

# ALTOS DE PUYAI, ¿UNA REVOLUCIÓN EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL?

(COMENTARIO A FALLOS ROLES N° 15.499-2018, N° 15.500-2018 Y N° 15.551-2018, DE LA CORTE SUPREMA)

**SILVIA BERTAZZO**

**RESUMEN:** el presente trabajo analiza los fallos recaídos en los recursos de protección referidos al proyecto inmobiliario de Altos de Puyai, en que la Corte Suprema acoge dichos recursos y dictamina la necesidad de ingresar una consulta de pertinencia al Servicio de Evaluación Ambiental. El comentario se enfoca en el principal argumento de la Corte, según el cual la existencia de un riesgo de producir daños al medio ambiente determinaría la obligatoriedad de evaluar el impacto ambiental de un determinado proyecto. En el comentario nos alejamos de esa postura, que desconoce el carácter taxativo del listado contenido en el artículo 10 de la Ley N° 19.300. Asimismo, se analiza la naturaleza de la consulta de pertinencia, que deriva del derecho de petición garantizado en la Constitución, y presenta algunos límites, tanto teóricos como prácticos.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Recurso de Protección, Consulta de Pertinencia.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en el derecho comparado. 3. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile. 4. El ingreso voluntario al SEIA. 5. El sometimiento al SEIA no se funda en un criterio de riesgo. 6. La consulta de pertinencia. Naturaleza y límites. 7. Deferencia o no deferencia y una posible alternativa. 8. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los fallos objeto del presente comentario recaen sobre 3 recursos de protección (Roles N° 15.499-2018, N° 15.500-2018 y N° 15.551-2018<sup>1</sup>) resueltos por la Corte Suprema el 24 de diciembre de 2018. Se trata de tres sentencias unánimes dictadas bajo el mismo razona-

<sup>1</sup> *Garín Palma con Dirección de Obras Municipales de Papudo y otro (2018); Vásquez Acevedo y otros con Promotora Habitacional Prohabit Limitada y otro (2018); Marambio Reyes con Prohabit Ltda. y otro (2018)*, respectivamente.

miento y relacionadas con los mismos hechos: la construcción del proyecto inmobiliario Altos de Puyai, en la Comuna de Papudo, región de Valparaíso.

En los distintos recursos protección, presentados respectivamente contra la Dirección de Obras Municipales de Papudo y de su Director de Obras; contra la Promotora Habitacional Prohabit Limitada y el Consorcio Punta Puyai S.A.; contra Prohabit Ltda. y nuevamente la Dirección de Obras Municipales de Papudo; se denuncia, en definitiva, la edificación del proyecto Altos de Puyai en los faldeos y sobre la loma del cerro Lilén, al amparo del Permiso de Edificación N° 46/2017, de 20 de diciembre de 2017, otorgado por la Dirección de Obras Municipales de Papudo, sin que el proyecto se haya sometido previamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y cuente con Resolución de Calificación Ambiental favorable.

Los recurrentes alegan en particular que la construcción del proyecto aludido *“ha implicado la demolición de una parte del cerro, la destrucción de la flora nativa existente en el lugar y que contempla el levantamiento de taludes que arriesgan derrumbarse sobre las casas en caso de lluvias u otros fenómenos naturales”*<sup>2</sup>. En fin, indican que la realización del proyecto, que ha comportado la destrucción de los caminos de evacuación y del punto seguro de encuentro en caso de emergencias (en particular modo tsunami), involucra *“riesgos para la vida o la integridad de los vecinos del sector”*.

Muy en síntesis, cabe destacar que la Corte de Apelaciones de Valparaíso había rechazado los recursos de protección interpuestos y que la Dirección de Obras Municipales había paralizado las obras, proponiendo una serie de medidas de mitigación (para poder alzar la paralización antedicha), las cuales, sin embargo, fueron consideradas insuficientes por los recurrentes<sup>3</sup>.

El caso presenta varias aristas de interés en materia de evaluación de impacto ambiental y de control judicial sobre estos asuntos, temas que vamos a analizar en los siguientes párrafos.

<sup>2</sup> *Marambio Reyes con Prohabit Ltda. y otro* (2018), considerando 1°.

<sup>3</sup> Ver en particular *Garín Palma con Dirección de Obras Municipales de Papudo y otro* (2018).

## 2. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO

La evaluación de impacto ambiental es un instrumento de gestión ambiental<sup>4</sup> de carácter preventivo<sup>5</sup> cuyo objetivo consiste *grosso modo* en pronosticar, analizar y ponderar los impactos que un proyecto puede provocar en el medio ambiente. Constituye, cuanto menos en su versión original, un instrumento de conocimiento y no de deliberación, pues los informes, estudios y resultados arrojados por la evaluación son utilizados solo en un segundo momento para efectos de adoptar decisiones, como la de autorizar o prohibir una determinada actividad, y definir en ese contexto medidas adecuadas de tutela ambiental<sup>6</sup>.

En el derecho comparado se reconocen distintos sistemas de evaluación de impacto ambiental, que se distinguen, *inter alia*, según las modalidades de entrada y los factores que determinan el sometimiento de los proyectos a un procedimiento de evaluación.

Mientras la legislación federal de Estados Unidos, indicada por muchos autores como el primer ejemplo de aplicación de este instrumento<sup>7</sup>, presenta una cierta flexibilidad en definir los proyectos respecto de los cuales procede la evaluación<sup>8</sup>, en la Unión Europea, bajo la Directiva 2011/92/UE, se contemplan dos caminos distintos: por un lado, se adopta un sistema de lista cerrada y se establece que los proyectos enumerados en el anexo I serán objeto de una evaluación de impacto ambiental obligatoria<sup>9</sup>; por el otro, respecto de los proyectos enumerados en el anexo II, serán los Estados miembros quienes determinarán si la actividad debe o no ser sometida a una evaluación, mediante un estudio caso por caso o mediante umbrales o criterios establecidos por la legislación nacional (o una combinación de ambos criterios). Por ejemplo, la

<sup>4</sup> Los instrumentos de gestión ambiental son definidos como un “conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección ambiental”; BERMÚDEZ (2002), p. 423.

<sup>5</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 263.

<sup>6</sup> En este sentido, ver la doctrina mencionada en ASTORGA (2017), pp. 84 ss. y HOLDER (2006), p. 14.

<sup>7</sup> ASTORGA (2017), p. 96.

<sup>8</sup> ASTORGA (2017), p. 97. En detalles, ver *National Environmental Policy Act of 1969*. Sec. 102 [42 USC § 4332].

<sup>9</sup> Artículo 4.1, Directiva 2011/92/UE.

normativa italiana de recepción cuenta con una lista de proyectos que obligatoriamente se someten a la evaluación, al presentar determinados estándares<sup>10</sup>, pero también establece una puerta de entrada más flexible y otorga la facultad al promotor (en el lenguaje de la Directiva) de presentar a la autoridad competente el proyecto y el estudio preliminares. Este procedimiento, conocido también como *screening* o “*verifica di assoggettabilità*”<sup>11</sup>, tiene la finalidad de permitir que la autoridad competente verifique si el proyecto presenta posibles impactos negativos y significativos en el medio ambiente. La decisión final no constituye un acto autorizatorio, sino más bien determina la obligatoriedad o no de someter el proyecto a evaluación. Por otra parte, a este mecanismo puede seguir el procedimiento de *scoping*, que se refiere a una etapa de consultación (iniciada a requerimiento del proponente o de la misma autoridad), en la cual la autoridad competente y los demás sujetos públicos con competencias ambientales pueden definir el alcance de las informaciones que el titular debe transmitir, el nivel de detalles, y las metodologías que se deben adoptar para la elaboración del estudio de impacto ambiental<sup>12</sup>.

Destacamos, asimismo, que, en el sistema europeo de evaluación ambiental, al presentar el estudio el proponente debe indicar las “*principales alternativas examinadas*”<sup>13</sup> (lo que comprende también la opción “0”, o sea no realizar el proyecto<sup>14</sup>) y los motivos de por qué se ha decidido por la solución propuesta en el proyecto que se pretende realizar.

### 3. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN CHILE

La evaluación de impacto ambiental en Chile asume finalidades y características distintas de los instrumentos homólogos en el derecho comparado. En primer lugar, como ha sido señalado también en la doctrina, el legislador chileno optó por un sistema de lista<sup>15</sup>:

<sup>10</sup> Artículo 19, inciso 10°, Decreto Legislativo N° 152 de 2006.

<sup>11</sup> Artículo 19, Decreto Legislativo N° 152 de 2006.

<sup>12</sup> Artículos 20 y 21, Decreto Legislativo N° 152 de 2006.

<sup>13</sup> Artículo 5, considerando 3, letra d), Directiva.

<sup>14</sup> Artículos 22, inciso 3°, letra d), Decreto Legislativo N° 152 de 2006.

<sup>15</sup> ASTORGA (2017), 162.

“una lista teóricamente taxativa que establece en forma exclusiva cuáles son los proyectos obligados a someterse al SEIA”<sup>16</sup>. Además, se distingue por la naturaleza del acto terminal del procedimiento, que en Chile configura un acto administrativo favorable, una verdadera autorización de funcionamiento u operativa (según las denominaciones ocupadas por la doctrina española<sup>17</sup>), mientras en otros ordenamientos el acto final tiende a asumir la connotación de un informe, que puede ser parcialmente vinculante<sup>18</sup>, aunque esta conclusión sufre algunos matices según el tipo de normativa aplicable.

Las razones de esta diversidad se encuentran en el contexto en que se gestó la Ley N° 19.300, y se transparentan en el Mensaje Presidencial<sup>19</sup> y en el debate parlamentario que llevó a la aprobación de la misma Ley. En el Mensaje se deja claro que no es objetivo del Proyecto “que todos los proyectos, de cualquier naturaleza y envergadura, estén sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental”<sup>20</sup>, lo que coincide con el principio del gradualismo enunciado en el mismo texto<sup>21</sup>. Asimismo, en el primer Informe de la Comisión de Medio Ambiente se hace hincapié en el hecho que la obligatoriedad del sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental concierne solo a ciertas actividades y proyectos indicados en un “exhaustivo listado” (lo que no excluye “la presentación voluntaria de una Declaración de Impacto Ambiental”)<sup>22</sup>. También es relevante, para el presente comentario, recordar que en el trabajo parlamentario se introdujeron “diversas modificaciones a esta disposición con el propósito de establecer, con la mayor certeza posible, qué proyectos y actividades deberán someterse al sistema de que se trata y cuáles quedarán al margen del mismo. Para ello incorporó elementos objetivos y cuantificables a algunas de sus letras”<sup>23</sup> (el subrayado es de nosotros). Resulta, por lo tanto, muy evidente la intención de legislador chileno de delimitar el campo de aplicación de este instrumento de gestión ambiental y de dejar un margen de discrecionalidad acotado

<sup>16</sup> ASTORGA (2017), 163.

<sup>17</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006), pp. 139-140.

<sup>18</sup> LUGARESI (2012), p. 74.

<sup>19</sup> Mensaje N° 387-324 de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley. Fecha 14 de septiembre, 1992.

<sup>20</sup> Historia de la Ley N° 19.300, p. 10.

<sup>21</sup> Historia de la Ley N° 19.300, p. 11 y 16.

<sup>22</sup> Historia de la Ley N° 19.300, p. 47.

<sup>23</sup> Historia de la Ley N° 19.300, p. 48.

tanto al ejercicio de la potestad reglamentaria, como a la actuación de las autoridades administrativas competentes.

La opción chilena por una lista cerrada de proyectos y actividades que obligatoriamente deben someterse al SEIA nos parece acorde con el marco constitucional en materia medioambiental y, en particular, con lo establecido por el artículo 19, N° 8, inciso 2° de la Constitución Política de la República, en el cual se dispone que “*la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”.

De esta norma se han dado distintas interpretaciones en la doctrina. Según Bermúdez<sup>24</sup>, la disposición “*establece una cláusula genérica de limitación a los derechos o libertades con la finalidad de proteger el medio ambiente*”, y otorgaría, por ende, “*un lugar de preeminencia*” a la tutela del medio ambiente “*frente a otros derechos y bienes jurídicos*”. De esta consideración llega a concluir, en primer lugar, que existe un “*mandato negativo al legislador*”, que le prohíbe a este último reducir la protección ambiental “*en aras de un crecimiento económico irrestricto*”<sup>25</sup>. Asimismo, el autor interpreta los requisitos que las limitaciones deben cumplir para no ser tachadas de inconstitucionalidad, y sostiene que el de la especificidad se refiere exclusivamente a la “*intensidad de la regulación legal*”<sup>26</sup>, o sea, a la naturaleza de las restricciones, y no al ámbito de aplicación de las mismas, lo que permitiría el ejercicio de la potestad reglamentaria para efectos de definir el número de casos que dichas restricciones eventualmente abarcan. Por otra parte, Lavín tiene una postura distinta, y afirma que tales restricciones no solo deben ser establecidas por la ley, sino que además, estas deben explicitar claramente los derechos que se ven afectados y definirse “*en forma precisa y completa*”<sup>27</sup>: sería necesario, por lo tanto, definir claramente no solo el tipo de restricción sino también el ámbito de su aplicación. Bajo esta lectura, la Constitución chilena se demuestra más exigente con el legislador en materia de protección ambiental<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> BERMÚDEZ (2014), pp. 152 y ss.

<sup>25</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 155.

<sup>26</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 157.

<sup>27</sup> LAVÍN (1998), p. 183.

<sup>28</sup> Concordamos en este sentido con GUILLOFF (2011).

En esta línea, concordamos con el análisis de Guiloff, el cual considera que “*el artículo 19 N° 8 inciso 2 protege el medio ambiente, aunque tomando todos los resguardos necesarios para que su protección no afecte la de los derechos de contenido económico*” y que la disposición constitucional “*reduce el margen de apreciación de la Administración para determinar medidas que puedan proteger este derecho, resguardando, de esta manera, a los derechos fundamentales de contenido económico*”<sup>29</sup>. Es cierto que esta postura puede resultar poco favorable para la tutela del medio ambiente<sup>30</sup>, porque reduce el nivel de flexibilidad que la Administración podría requerir para proteger un bien de por sí dinámico, sujeto a constantes modificaciones y a amenazas antes inexistentes, y que se presentan a raíz del desarrollo de nuevos productos y tecnologías.

Es interesante que en el mismo trabajo Guiloff, como ejemplo de restricción conforme al artículo 19, N° 8, inciso 2°, indica justo el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y afirma al respecto que: “*(D)icha disposición enumera taxativamente, aunque con mayor o menor determinación, aquellas actividades que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. La obligación de someterse a dicho sistema, sea a través de una Declaración de Impacto Ambiental y sobre todo a través de un Estudio de Impacto Ambiental, acarrea costos económicos para el desarrollo de todas las actividades enumeradas en esa disposición. De forma tal que, en la medida que una determinada actividad económica queda fuera de esa enumeración, menores son los costos que irroga su realización*”<sup>31</sup>.

Las figuras tipificadas de forma general en la ley resultan después especificadas, o debieran serlo<sup>32</sup>, en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante RSEIA o D.S. N° 40 de 2013), como manifestación de la colaboración de la potestad reglamentaria, operación que es permitida y considerada respetuosa de la reserva legal hasta en ámbitos (por ejemplo, en el ejercicio de la potestad sancionadora) donde la aplicación de esta

<sup>29</sup> GUILOFF (2011), p. 157.

<sup>30</sup> Sobre el punto nos remitimos a las críticas del mismo GUILOFF (2011).

<sup>31</sup> GUILOFF (2011), p. 165.

<sup>32</sup> En realidad, respecto de algunas categorías de proyecto tampoco el RSEIA entra en detalles. Ver, por ejemplo, las letras j) y p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 de 1994 y del artículo 3 del D.S. 40 de 2013. Ver la crítica en BORDALÍ y HUNTER (2017), p. 77.

resulta particularmente estricta<sup>33</sup>. Sin embargo, tanto en la ley como en reglamento se mantiene un sistema de lista cerrada.

En fin, nuestra interpretación concuerda con la doctrina que señala que *“el elemento que determina el sometimiento al SEIA es la inclusión o no del proyecto o actividad en los listados señalados en la ley (art. 10) y el reglamento (art. 3) y no el impacto ambiental que se prevé ocasionará aquel”*<sup>34</sup>; como consecuencia, *“todos aquellos proyectos o actividades que se encuentran fuera de las enumeraciones legales y reglamentarias quedarán eximidos del SEIA, independientemente del impacto ambiental que estos puedan producir”*<sup>35</sup>.

#### 4. EL INGRESO VOLUNTARIO AL SEIA

Esta primera conclusión no es desvirtuada por la posibilidad de que algunos proyectos ingresen de forma voluntaria al SEIA. Efectivamente, no solo los proyectos listados en el artículo 10 pueden (deben) ser sometidos a evaluación de impacto ambiental: en virtud del artículo 9 de la Ley N° 19.300, también *“aquellos no comprendidos en dicho artículo podrán acogerse voluntariamente al sistema previsto en este párrafo”*. La formulación de esta disposición nos parece muy clara y apunta a lo que vamos sosteniendo en este trabajo, o sea que existen dos caminos: el ingreso obligatorio, que se aplica a las categorías de proyectos enumeradas en el artículo 10 (y detalladas en el artículo 3 del Reglamento SEIA) y el facultativo, para los demás proyectos que no se encuentran en el listado taxativo.

Como ha sido señalado por la doctrina, *“resulta curiosa la posibilidad que contempla el modelo chileno, de “ingresar voluntariamente” al Sistema... Más que una carga pareciera que este modelo establece la Evaluación de Impacto Ambiental como un beneficio o garantía frente al Estado... esta es la consecuencia de un diseño que –al menos en apariencia– corresponde al de un procedimiento de simplificación administrativa más que al de un Sistema de Evaluación propiamente tal”*<sup>36</sup>. Los motivos que justifican la decisión de ingresar de forma facultativa al SEIA pueden ser distintos, *“por ejemplo mejora de la*

<sup>33</sup> CORDERO (2014), p. 413; GUILOFF (2012).

<sup>34</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 279.

<sup>35</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 304. El subrayado es nuestro.

<sup>36</sup> ASTORGA (2017), pp. 164-165.



*imagen pública del proyecto y aumento de la confianza en el mismo, compromiso con la protección ambiental, necesidad de financiamiento extranjero, etc.*”<sup>37</sup>. Un incentivo importante para los operadores que desarrollan proyectos de inversión consiste en la peculiar configuración del procedimiento de evaluación de impacto ambiental chileno, que opera como una “ventanilla única ambiental” y un mecanismo de simplificación administrativa<sup>38</sup>. Sobre este punto, recordamos que “[T]odos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de este párrafo y su reglamento”<sup>39</sup>. Asimismo, al obtener una Resolución de Calificación Ambiental favorable, el titular podrá exigir las autorizaciones correspondientes a los organismos del Estado encargados de otorgar o pronunciarse sobre los permisos ambientales sectoriales, pues el acto terminal del procedimiento de evaluación produce el efecto de certificar que el proyecto “*cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes*”<sup>40</sup>. Lo anterior convierte el sistema actual en un mecanismo bastante atractivo también para los proyectos que *a priori* no debieran someterse a evaluación de impacto ambiental<sup>41</sup>.

## 5. EL SOMETIMIENTO AL SEIA NO SE FUNDA EN UN CRITERIO DE RIESGO

Por las consideraciones desarrolladas en los párrafos anteriores, no podemos concordar con lo afirmado en el considerando octavo de la sentencia dictada en el Recurso de Protección Ambiental Rol N° 15.500-2018, en el cual la Corte Suprema afirma que “*se hace necesario que cuando existe riesgo de producir los daños a que se refiere*

<sup>37</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 306.

<sup>38</sup> ASTORGA (2017), p. 165.

<sup>39</sup> Artículo 8, inciso 2°, Ley N° 19.300 de 1994.

<sup>40</sup> Artículo 24, inciso 4°, Ley N° 19.300 de 1994.

<sup>41</sup> Uno de los casos emblemáticos, sobre todo por su historia judicial, fue el proyecto denominado “Río Cóndor”, que la Empresa Forestal Trillium Ltda. sometió voluntariamente al SEIA con el fin de analizar sus impactos ambientales. Para un comentario sobre este caso ver BORDALÍ (1997).

*el artículo 2° letra e), se evalúe el impacto ambiental que puede producir un determinado proyecto”* (el subrayado es de nosotros).

Se trata de una aserción muy general, que no se condice con el sistema actualmente vigente en Chile en materia de evaluación de impacto ambiental, en el cual están identificadas de forma taxativa las causales de ingreso, en la ley y en el reglamento. El “riesgo” no es de por sí un factor determinante para dirimir si un proyecto o actividad debe sujetarse al SEIA.

Esto no impide que ese criterio opere en otros planos.

En relación con algunas de las categorías del artículo 10 de la Ley N° 19.300, en efecto, el sometimiento a evaluación de impacto ambiental bien podría ser determinado por el posible riesgo de daños ambientales irreversibles, en aplicación del principio precautorio<sup>42</sup>. Este razonamiento bien podría aplicarse cuando ni la ley ni el reglamento establecen umbrales objetivos: el caso más evidente es dado por la letra p) de la disposición aludida, que se refiere a la “[E]jecución 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”. El Reglamento tampoco especifica qué tipo de actividades o proyectos debieran someterse al SEIA en virtud de este artículo; sin embargo, atendiendo la naturaleza y finalidad del SEIA, que no se aplica a todo tipo de actividad, sino más bien a las que presenten un impacto ambiental significativo, es dable a entender que solo ciertos proyectos debieran ser evaluados ambientalmente<sup>43</sup>. En esta línea, se podría considerar que

<sup>42</sup> Este principio no está mencionado explícitamente en la Ley N° 19.300; sin embargo, ahora puede considerarse parte integrante del derecho ambiental chileno. Ver Costa (2015), Harris (2016). En la jurisprudencia, la Corte Suprema ha afirmado que “es necesario tener presente que en materia de resolución judicial de los conflictos jurídicos medioambientales opera el principio de la precaución, esto es, que quienes deben tomar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental, todo ello para dar una adecuada protección a los afectados, en la especie, al Estado de Chile”. Ver *Estado de Chile con Empresa Minimal Enterprises Company* (2014). Ver también *Comité ProDefensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón* (2013).

<sup>43</sup> En este sentido también HUNTER (2012).

no solo los que al ser desarrollados provocarán efectos adversos en el medio ambiente, sino también los que potencialmente conllevan riesgos no aceptables, aun cuando no exista certidumbre científica al respecto. Esta conclusión es corroborada también por la jurisprudencia administrativa. Sobre la letra p) se pronunció, en efecto, la Contraloría General de la República, sosteniendo que *“no todo proyecto o actividad que se pretende ejecutar en un área que se encuentra bajo protección oficial debe necesariamente ser sometido al SEIA, sino solo aquellos que resultan relevantes desde el punto de vista del impacto ambiental que pueden provocar”*<sup>44</sup>. Como consecuencia, la sola circunstancia de que un proyecto se desarrolle en una de las áreas previstas en la letra p), no sería suficiente para concluir que el mismo obligatoriamente debe ingresar al SEIA, *“pues el artículo 10 de la ley N° 19.300 exige, además, que se trate de proyectos o actividades “susceptibles de causar impacto ambiental”*<sup>45</sup>. En esta apreciación de la “susceptibilidad de causar impactos” se debiera considerar tanto el peligro (cierto, conocido) de alteraciones del medio ambiente como el potencial riesgo de que las mismas se verifiquen. En este sentido se ha expresado también la Corte Suprema en el reclamo de ilegalidad del conocido caso del Hotel Punta Piqueros, que afectaba el borde costero de Concón y en el cual se afirmó que *“cuando una actividad económica represente riesgos para el medio ambiente, aun cuando no exista certeza de los mismos, deben adoptarse las medidas que permitan resguardar el ambiente, pues su degradación afecta a toda la comunidad al impactar en el medio y la calidad de vida en la cual todos compartimos y nos desarrollamos”*<sup>46</sup>.

En segundo lugar, el concepto de “riesgo” puede ser ocupado al momento de distinguir los proyectos que deben ingresar a través de

<sup>44</sup> CGR, Dictamen N° 48.164 de 2016.

<sup>45</sup> CGR, Dictamen N° 48.164 de 2016.

<sup>46</sup> Ver *Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón* (2013), considerando 16°. Ver también considerando 21° en el cual se precisa que *“se trata de la ejecución de una obra dentro de un área, como es el borde costero, que se halla especialmente protegida, circunstancia que hacía necesario su ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental pues además presenta o genera de manera evidente alguna de las características que describe el artículo 11 de la Ley N° 19.300, que tornan exigible un Estudio de Impacto Ambiental, tales como su localización en un área cuyo valor ambiental es susceptible de ser afectado y la alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona”*.

una Declaración de Impacto Ambiental o a través de un Estudio de Impacto Ambiental.

Si leemos el artículo 11 de la Ley N° 19.300, en efecto, hay algunas causales respecto de las cuales se podría aplicar un enfoque precautorio. Nos referimos, por ejemplo, a la letra a), que se refiere al “[R]iesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos”. Recordamos al respecto que en este caso el “riesgo” (o, mejor dicho, el impacto<sup>47</sup>) se mide no solo mediante la comparación con los valores establecidos en las normas nacionales o extranjeras de referencia<sup>48</sup>, sino también, a falta de tales normas, haciendo referencia a “[L]a exposición a contaminantes debido al impacto de las emisiones y efluentes sobre los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire” (letra c) y a “[L]a exposición a contaminantes debido al impacto generado por el manejo de residuos sobre los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire” (letra d). En ambos casos, la remisión al concepto de contaminante, que en la Ley N° 19.300 queda estrechamente vinculado a la existencia de un “riesgo”<sup>49</sup> permite superar la rigidez de un sistema fundado en parámetros cuantitativos establecidos por las normas, y garantiza una cierta flexibilidad al momento de determinar si un proyecto debe ingresar al SEIA por medio de una Declaración o de un Estudio de Impacto Ambiental. Recordamos, asimismo, que en el caso de la letra a) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 de 1994, y a falta de normas, el titular del proyecto en su Estudio de Impacto Ambiental debe considerar un capítulo específico relativo a los “potenciales riesgos” (o sea impactos) que el proyecto o actividad podría generar en la salud de las personas<sup>50</sup>. Esta herramienta permitiría introducir, de forma supletoria y frente a los vacíos normativos, un enfoque precautorio en la evaluación de dichos impactos.

Sin embargo, cabe destacar que el artículo 11 se aplica de forma excepcional, solo en relación con los proyectos que deben someterse

<sup>47</sup> Ver Oficio Ordinario N° 180972 de 2018.

<sup>48</sup> Ver artículo 5, Decreto Supremo N° 40 de 2013.

<sup>49</sup> Ver artículo 2°, letra d), Ley N° 19.300 de 1994: “*Todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*”.

<sup>50</sup> Artículo 18, inciso 1°, letra h), Decreto Supremo N° 40 de 2013.

al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental. Se podría decir que estos proyectos constituyen un conjunto más restringido dentro de la categoría más amplia de las actividades sujetas a evaluación de impacto ambiental: la DIA debiera configurar la regla, el EIA la excepción. Por este motivo, no se justifica la alusión general al artículo 11 en el considerando duodécimo de la sentencia recaída en el recurso de protección Rol N° 15.500-2018, siempre que los sentenciadores, sin decirlo explícitamente, no estén asumiendo que el proyecto, además de ingresar al SEIA, debe hacerlo por la vía de un Estudio de Impacto Ambiental. Pero, como ya se anticipó, la secuencia correcta es verificar primero si el proyecto recae en las categorías del artículo 10, y solo en segundo momento ponderar si presenta uno de los efectos, características o circunstancias de la disposición siguiente. En esta línea, discrepamos del criterio jurisprudencial que hace aplicable el SEIA, por verificarse una situación contemplada en el artículo 11, también a proyectos que no se encuentran dentro de las hipótesis del artículo 10<sup>51</sup>.

Sobre este punto, aprovechamos para destacar una diferencia relevante entre el proyecto Altos de Puyai y el Hotel Punta Piqueros, ya citado: en el segundo caso se trataba de la construcción de un proyecto hotelero en una zona definida por el Plan Regulador Comunal como Litoral Marítimo, en un área que por sus características podríamos calificar entre las “colocadas bajo protección oficial”, según la nomenclatura de la letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300. Como ya mencionamos, en relación con los proyectos que se realicen en dichas áreas la normativa ambiental mantiene un criterio más flexible al determinar el sometimiento al SEIA, fundado en la susceptibilidad de provocar impactos ambientales<sup>52</sup>. Distinto es el caso del proyecto objeto del presente comentario, pues en relación con los desarrollos inmobiliarios se fijan parámetros más rígidos, anclados por un lado al emplazamiento del proyecto en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados estratégicamente (artículo 10, letra g, Ley N° 19.300) o en zonas declaradas

<sup>51</sup> Corporación Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar y otra con Constructora e Inmobiliaria Vimac y otra (2019), considerando 12°.

<sup>52</sup> El Servicio de Evaluación Ambiental ha acogido esta postura precisando que “*debe tratarse de intervenciones que tengan cierta magnitud y duración, no de aquellas que impacten positivamente o agreguen valor al área*”; ver punto 9, Oficio Ordinario N° 161.081 de 2016.

saturadas y/o latentes (artículo 10, letra h, Ley N° 19.300), y a su vez –dentro de las dos categorías aludidas– a los límites objetivos (entre otros, cantidad de viviendas, estacionamientos, capacidad de atención, superficie construida o predial, etc.) previstos en el RSEIA, lo que reduce de manera considerable el margen de discrecionalidad al momento de decidir si un proyecto queda sujeto o no a evaluación de impacto ambiental.

## 6. LA CONSULTA DE PERTINENCIA. NATURALEZA Y LÍMITES

La Corte, en realidad, en ningún punto de las sentencias analizadas llega a concluir que el proyecto debiera someterse al SEIA, aunque parece ventilar la posibilidad de que se deba proceder así. Vamos a volver más adelante sobre este punto, pero anticipamos que la sospecha se plantea por la ubicación del proyecto.

El Consorcio Punta Puyai S.A. y la Promotora Habitacional Prohabit Ltda. aducen, en efecto, que la evaluación es innecesaria pues el proyecto se emplaza dentro del radio urbano de Papudo, conforme al Plan Regulador Comunal, y porque no excede el tamaño, capacidades, etc., establecidos en el RSEIA. Sin embargo, consta del registro fotográfico y de los informes (algunos evacuados por la misma Dirección de Obras Municipales) que el proyecto inmobiliario ha excedido el área urbana, afectando y destruyendo el punto seguro de evacuación en caso de tsunami, que se encontraría por sobre la cota 33, o sea, fuera del radio urbano que se eleva solo hasta la cota 25. Esto fue posible porque se efectuó una fusión de roles y, por ende, lo que se encontraba materialmente fuera de la zona urbana (y sujeto al Plan Regulador Metropolitano de Valparaíso) resultó “englobado” en esta.

Ahora, frente a esta “sospecha”, la Corte concluye su fallo considerando que *“tanto el presente recurso como las denuncias presentadas ante la Municipalidad de Papudo por los vecinos... deberán ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en consulta de pertinencia”*.

Recordamos al respecto que la consulta de pertinencia ahora está regulada formalmente en el artículo 26 RSEIA, el cual precisa que *“[S]in perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al*

*Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia*". Sin embargo, también con anterioridad a la formulación de este artículo (que rige a partir del 24 de diciembre de 2013) se reconocía la facultad del proponente o titular del proyecto de pedir a la autoridad competente que se pronunciara sobre si un proyecto, actividad o su modificación, debía ingresar al SEIA o no<sup>53</sup>.

El fundamento de este mecanismo se encuentra en el artículo 19° N° 14 de la Constitución, que consagra el derecho de petición, y más en detalles, en el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que a su vez, reconoce el derecho de las personas en sus relaciones con la Administración para “[O]btener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar”.

Se trata, por lo tanto, de una facultad que puede ejercer el proponente: “un trámite de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación, al SEIA”<sup>54</sup> y no de un requerimiento establecido en la ley<sup>55</sup>. El carácter facultativo de la consulta nos confirma su naturaleza: es un derecho de que goza el titular de un potencial proyecto, lo que hace más curioso el fallo, en el cual finalmente se fuerza el ejercicio de un derecho. A este propósito recordamos además que el Instructivo ahora vigente<sup>56</sup> señala que la consulta de pertenencia puede ser presentada exclusivamente por el proponente y no por otra persona que “pretende establecer si un tercero ha incurrido en una infracción de las normas que se refieren a la necesidad de someter un proyecto o actividad al SEIA”<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> La consulta de pertinencia se encontraba regulada en el Oficio Ordinario N° 103.050 de 2010, de la ahora extinta Comisión Nacional del Medio Ambiente, hoy derogado por el Instructivo actualmente vigente, Oficio Ordinario N° 131.456 de 2013.

<sup>54</sup> CGR Dictamen N° 75.903 de 2014.

<sup>55</sup> En este sentido, ver también Oficio Ordinario N° 142.090 de 2014.

<sup>56</sup> Oficio Ordinario N° 131.456 de 2013.

<sup>57</sup> Oficio Ordinario N° 131.456 de 2013, p. 3.



Asimismo, cabe destacar que la respuesta a las consultas de pertinencia se enmarca en la categoría de las declaraciones de juicio y constituye un acto jurídico en el cual la autoridad expresa “*el punto de vista... acerca de la materia sobre la cual se ha requerido su opinión*”<sup>58</sup>; por ende, resulta impugnable mediante los recursos contemplados en los artículos 59 y 60 de la Ley N° 19.880. Sin embargo, la opinión manifestada por el Servicio de Evaluación Ambiental tampoco es decisoria de si un proyecto se somete o no al SEIA. En primer lugar, esto se justifica porque el Servicio se limita a dar su respuesta en virtud de los antecedentes presentados por el proponente, que –dado el estadio muy temprano de desarrollo del proyecto– pueden resultar parciales, incompletos y no coincidir con lo que finalmente se va a ejecutar. Por supuesto, “*si se ha hecho buen uso del mecanismo de consulta y la autoridad ha resuelto en conformidad a la ley*”<sup>59</sup>, el informe del SEA representa una fuente bastante autoritativa.

De todas maneras, la autoridad competente para verificar finalmente si un proyecto debe ingresar al SEIA es la Superintendencia del Medio Ambiente, la cual, de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 20.417 tiene la facultad de “[R]equerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente”<sup>60</sup>. La Superintendencia tiene que solicitar el informe del SEA, pero este informe –por la regla general contenida en el artículo 38 de la Ley N° 19.880– es facultativo y no vinculante. Por lo tanto, la Superintendencia podría llegar a una apreciación distinta de la emitida por el SEA. En consecuencia, podemos concluir que la respuesta del SEA a la consulta de pertinencia no es resolutoria: podría ser superada por hechos sobrevinientes, pero también por una diferente valoración del caso por parte de la Superintendencia.

<sup>58</sup> CGR Dictamen N° 7.620 de 2013.

<sup>59</sup> MORENO y BENÍTEZ (2013).

<sup>60</sup> Artículo 3°, letra i) (ver también letra j) para las modificaciones), Ley N° 20.417 de 2010.



Lo anterior no significa dejar la decisión respecto de si su proyecto o actividad debe someterse o no al Sistema al mero arbitrio del titular; al revés, acentúa la responsabilidad primaria del mismo en el desarrollo de este análisis, que –si realizado de la forma incorrecta o si en la realidad el proyecto final se aleja del que fue objeto de la consulta de pertinencia– expone al proponente del proyecto a sanciones gravosas<sup>61</sup>.

## 7. DEFERENCIA O NO DEFERENCIA Y UNA POSIBLE ALTERNATIVA

En realidad, tenemos la impresión de que la Corte optó por requerir el ingreso de una consulta de pertinencia, para obviar de forma elegante el interrogante clásico: ¿mostrar deferencia hacia las autoridades con competencia ambiental<sup>62</sup> o sustituirse a las mismas al resolver un recurso de protección ambiental<sup>63</sup>?

<sup>61</sup> Recordamos que es una infracción gravísima la “*ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley*” (artículo 36, N° 1, letra f), Ley N° 20.417 de 2010) y grave en ausencia de dichos efectos, etc. (artículo 36, N° 1, letra f, Ley N° 20.417 de 2010).

<sup>62</sup> Un caso emblemático fue el referido al proyecto de Celulosa Arauco en que la Corte Suprema afirmó que “*a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA X Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino solo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales... y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo; Riesco Bahamondes y otros con Celulosa Arauco S.A. (2005) considerando 10°.*”

<sup>63</sup> Ver caso Campiche, relativo a la impugnación de una Resolución de Calificación Ambiental: “*En atención entonces a la trascendencia de sus decisiones en el ámbito administrativo, la recurrida queda sujeta al control jurisdiccional por la vía de la presente acción cautelar si en ellas se incurriera en ilegalidad al pronunciarse sobre un determinado proyecto de impacto ambiental, como sucede si sus resoluciones no se ajustan a la ley o a la normativa reglamentaria que está obligada a respetar conforme lo dispone el artículo 13 de la ley, o se resuelve en forma arbitraria, esto es, al margen de lo razonable...;* Correa Dubri con Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso (2009). Ver en la doctrina CORDERO (2012).

Sin pretender analizar en este comentario el tema con la profundización que requeriría<sup>64</sup>, nos limitamos a señalar que en los últimos años, sobre todo a partir de la creación de los Tribunales Ambientales<sup>65</sup>, en la jurisprudencia se puede notar una oscilación entre los dos polos.

Por una parte, la Corte se muestra deferente hacia la nueva institucionalidad ambiental y afirma, por ejemplo, que *“determinar si es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental luego de que ya la autoridad administrativa con competencia técnica resolvió aprobar y, por ende, otorgar el permiso ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional”*<sup>66</sup>.

Por la otra, hay también pronunciamientos que reivindican el rol del Recurso de Protección Ambiental cuando se ven vulnerados derechos constitucionales, como ha sido afirmado en la siguiente sentencia: *“la acción constitucional de Protección es compatible con el ejercicio de otros derechos y por las vías pertinentes, impone a la jurisdicción emitir decisión respecto del recurso planteado, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico ninguna materia está exenta de acción ante los tribunales ordinarios o especiales, según corresponda, pero ello no es obstáculo para requerir de la jurisdicción el amparo de las garantías constitucionales cuando corresponda”*<sup>67</sup>.

La jurisprudencia no ha llegado a una conclusión pacífica<sup>68</sup>, mientras la doctrina llega a fijar algunos temas, que podrían resumirse en lo siguiente: el recurso de protección ambiental *“establece un proceso especial para proveer una tutela rápida e inmediata a dichos*

<sup>64</sup> Nos remitimos a BORDALÍ y HUNTER (2017), pp. 69 y ss.

<sup>65</sup> Ley N° 20.600 de 2012.

<sup>66</sup> *Junta de Vecinos Norte con Comisión de Evaluación Ambiental V Región* (2014).

<sup>67</sup> *Stipicic y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2017), considerando 18°.

<sup>68</sup> Ver también *Wendy Yáñez Veas con Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo y otro* (2017), considerando 3°: *“Que como se observa, la contienda traída a esta sede, por su naturaleza, no corresponde a una materia que deba ser dilucidada por la vía de la presente acción cautelar, en tanto esta no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y, por ende, en situación de ser amparados, presupuesto indispensable que en la especie no se configura”*; Ver el análisis de VERGARA (2018), en materia de invalidación de las resoluciones de calificación ambiental.

*derechos* [constitucionales]”<sup>69</sup>; para prosperar no solo debe resultar indubitado el derecho vulnerado (en este caso el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) sino también debe ser indubitada la afectación del derecho, a través de una conducta activa u omisiva imputable a una autoridad o persona determinada<sup>70</sup>; además debe existir “*una necesidad manifiesta y urgente de medidas cautelares*”<sup>71</sup>.

En el caso del proyecto Altos de Puyai el segundo punto es más crítico, pues, como manifiestan los fallos, la infracción a las normas sobre evaluación de impacto ambiental está lejos de ser indubitada y tampoco es cierta la vulneración del derecho; recordamos al respecto que las obras se encontraban paralizadas<sup>72</sup> y la Dirección de Obras Municipales había requerido ciertas medidas paliativas, sobre todo para hacer frente al peligro más grave para las personas, relacionados con la posibilidad de maremotos. Además, aunque se consideraran efectivamente vulnerados los derechos (en el sentido adoptado por la doctrina aludida) encontramos que la consulta de pertinencia, por los motivos que mencionamos anteriormente, tampoco satisface la exigencia de dar una respuesta rápida y urgente al problema.

En este sentido, nos parece que el canal más efectivo para dar una tutela inmediata es el delineado en la misma normativa ambiental.

Por una parte, si existe la duda respecto de si el proyecto debía someterse al SEIA, la vía correcta para los terceros que pretenden acreditar que el desarrollador de un proyecto incurrió en una infracción se encuentra en el artículo 21 de la Ley N° 20.417, según el cual “[C]ualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, debiendo esta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles”. La Superintendencia –al detectar un incumplimiento– es el órgano competente para requerir al titular que se someta a evaluación<sup>73</sup>, dar inicio a

<sup>69</sup> BORDALÍ y HUNTER (2017), p. 27.

<sup>70</sup> En este sentido ver BORDALÍ y HUNTER (2017), p. 44.

<sup>71</sup> BORDALÍ y HUNTER (2017), p. 44.

<sup>72</sup> En un caso parecido (desarrollo de un proyecto sin sometimiento a evaluación de impacto ambiental), la Corte llegó a la conclusión que “*la acción intentada ha perdido oportunidad*”; *Reyes con Hidroeléctrica Roblería SpA* (2019).

<sup>73</sup> Artículo 3, letra i), Ley N° 20.417 de 2010.

un procedimiento sancionador<sup>74</sup>, adoptar las medidas provisionales previstas por el artículo 48 de la Ley N° 20.417 de 2010, al interior o aun antes del inicio de un procedimiento sancionatorio, y, más en general, medidas urgentes y transitorias para resguardar el medio ambiente<sup>75</sup>, que según lo señala la doctrina, son manifestación de los “*poderes de suspensión que la Superintendencia puede adoptar fuera de un procedimiento administrativo*”<sup>76</sup>. Asimismo, en relación con el eventual daño ambiental, los Tribunales Ambientales también son habilitados para decretar medidas cautelares, conservativas o innovativas, “*necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento*”<sup>77</sup>. Tales medidas pueden ser adoptadas, de oficio o a petición de parte, “*en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente*”<sup>78</sup>.

Por lo tanto, en la actual regulación no faltan instancias adecuadas para conocer situaciones como la objeto del presente comentario: ambos órganos pueden otorgar una tutela cautelar, que también “*responde a la precaución o principio precautorio*”<sup>79</sup>, y tienen la competencia y los conocimientos para ponderar los aspectos técnico-normativos del caso (por un lado, la elusión del SEIA, en el caso de la SMA, y por el otro, la existencia de un daño ambiental, en el caso de los TAs), que la Corte, al remitirse a una consulta de pertinencia, admite implícitamente no tener.

Por otra parte, recordamos que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tiene en Chile una connotación altamente participativa, que se manifiesta no solo en la fase de participación ciudadana sino también en la necesaria cooperación entre órganos del Estado. Dicha cooperación resulta más evidente cuando el procedimiento administrativo de evaluación está en curso, pues son requeridos los pronunciamientos de los órganos sectoriales<sup>80</sup> y el informe del

<sup>74</sup> Artículo 3, letra o), Ley N° 20.417 de 2010.

<sup>75</sup> Artículo 3, letra g), Ley N° 20.417 de 2010.

<sup>76</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 502.

<sup>77</sup> Artículo 24, inciso 1°, Ley N° 20.600 de 2012.

<sup>78</sup> Artículo 24, inciso 2°, Ley N° 20.600 de 2012.

<sup>79</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 501.

<sup>80</sup> El artículo 24, inciso 1°, Decreto Supremo N° 40 de 2013, precisa que “*Los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participarán en la evaluación ambiental del proyecto o actividad serán aquellos que cuenten con atribuciones en materia de permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales respecto del proyecto o actividad en particular*”. Por otra parte, precisa el inciso 2°, es facultativa para los demás órganos que

Gobierno Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado<sup>81</sup>. Pero también se puede apreciar en una etapa posterior: recordamos, para estos efectos, que de conformidad con el artículo 25 *bis* de la ley N° 19.300 “[L]as Direcciones de Obras Municipales no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a los que se refiere el artículo 10 no acreditan haber obtenido una resolución de calificación ambiental favorable”. Por lo tanto, aunque haya sido otorgado previamente el permiso de edificación, al momento del otorgamiento de la recepción definitiva la Municipalidad puede y debe exigir el cumplimiento de dicha exigencia<sup>82</sup>. Y en esta instancia encontramos una solución al problema planteado por el caso objeto de los recursos de protección. Como ha sido afirmado por la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 4.000/2016 “*si en el marco del trámite de recepción definitiva se suscitan dudas o discrepancias en cuanto a si el proyecto o actividad en análisis debe ser ingresado al SEIA, el municipio tendrá que coordinarse con el SEA y remitirle los antecedentes necesarios, a fin de que este último, en su carácter de organismo técnico en la materia, defina tal cuestión*”. Este mecanismo, que responde al deber de cooperación entre órganos del Estado, se suma a la facultad de los titulares de dirigirse directamente al SEA, a fin de efectuar una consulta de pertinencia.

## 8. CONCLUSIONES

En virtud de las consideraciones desarrolladas en los párrafos anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Se confirma el carácter taxativo del listado contenido en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y detallado en el artículo 3 del

---

posean atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, o el uso y manejo de algún recurso natural.

<sup>81</sup> Artículo 8, inciso 3°, Ley N° 19.300. Ver también BERMÚDEZ (2013), p. 14.

<sup>82</sup> Por otra parte, como ha sido señalado en la jurisprudencia administrativa, las Municipalidades no estarían facultadas para requerir la presentación de la RCA para otorgar el permiso de edificación (ver CGR dictámenes N°s 78.159 de 2015, y 90.563 de 2016), y tampoco “*no procede que las entidades edilicias exijan la pertinencia de ingreso al SEIA para efectos de la entrega del permiso de edificación*” (CGR, Dictamen N° 4.000 de 2016). En este sentido no concordamos con la argumentación de la Corte Suprema en *Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón* (2013).

RSEIA. Por lo tanto, el criterio que determina el sometimiento a evaluación de impacto ambiental no es de por sí la envergadura del proyecto o el “riesgo” que este pueda generar, sino más bien la inclusión del proyecto en las categorías fijadas en la normativa.

2. Lo anterior no impide que la relevancia del impacto ambiental provocado (o del riesgo potencialmente creado) por el proyecto pueda ser considerada para efectos de la aplicación del SEIA, sobre todo en relación con algunas de las hipótesis incluidas en las disposiciones aludidas. Sin embargo, esta ponderación, que puede y debe fundarse tanto en el principio de prevención como en el de precaución, se desarrolla en un segundo momento, después de haber verificado si el proyecto o la actividad encaja en las categorías normativas del artículo 10.
3. El sistema de evaluación de impacto ambiental, así concebido, presenta algunas deficiencias porque proyectos que pueden o podrían generar impactos ambientales significativamente adversos son ejecutados sin la previa evaluación de impacto ambiental por el simple hecho de no recaer en el listado<sup>83</sup>. Lo anterior acarrea consecuencias perjudiciales para el medio ambiente, pues no permite un control exhaustivo sobre las actividades que pueden provocar daños graves e irreversibles en el medio ambiente. Esto nos parece contrario a dos de los principios que gobiernan la materia ambiental, es decir, el principio de prevención y el principio de precaución.
4. No obstante, en atención al texto constitucional, en particular al inciso 2° del N° 8 del artículo 19, y a la normativa actualmente vigente, no sería conforme a derecho una interpretación distinta de la que se propone en el presente comentario.
5. En fin, la regulación ambiental actual establece algunos mecanismos e indica a los órganos competentes para adoptar medidas adecuadas y para resolver casos dudosos como el del proyecto Altos de Puyai, en el cual se deben sopesar cuestiones técnico-normativas complejas; en este sentido, el recurso de protección ambiental no parece la instancia más adecuada y resolutoria para hacer frente a estas situaciones.

<sup>83</sup> Concordamos con el análisis de Cordero (2018).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ASTORGA, Eduardo (2017): *Derecho ambiental. Parte general* (Santiago, Thompson Reuters, quinta edición).
- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición).
- BERMÚDEZ, Jorge (2013): “*Régimen de ejecutoriedad de las resoluciones de calificación ambiental y de las medidas urgentes y transitorias del art. 3 G) LOSMA*”, Informe en Derecho de julio de 2013. Disponible en <https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2018/09/R-06-2013-Informe-en-derecho-de-don-Jorge-Bermudez-Soto.pdf>
- BERMÚDEZ, Jorge (2002): “Principios e instrumentos de gestión ambiental introducidos por el reglamento ambiental para la acuicultura”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 2, pp. 423-440.
- BERTELSEN, Raúl (1998): “El Recurso de Protección y el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Examen de Quince Años de Jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, pp. 139-174.
- BORDALÍ, Andrés (1997): “Empresa Forestal Trillium Limitada”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. VIII, pp. 123-150.
- BORDALÍ, Andrés; HUNTER, Iván (2017): *Contencioso Administrativo Ambiental* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- CORDERO, Eduardo (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, pp. 399-439.
- CORDERO, Luis (2012): “Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en COUSO, Javier (edit.), *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 359-375.
- CORDERO, Luis (2018): “*Los límites del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en la Corte Suprema*”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/12/27/Los-limites-del-Sistema-de-Evaluacion-de-Impacto-Ambiental-en-la-Corte-Suprema.aspx?disp=1>



- COSTA, Ezio (2015): “Principio de Precaución y Regulación Ambiental en Chile: Operando sin instrucciones, pero operando”, *Justicia Ambiental*, pp. 159-179.
- HARRIS, Pedro (2016): “El procedimiento de evaluación ambiental: Entre precaución y seguridad”, *Revista de Derecho Ambiental*, Vol. IV, N° 6, pp. 164-177.
- HOLDER, Jane (2006): *Environmental Assessment: The Regulation of Decision Making* (Oxford, Oxford University Press).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Thomson Civitas, Tomo II, 10ª ed.).
- GUILOFF, Matías (2011): “El dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 18, N° 1, pp. 147-169.
- GUILOFF, Matías (2012): “Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXV, N° 1, pp. 127-147.
- HUNTER, Iván (2012): “Caso dunas de Concón: Acerca de la obligatoriedad de someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Corte Suprema)” *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N° 2, pp. 251-258.
- LAVÍN, Julio (1998): “Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 1, pp. 175-203.
- LUGARESI, Nicola (2012): *Diritto dell'ambiente* (Padova, CEDAM, cuarta edición).
- MORENO, José Adolfo; BENÍTEZ, Rodrigo (2013): “*Consultas de Pertinencia Ambiental: de su real finalidad, sentido y alcance*”. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901983&Path=/0D/C3/>.
- VERGARA, Alejandro (2018): “Invalidación de actos administrativos de carácter ambiental: vacilante jurisprudencia de la Corte Suprema”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/10/18/Invalidacion-de-actos-administrativos-de-caracter-ambiental-vacilante-jurisprudencia-de-la-Corte-Suprema.aspx>.



## JURISPRUDENCIA CITADA

- Corporación Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar y otra con Constructora e Inmobiliaria Vimac y otra* (2019): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de abril de 2019 (protección), Rol N° 10.366-2018.
- Reyes con Hidroeléctrica Roblería Spa* (2019): Corte Suprema, 17 de enero de 2019 (protección), Rol N° 22.952-2018.
- Garín Palma con Dirección de Obras Municipales de Papudo y otro* (2018): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2018, Rol N° 15.499-2018.
- Vásquez Acevedo y otros con Promotora Habitacional Prohabit Limitada y otro* (2018): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2018, Rol N° 15.500-2018.
- Marambio Reyes con Prohabit Ltda. y otro* (2018): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2018, Rol N° 15.501-2018.
- Stipicic y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2017): Corte Suprema, 16 de marzo de 2017 (protección), Rol N° 55.203-2016.
- Wendy Yáñez Veas con Comisión de Evaluación de la Región de Coquimbo y otro* (2017): Corte Suprema, 6 de junio de 2017 (protección), Rol N° 6121-2017.
- Estado de Chile con Empresa Minimal Enterprises Company* (2014): Corte Suprema, 2 de junio de 2014, Rol N° 14.209-2013.
- Junta de Vecinos Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región* (2014): Corte Suprema, 29 de abril de 2014 (protección), Rol N° 2892-2014.
- Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón* (2013): Corte Suprema, 2 de mayo de 2013 (reclamo de ilegalidad), Rol N° 3918-2012.
- Correa Dubri con Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso* (2009): Corte Suprema, 22 de junio de 2009 (protección), Rol N° 1219-2009.
- Riesco Bahamondes y otros con Celulosa Arauco S.A.* (2005): Corte Suprema, 30 de mayo de 2005 (protección), Rol N° 1853-2005.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 4.000, 15 de enero de 2016.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 48.164, 30 de junio de 2016.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 90.563, 19 de diciembre de 2016.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 78.159, 1° de octubre de 2015.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 75.903, de 2 de octubre de 2014.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 7.620, 1° de febrero de 2013.

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Ley N° 19.300 del 9 de marzo de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley N° 20.417 del 26 de enero de 2010, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente

Ley N° 20.600 del 28 de junio de 2012, Crea los Tribunales Ambientales.

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

Decreto Legislativo N° 152 del 3 de abril de 2006, Norma in materia ambiental.

The National Environmental Policy Act of 1969, as amended.

Decreto N° 40 del 12 de agosto de 2013, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Oficio Ordinario N° 180972 del 5 de julio de 2018, Imparte instrucciones en relación al concepto de “impacto ambiental” y “riesgo” en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Oficio Ordinario N° 161081 del 17 de agosto de 2016, Complementa Oficio D.E. N° 130844, de fecha 22 de mayo de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que “Uniforma criterios y exigencias técnicas sobre áreas colocadas bajo protección oficial y áreas protegidas para efectos del Sistema de Evaluación Ambiental, e instruye sobre la materia”.

Oficio Ordinario N° 142.090 del 27 de noviembre de 2014, Consultas de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Oficio Ordinario N° 131.456 del 12 de septiembre del 2013, Instructivo sobre consultas de pertinencia de ingreso de proyectos o actividades o sus modificaciones al SEIA.

Historia de la Ley N° 19.300

