los efectos, características y circunstancias que presenta un EIA⁵; la consideración de los “olores”⁶ en la autorización para la disposición final de residuos industriales o mineros; la “pérdida y degradación del suelo” y la generación “de núcleos urbanos al margen de la planificación territorial”⁷ para el otorgamiento del cambio de uso de suelo; o, los “resultados esperados”⁸ respecto al seguimiento de la condición de poblaciones de especies hidrobiológicas al permitir la pesca de investigación; todos aspectos que el propio reglamento del SEIA (RSEIA), entre otros, dispone respecto del otorgamiento de los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS).

La importancia de todos los pronunciamientos descritos es tal dentro del proceso de evaluación, que la Comisión de Evaluación si no puede pronunciarse sobre una DIA o EIA en razón de la falta de otorgamiento de algún permiso o pronunciamiento sectorial am-

⁴ El hecho que exista una norma de calidad, primaria o secundaria, o una norma de emisión que regule una actividad económica, no transforma a dicha norma *per se* en un aspecto normado, pues debe determinarse si lo aplicable de dicha regla también lo es y si ha habido, también, respecto de dicho aspecto normativo, una interpretación correcta de ella.

⁵ El inciso final del artículo 13 de la ley 19.300 dispone que “El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado”.

⁶ Letra d) del artículo 90.

⁷ Letra a) y b) del artículo 96.

⁸ Letra d) del artículo 95.

biental, podrá requerir al organismo del Estado responsable para que, en el plazo de diez o quince días (dependiendo de si se trata de una DIA o EIA), emita el permiso o pronunciamiento. Vencido este plazo, el permiso o pronunciamiento faltante se tendrá por otorgado favorablemente operando el silencio administrativo (artículos 15 y 18, respectivamente, de la ley 19.300).

3.3 Calificación y funciones de la Comisión de Evaluación

Un aspecto sumamente relevante para entender la crítica que hacemos al fallo dice relación con la calificación del proyecto, etapa posterior a la evaluación técnica y cuya sede es la Comisión de Evaluación.

Los miembros que componen la Comisión de Evaluación son el intendente, que la preside y los Seremis de Medio Ambiente; de Salud; de Economía, Fomento y Turismo; de Energía; de Obras Públicas; de Agricultura; de Vivienda y Urbanismo; de Transportes y Telecomunicaciones; de Minería; de Desarrollo Social; y el director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental.

Es este grupo de personas el que finalmente califica, en base a la evaluación ambiental previamente sintetizada, los proyectos o actividades que ingresan al SEIA. Vista la descripción que hace la ley, al calificarse favorablemente proyectos por parte de la Comisión de Evaluación, el procedimiento de evaluación finaliza con un acto administrativa terminal que otorga la autorización administrativa de funcionamiento a dicho emprendimiento (RCA), la que es vinculante para los organismos de la Administración del Estado relacionados con la evaluación y calificación ambiental.

3.4 Precisiones respecto a la motivación de los acuerdos de la Comisión de Evaluación

Lo central del fallo de la CS es el reproche que le hace a la Comisión de Evaluación por el hecho que sus miembros no fundamentaron su voto, debiendo estos, necesariamente, señalar “las razones por las que, a su juicio, no se hace necesario un Estudio de Impacto Ambiental, justificando desde el punto de vista ambiental –al estar en conocimiento de todos los antecedentes e informes que son par-

te del proceso— por qué el proyecto no produce los efectos señalados en el artículo 11 de la ley 19.300” (considerando 5°).

¿Es atendible esta exigencia hecha por la CS a los miembros de la Comisión de Evaluación? A simple vista pareciera que sí, pero una comprensión adecuada y funcional del SEIA, obliga a precisar sobre quiénes, realmente, y sobre qué, recae esta obligación. La razón es simple: hay miembros de la Comisión de Evaluación que no participan, muchas veces, del proceso de evaluación y que concurren, sin mayores antecedentes que la exposición que se hace del proyecto en la sesión de la Comisión de Evaluación, a votar. Es decir, no están en “conocimiento de todos los antecedentes e informes que son parte del proceso”. Ocurre, por ejemplo, frecuentemente, con el Seremi de Economía, de Desarrollo Social (salvo cuando hay aspectos vinculados a comunidades indígenas)⁹, de Energía (salvo cuando hay proyectos vinculados a su cartera) y un conjunto de otros miembros (Seremis) que dependiendo del tipo de proyecto o actividad, se excluyen de participar del proceso de evaluación al no ser competentes, pero que luego, por ley, están mandatados para emitir su voto al calificar el proyecto. Es más, durante el proceso de evaluación los miembros de la Comisión de Evaluación muchas veces cambian, cuestión que de hecho ocurrió respecto del Gobierno Regional del Biobío y que llevará a que cuando se vote nuevamente el proyecto, haya miembros de dicha Comisión que no estuvieron presentes en las anteriores sesiones y sin conocimientos plenos de todos los antecedentes en base a los cual es la CS exige votar un asunto de estas características, pero que en base al principio de continuidad de la administración, que la obliga a atender las necesidades públicas de manera continua y permanente¹⁰, deberán concurrir con su voto.

¿Deben entonces dichos miembros excluirse de fundamentar su voto? En absoluto. Deben, expresamente, fundamentar, con razones, su voto. No obstante, ¿es necesario que ese voto, como lo exige la CS, exprese los motivos ambientales de por qué no es necesario

⁹ En el caso del proyecto y de acuerdo al expediente de evaluación, tanto el Seremi de Agricultura; de Minería; Economía, Fomento y Turismo; de Transporte y Telecomunicaciones; y Desarrollo Social, no participaron de la evaluación, pero si concurren a la sesión del 12 de diciembre de 2011 votando.

¹⁰ Artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional 18.575.

un EIA? Respecto al tipo de fundamentación que exige la CS tenemos una diferencia. Creemos que los votos de los miembros que no participaron de la evaluación, pero que concurren a la calificación por ley, pueden argüir otros argumentos, legítimos también, respecto al proyecto. De esta forma, los Seremis que no participaron de la evaluación, pero sí de la calificación, tienen, siguiendo al profesor Luis Cordero, un “margen de apreciación”¹¹ más amplio, pues los informes propios de la evaluación solo constituyen para ellos un antecedente más para la calificación, tal como el propio RSEIA lo dispone en su artículo 35.

Se permite así que dichos miembros voten fundadamente y dentro del ámbito de su competencia, pero argumentando no en razón de si se justifica o no un EIA –pues no se ha participado del proceso ni se tiene competencias para determinar aquello–, sino en función de razones económicas (Seremi de Economía, Fomento y Turismo), sociales (Desarrollo Social) o ambas (intendente) que contribuyan al desarrollo sustentable de la región. En tales términos, no debe olvidarse que los miembros que integran la Comisión de Evaluación, actúan desconcertadamente, a excepción del intendente y el director Regional del SEA, de los ministros que componen el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (que también agrega al ministro de Hacienda) que el artículo 71 de la ley 19.300 regula. Por eso, es hora de sincerar el rol de la Comisión de Evaluación. Nadie duda que sus votos deban ser fundados, pero los fundamentos, si no se participó del proceso de evaluación, solo pueden limitarse a la competencia propia del órgano y en consecuencia el margen de apreciación para calificar el proyecto aumenta legítimamente pudiendo motivar sus votos en base a argumentos distintos, pero manteniendo su imparcialidad resolutoria. Lo anterior funde sus raíces también en una razonable interpretación respecto a la separación de funciones, pues lo que se pretende con el modelo institucional y ambiental descrito es que “las decisiones públicas se adopten, en la medida más amplia posible, correctamente, esto es, por aquellos órganos que por su organización, composición, función y procedimiento de actuación dispongan de las mejores condiciones al efecto, lo que supone la existencia y el reconocimiento de reservas

¹¹ Véase CORDERO (2013).

institucionales”¹². En buena medida, lo que hace una Comisión de Evaluación al momento de calificar proyectos, quiérase o no, es permitir la ejecución de políticas públicas en los más diversos ámbitos (eléctrico, minero, agroindustrial, sanitario, inmobiliario, industrial, obras públicas, etc.), a base de una deliberación en el ámbito regional, pues la principal inversión privada y pública se canaliza a través de ella. Esto implica, en razón de las propias competencias de sus miembros (no olvidando que son autoridades políticas de la región la mayoría de ellos) y en virtud de su carácter técnico y profesional (inciso segundo del artículo 38 de la CPR), resolver y fundamentar sus decisiones, en caso que corresponda, con un margen de apreciación más amplio que el que la CS demanda en virtud de la gestión pública que este órgano colegiado desarrolla. Por eso, si no se participó de la evaluación y sí de la calificación (como ocurrió con 5 servicios en este caso), no corresponde a los miembros de la Comisión de Evaluación que no conocen de los antecedentes del proceso ni participaron de este, pronunciarse en los términos que demanda la CS, pues como bien nos recuerda el profesor español Eduardo García de Enterría, el “milagro” no tiene cabida en el Derecho Administrativo¹³.

Por eso, basta una decisión que se entienda por sí misma y sea precisa en cuanto a lo resuelto. Tomando en cuenta que las Comisiones de Evaluación sesionan regularmente de manera ordinaria todo el año y que califican decenas de proyectos o actividades, también el principio de eficiencia debe ser resguardado, ya que una decisión “anémica” en cuanto a su contenido no debiese ser fatal si hay una completa comprensión respecto de los argumentos esgrimidos para decidir respecto a la calificación favorable o no de un proyecto o actividad específica. En la medida que la motivación sea legítima, basada en los antecedentes del expediente y el voto encuadrado dentro del ámbito de competencia de quién lo emite, no se afecta un “justo y racional” procedimiento administrativo. Si a lo anterior se suma la RCA (que ejecuta el acuerdo objeto de esta controversia y que autoriza el funcionamiento de una actividad o proyecto), la que da cuenta de todo el proceso llevado adelante tanto en la evaluación como en la calificación del proyecto, la fundamentación de

¹² CORDERO (2005), p. 446, en SCHMIT-ASSMANN (2003) p. 190.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA (2011) p. 40.

la decisión adoptada cumpliría adecuadamente con lo requerido por la legislación chilena en este ámbito.

De igual manera, si está en riesgo la salud de las personas o se producen efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales (circunstancias que gatillan la presentación de un EIA y que fue argumentado en este caso), tampoco corresponde pedirle, por ejemplo, al Seremi de Transporte y Telecomunicaciones, de Obras Públicas u otro, que explique por qué los efectos descritos no se producen. Si bien dichos miembros deben fundar su voto en conformidad al proceso y a sus propios pronunciamientos previos (su voto debe ser consistente con ellos si se participó de la evaluación), la explicación respecto de los efectos, características y circunstancias del artículo 11, en caso que gatillen un EIA o pretenda demostrarse su no pertinencia, corresponde que lo justifiquequién tiene competencias para ello. Así, por ejemplo, el análisis del riesgo para la salud de las personas (letra a) del artículo 11) está a cargo de la Seremi de Salud y en los restantes efectos que el artículo 11 menciona, será el órgano con competencias para determinar esos efectos, características o circunstancias, el llamado a fundamentar adecuadamente su voto, cumpliendo, como es obvio, tanto el Seremi de Medio Ambiente y el director del SEA un rol gravitante en dichos ámbitos.

Lo expuesto en ningún caso pretende que dichos actos que gozan de mayor margen de apreciación no puedan ser, como dijimos, fundados y quebajo una mayor flexibilidad, queden inmunes al control judicial. No obstante, ese control debe hacerse, tal como hemos expuesto, siguiendo las distinciones descritas y las funciones que cada miembro de la Comisión de Evaluación desempeña dentro del procedimiento en razón de sus competencias.

En otras palabras, dependiendo de la participación en el proceso de evaluación y de las competencias del órgano cuyo representante es miembro en la Comisión de Evaluación, dependerá la adecuada fundamentación del voto. En eso, la CS va más lejos que lo que la ley dispone, solicitando no solo una fundamentación, sino un tipo especial de esta (por que no es necesario presentar un EIA), la que, dependiendo de las circunstancias concretas de la evaluación, las competencias de cada miembro y considerando que no se trata, expresamente, de una asunto normado, creemos que no es exigible a todos los integrantes de la Comisión de Evaluación una fundamen-

tación del voto en los mismos términos. Asimismo, no hay norma expresa en la propia ley N° 19.300 que exija una fundamentación en esos términos, pese a que todas las RCA que aceptan una DIA expresan los motivos por los cuales no se generan los efectos, características y circunstancias del artículo 11 que motivan la presentación de un EIA.

3.5 Afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: escasa fundamentación

A juicio de la CS la omisión descrita “vulnera –tal como se expone en el considerando trigésimo quinto de la sentencia en alzada– la garantía establecida en el número 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República” (considerando 5°).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción citada por la CS estableció que “las actuaciones referidas afectan la garantía constitucional de los Recurrentes del N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues la aprobación del Proyecto Central Pirquenes de que se trata, eventualmente podría alterar el medio ambiente protegido por el ordenamiento jurídico, sin que se comprometan medidas específicas y efectivas de mitigación o compensación” (considerando 35°).

Es contradictorio que la CS pida a la Comisión de Evaluación que funde, justificadamente, y en base a determinados aspectos del proceso, su decisión de calificar favorablemente el proyecto, si ella, al momento de determinar si se ha producido una afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no explica con buenas razones por qué se ha vulnerado dicho derecho.

Como bien ya lo ha planteado la profesora Camila Boettiger respecto del caso *Castilla II*, la CS también en este caso asume “casi por obviedad la relación causal entre el acto de autorización y la amenaza o afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. En tal sentido, es evidente que en el fallo que comentamos también se ha “omitido ahondar en un requisito básico del recurso de protección, como lo es determinar cómo el acto recurrido afecta el derecho”, transformándose dicha acción “en una simple instancia de análisis de legalidad de resoluciones administrativas, en que se da por sentado que el acto administrativo afecta el

derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por autorizar la ejecución del proyecto”¹⁴.

El legislador define expresamente qué se entiende por medio ambiente libre de contaminación en la letra m) del artículo 2º de la ley 19.300 como “aquel en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.

De igual forma, el Tribunal Constitucional (TC) dispuso el año 2007 que:

“jurídicamente contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos [...]. De tal forma, mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante”¹⁵.

De lo resuelto por el TC puede concluirse que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ve “afectado” cuando una norma es infringida y producto de su transgresión se produce contaminación o eventualmente daño al medio ambiente. De igual forma, si un impacto ambiental es significativo corresponderá mitigar, compensar o reparar dichos impactos. Si dichas medidas son, además, apropiadas de acuerdo a la opinión fundada de la Comisión de Evaluación o no corresponde pedir las pues dicho impacto no es significativo, estaremos en presencia de un ambiente libre de

¹⁴ BOETTIGER (2013) p. 484.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de abril de 2007, rol 577-2006, considerando 13º.

contaminación y de un Estado que “vela” para que ese derecho no sea afectado.

Si bien existe un margen de valoración para determinar si corresponde o no aplicar el tipo de medidas señaladas, se hace indispensable que los tribunales expliquen por qué estas no serían efectivas para mitigar o compensar el impacto y en razón de que el Estado, por intermedio de la Comisión de Evaluación, no estaría “velando” por la protección de este derecho. Pues bien, nada de esto expresa la CS al adherir al razonamiento de la Corte de Apelaciones de Concepción. No explica, fundadamente, dónde está la privación, perturbación, amenaza, impedimento, suspensión o restricción al ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación al no haberse justificado adecuadamente por qué no procedía realizar un EIA. No hay una fundamentación por parte de la CS respecto al cómo y cuándo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se vería “afectado”, lo que ya es, en general, parte de una tendencia que la CS ha empezado a exhibir en diversos fallos, tal como lo prueban parte de los casos que al comienzo de este trabajo citamos. En razón de lo expuesto no se pretende minimizar la importancia del rol preventivo y no reparativo que tiene la acción de protección ni tampoco excluir la “amenaza” como fuente de la “afectación”, pero si la CS pretende extender ese vínculo causal a la falta de fundamentación de un acuerdo en una votación que da origen a una RCA, debe justificarlo con razones que permitan dilucidar claramente lo cierta, actual, precisa y concreta que puede llegar a ser esa afectación en el caso concreto.

Se está empezando a omitir toda mención a la relación de causalidad entre la acción u omisión ilegal y la afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Teniendo presente que la acción de protección es rápida y no hay prueba, demostrar la causalidad es un aspecto esencial en el éxito de este tipo de acciones que no puede ser soslayado. La mera ilegalidad de un acto administrativo (la falta de fundamentación en este caso) no genera, automáticamente, la afectación a una garantía reconocida en la CPR. Esta acción constitucional no se resuelve en abstracto y ese parece ser el criterio que, al menos respecto de esta garantía, estaría adoptando la CS desde *Campiche*¹⁶.

¹⁶ Sentencia de 22 de junio de 2009, de la Corte Suprema, rol 1219-2009.

El criterio de la afectación que el propio artículo 20 de la CPR exige, había sido, por lo demás, la forma en que la CS durante la década anterior, resolvió, en general, este tipo de asuntos, señalando que:

“Por todo lo expuesto, queda en evidencia que lo que verdaderamente ocasionaría el agravio que se alega, sería la concreción misma del proyecto, esto es, el levantamiento del muro del tranque de relaves, más no la resolución impugnada, que viene a constituir un acto administrativo intermedio, tendiente a conseguir una autorización final para dicho objetivo. Esto es, el agravio lo causaría el aumento de capacidad en el referido tranque de relaves y la prolongación de su funcionamiento o vida útil”¹⁷.

De igual forma la CS ha dispuesto que:

“Como resultado de esa falta, tampoco explica la manera en que estos cambios de que fue objeto el Plan Regulador vulnerarían la garantía constitucional invocada, presupuesto ineludible para que prospere esta acción cautelar, pues solo así se permite que la Corte pueda adoptar las medidas de resguardo requeridas para el establecimiento del derecho amagado”¹⁸.

El cambio de tendencia descrito ha ido debilitando las exigencias para interponer esta acción, llevando a que meras ilegalidades, fundadas o no, deriven, inevitablemente, sin mayor consideración respecto al vínculo causal o la afectación que la CPR exige respecto de este derecho, a que se prescinda de este vital análisis. Esta tendencia debe ser enmendada y ajustada a lo que la propia CPR dispone, pues los supuestos ambientales que dan origen a esta acción (cuando se invoca el artículo 19 N° 8 de la CPR) han cedido ante un mero control de legalidad de actuaciones administrativas, propio del contencioso administrativo, que a futuro debiese ser conocido por los Tribunales Ambientales.

¹⁷ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3426-2008, confirmada por la Corte Suprema con fecha 22 de enero de 2009, rol 6477-2008. En CONAMA (2008), p. 34.

¹⁸ Sentencia de 27 de agosto de 2009, rol 3132-2009 y rol 3136-2009, considerando 4°, en GUZMÁN (2010).

3.6 Alcance de la decisión

Al terminar, la sentencia señala

“que resulta estrictamente necesario que se concluya el procedimiento administrativo con un acuerdo válido, en el cual los distintos integrantes de la comisión recurrida expliciten las razones por las cuales a su juicio no se producen los efectos ambientales señalados en el artículo 11 de la Ley N° 19300, razón por la que esta Corte dispondrá las medidas que se señalarán en lo dispositivo... debiendo el Presidente de la aludida comisión adoptar las medidas necesarias para citar a una nueva sesión a los miembros de la misma para los efectos de llevar a cabo una nueva votación” (considerando 6°).

Es decir, la CS ordena retrotraer el procedimiento para que la votación vuelva a realizarse debiendo sus miembros expresar los motivos fundados que los llevaron a tomar dicha decisión. Le pide al intendente que cite a una nueva Comisión de Evaluación y se vote de nuevo, no sustituyendo las competencias propias del órgano llamado por ley a calificar el proyecto¹⁹.

Bajo una lógica procedimental, la CS anula el acuerdo y fija un origen en la ilegalidad (el acuerdo sin fundamentación adecuada respecto a la procedencia o no de un EIA) y desde ahí expande el vicio a los actos posteriores del procedimiento hasta llegar a la RCA. Al adoptarse esta decisión, que procedimentalmente es correcta, pues el vicio a juicio de la CS se produce en una etapa tardía, no se anula todo el procedimiento, sino el acto y las posteriores actuaciones fundadas en él.

No obstante, siguiendo la lógica de la CS bastaría que se fundamente el voto por parte de los miembros de la Comisión de Evaluación en base a los argumentos que ella exige para que el proyecto no afecte el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ¿puede una votación, infundada en opinión de la CS, afectar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? ¿Bastaría entonces que se fundamente el voto en los términos descritos y dicha afectación no se produciría? ¿Es razonable una

¹⁹ Se deja constancia que a la fecha en que este trabajo es enviado para su revisión, la Comisión de Evaluación de la Región del Biobío no había vuelto a sesionar con la finalidad de pronunciarse respecto del proyecto.

postura como esta? En esa línea, si se explica fundadamente que el proyecto no requería de un EIA en la sesión convocada al efecto, no habría afectación al derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la Comisión de Evaluación habría cumplido con el deber de hacer lo que la CS le exige.

En opinión de la CS, una fundamentación del voto de los miembros de la Comisión de Evaluación en los términos que ella requiere –y no los efectos o impactos del proyecto en concreto– permitiría vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Así, los alcances de la sentencia prueban, nuevamente, la deficiente argumentación de la CS en orden a precisar la afectación que sufriría el medio ambiente si el proyecto es realizado.

4. CONCLUSIONES

Se valora la sentencia en orden a reafirmar la importancia de la fundamentación de los actos administrativos. No obstante, respecto del SEIA la CS requirió un estándar de fundamentación que la propia realidad del SEIA y las competencias propias de cada servicio público participante en la evaluación y calificación de los proyectos, no ameritaba, en este caso, exigir. Asimismo, no nos parece que deba analizarse de manera laxa la forma en que un acto u omisión ilegal afecta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La CS omite una adecuada fundamentación respecto al vínculo causal y concreto entre el acto que se impugna y la afectación del derecho, tendencia que afecta la seguridad jurídica y que a futuro, esperamos, sea corregida.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

DROMI, Roberto (2003): *Sistema y Valores Administrativos* (Ciudad Argentina).

COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (CONAMA) (2008): *Jurisprudencia, SEIA, Planes y Normas* (División Jurídica).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011): *Democracia, Ley e Inmuni-dades del Poder*. Segunda Edición (Civitas Thomson Reuters).

GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2010): *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile. Aspectos Sustantivos y Adjetivos, Historio, Doctrina y Jurisprudencia*. Segunda Edición Actualizada (Abeledo Perrot LegalPublishing).

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003): *Teoría General del Derecho Administrativo* (Marcial Pons).

2. Artículos de revista y otros documentos de publicación periódica

BOETTIGER PHILLIPS, Camila (2013): “Puerto y Central Castilla: Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema”, *Actualidad Jurídica*, Vol. XX, pp. 477- 489.

CORDERO VEGA, Luis (2005): “Entre la deferencia, los estándares de control judicial y los procedimientos administrativos”, *Revista de Derecho Público* N° 65, Universidad de Chile, pp. 443-453.

PARODI TABAK, Alejandro (2011): “Dos sentencias de la Corte Suprema: De “punto final” y de “puntos suspensivos”, en Rodrigo DELAVEAU SWETT (Ed.) *Sentencias Destacadas 2010* (Ediciones LyD), pp. 163-186.

3. Jurisprudencia Judicial

Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de abril de 2007, Rol 577 -2006. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl [Fecha consulta: 30 de enero de 2013].

Sentencia de la Corte Suprema de fecha 3 de septiembre de 2008, Rol N° 3426-2008. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha consulta: 31 de enero de 2013].

Sentencia de la Corte Suprema de fecha 22 de junio de 2009, Rol N° 1219-2009. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 4 de febrero de 2013].

Sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de agosto de 2009, Rol N° 3132-2009 y Rol N° 3136-2009. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha consulta: 31 de enero de 2013].

Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de noviembre de 2012, Rol N° 7071-2012. Disponible en www.poderjudicial.cl[Fecha consulta: 31 de enero de 2013].

4. Jurisprudencia administrativa

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 33006, de 12 de diciembre de 1984. Disponible en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset> [Fecha consulta: 18 de febrero de 2013].

5. Otras fuentes

CORDERO VEGA, LUIS (2013): “La RCA y la fundamentación de las decisiones administrativas”, *El Mercurio Legal*, 25 de enero de 2013. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/01/25/La-RCA-y-la-fundamentacion-de-las-decisiones-administrativas.aspx> [Fecha consulta: 1 de febrero de 2013].