

CORTE SUPREMA Y MEDIO AMBIENTE

¿POR QUÉ LA CORTE ESTÁ REVOLUCIONANDO LA REGULACIÓN AMBIENTAL?

*Luis Cordero Vega*¹

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad explicar las razones del actual estándar de decisión de la Corte Suprema en casos ambientales. La idea central desarrollada en él es que la Corte ha decidido adoptar un mecanismo de control de las decisiones de las autoridades ambientales a través de los estándares de revisión del procedimiento administrativo y que, por esa vía, se ha producido un aparente activismo. Se afirma, además, que buena parte de los problemas que explican la actual judicialización de proyectos se encuentran asociados a déficit regulatorios, que son internalizados a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

1. Introducción

Como se sabe, durante los últimos dos años la Corte Suprema ha adoptado varias decisiones sorprendentes por la innovación que han implicado en materia ambiental. La razón de esa sorpresa es que, con anterioridad, la Corte había mantenido una actitud deferente hacia la autoridad administrativa al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), calificando regularmente sus competencias como propias de la discrecionalidad técnica de la Administración, entendiendo que todo lo que no fuera deferencia produciría una suerte de sustitución de competencias.²

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

² Ver, en este sentido, Corte Suprema, sentencia caso “Celco”, Rol N° 1.853-2005, del 30 de mayo de 2005. Sostuvo en esa oportunidad que: “consecuentemente, 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 [...] haya sido dirigida en contra de la COREMA X

Esa práctica jurisprudencial se ejerció a través del recurso de protección, instrumento que, como se sabe, se ha transformado en el mecanismo contencioso administrativo por defecto en el sistema administrativo chileno.

Sin embargo, las cosas han cambiado consistentemente desde 2009. En agosto de ese año, la Corte Suprema acogió el recurso de protección en el famoso caso Campiche,³ tesis que reprodujo con igual intensidad en el conocido caso Castilla.⁴

La tesis de ambos casos es que los jueces pueden controlar decisiones técnicas ambientales de la Administración cuando estas no se ajustan a las reglas de procedimiento o de validez de los actos administrativos de los cuales ellas emanan. En síntesis, como he tratado de demostrar en otro momento,⁵ la Corte ha utilizado estándares de procedimiento administrativo para poder controlar ese tipo de decisiones. Lo relevante no son los supuestos ambientales, sino las reglas que han servido de base para adoptar esa decisión.

2. Entre la comprensión y la perplejidad

Tras esas sentencias, la Corte Suprema consistentemente ha razonado con los criterios señalados, reestructurando en parte el razonamiento judicial sobre estos temas y, de paso, obligando a los interesados a explicarse por qué esto está sucediendo.

Veamos, en síntesis, los casos que han llamado a la perplejidad.

En 2010 la Corte resolvió varios casos de interés. En el caso de *Pesquera San José*, la Corte se pronunció sobre la improcedencia de impugnar el trámite de admisibilidad de un proyecto que ingresa al SEIA como medio idóneo de producción de agravio a los recurrentes; sosteniendo entonces que lo relevante era

Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo". Énfasis agregado.

3 Corte Suprema, Rol N° 1.219-2009, 22 de junio de 2009. Para un comentario de esta sentencia y sus efectos ver Guiloff, Matías, "Campiche: La Resolución de Calificación Ambiental es revisable", en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones UDP) 2010, p. 204.

4 Corte Suprema, Rol N° 7.167-2010, 15 de noviembre de 2010.

5 Ver en este sentido nuestro trabajo "Por qué la Corte Suprema se enverdecía", en *Mercurio Legal*, disponible en línea <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/11/11/Por-que-la-Corte-Suprema-se-enverdecio.aspx>

la decisión de término.⁶ En el conocido caso *Piscicultura Palguín*,⁷ uno de los primeros en donde se discutió la aplicación del Convenio N° 169 al interior del SEIA, legitimó la compatibilidad de la aplicación del precitado convenio con las reglas de participación ciudadana de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA). En el caso *Shell*,⁸ la Corte Suprema sorprendió al afirmar que la definición de contaminación no se agota en la “infracción a la legislación vigente”, sino que además debe considerar otros factores de riesgo a la salud de las personas, la calidad de vida de la población y el patrimonio ambiental; en ese caso, la Corte además afirmó que la autoridad administrativa, una vez concluido el sumario respectivo al infractor, puede en ese contexto exigirle medidas necesarias para la reparación del daño ambiental causado. En el caso *Forestal Candelaria*,⁹ la Corte sostuvo que el fisco podía, a consecuencia de la acción por daño ambiental, exigir indemnización de perjuicios en su favor en tanto sujeto que representa al afectado por el daño ambiental, pues esas acciones afectan al patrimonio ambiental de la Nación. En el caso *Nahuelpán*,¹⁰ la Corte nuevamente se pronunció sobre la aplicación del Convenio N° 169 al interior del SEIA; en este caso, la Corte sostuvo que el procedimiento establecido para los EIA resultaba plenamente compatible con el Convenio. En el caso *Minera Zaldívar*,¹¹ la Corte sostuvo que, aunque sean parte de la calificación ambiental materias sobre salud y condiciones ambientales en lugares de trabajo, tal calificación no suprime las facultades propias de la autoridad sanitaria al respecto. En el caso *Castilla (I)*,¹² la Corte confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó que acogió el recurso en contra de la tramitación ambiental del proyecto termoeléctrico, estableciendo interesantes criterios de Derecho Administrativo procedimental aplicables a medio ambiente, en donde legitimó la impugnación de actos administrativos trámite en el SEIA.¹³

6 Corte Suprema, Rol N° 926 - 2010, 19 de abril de 2010.

7 Corte Suprema, Rol N° 1525 - 2010, 17 de mayo de 2010.

8 Corte Suprema, Rol N° 6.383-2008, 27 de julio de 2010.

9 Corte Suprema, Rol N° 5.027 - 2008, 31 de agosto de 2010.

10 Corte Suprema, Rol N° 4.078-2010, 14 de octubre de 2010.

11 Corte Suprema, Rol N° 3.907-2010, 29 de octubre de 2010.

12 Corte Suprema, Rol N° 7.167-2010, 15 de noviembre 2010.

13 Ver en este sentido mi trabajo denominado “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla. Un caso de Derecho Administrativo Procedimental”, en *Revista Justicia Ambiental*, 3, 2011.

En 2011 la Corte mantuvo su aparente activismo. En el caso de la *Estación de Transferencias Lanco - Panguipulli*,¹⁴ la Corte confirmó el criterio que se podía deducir de las sentencias Puelma Ñanco y Nahuelpan, al utilizar el concepto de afectación para delimitar la procedencia de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental; la Corte consideró que, si tal afectación se producía, entonces lo legalmente admisible era la presentación de un EIA, al permitir la existencia de participación ciudadana de acuerdo al Convenio N° 169. En el caso *Expo-Pork*,¹⁵ la Corte cuestionó la forma en que la autoridad ambiental interpretó la norma legal sobre el impacto en el “valor paisajístico” de una zona, dada la opinión emitida por parte del organismo técnico sectorial (Sernatur); la Corte ocuparía ese criterio con posterioridad (2012) en los casos El Morro (II) y Río Cuervo. En el caso *Pitama*,¹⁶ la Corte sostuvo que no era suficiente el cumplimiento de las obligaciones establecidas en una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) para exculparse del daño ambiental que las actividades puedan generar, trasladando el deber de diligencia permanente al responsable del proyecto respectivo; el caso es relevante, además, porque señala que, si el daño ambiental no es significativo, ello no excluye la indemnización subsidiaria de conformidad a las normas generales del Código Civil. En el caso del *Plan Regulador de San Pedro de Atacama*,¹⁷ la Corte cuestionó la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) pese a que la totalidad de los planes reguladores y sus modificaciones se realizaban por esa vía; revocando la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, afirmó que, si se dictaba un acto administrativo que podía afectar a una comunidad indígena y no se realizaba la participación exigida por el Convenio, existía una ilegalidad que invalidaba el acto administrativo respectivo de la autorización ambiental. En el caso *Achibueno*,¹⁸ la Corte decidió la regla de legitimación activa en materia ambiental de parte de una persona jurídica de derecho público como una municipalidad, admitiendo que, excepcionalmente, ello era posible en la medida que se identificara al menos una persona que pudiera ser afectada. En el caso *Codelco Ventanas (Colegio la Greda)*,¹⁹ la Corte señaló que la situación de la zona superaba con creces el incidente concreto que

14 Corte Suprema, Rol N° 6062-2010, 4 de enero de 2011.

15 Corte Suprema, Rol N° 5.191 - 2010, 18 de enero de 2011.

16 Corte Suprema, Rol N° 396 - 2009, 20 de abril de 2011.

17 Corte Suprema, Rol 258 - 2011, 13 de julio de 2011

18 Corte Suprema, Rol N° 4.777 - 2011, 06 de octubre de 2011.

19 Corte Suprema, Rol N° 5370 - 2011, 21 de octubre de 2011.

había afectado al establecimiento y que las medidas a adoptar debían analizarse en ese contexto. En el caso de la *Línea de Transmisión de Forestal Arauco*,²⁰ en que se impugnaron las adendas de la evaluación ambiental, la Corte sostuvo que constituían actos trámite o intermedios no susceptibles de impugnación, de manera que lo relevante desde esta perspectiva era el acto administrativo terminal que decidía la aprobación o rechazo del proyecto, haciendo un matiz con la sentencia Castilla (I). En el caso *Cosayach*,²¹ la Corte, al revocar las sentencias previas, sostuvo que para apreciar el calificativo “significativo” en el daño ambiental, este no dependía de las dimensiones de la pérdida, disminución o detrimento de lo afectado, sino de la “calibración” de los deterioros ocasionados, atendido el lugar y componente ambiental de que se trate. En el caso del *Morro (I)*,²² la Corte si bien rechazó el recurso de protección, se volvió a pronunciar sobre la legitimación de personas jurídicas para recurrir invocando el artículo 19 N° 8 de la Constitución. En el caso *Santa Marta*,²³ la Corte sostuvo un criterio semejante que en el caso Shell, al afirmar que los organismos sectoriales mantenían sus competencias de fiscalización ambiental a pesar de que lo fiscalizado se encontrara en una RCA.

En lo que va de 2012, la Corte ha seguido sorprendiendo en sus fallos en los casos *Parque Eólico de Chiloé*,²⁴ *Sondajes de Prospección Patagua*²⁵ y *El Morro (II)*,²⁶ todos acogidos por omisión en la aplicación del Convenio N° 169 y su impacto dentro del SEIA. Además, la Corte se pronunció en fallo dividido en dos casos hidroeléctricos emblemáticos en la región de Aysén: *Hidroaysen* (rechazado) y *Río Cuervo* (acogido).²⁷

¿Qué explica que la Corte esté actuando así? ¿Es esta Corte Suprema más verde que las anteriores? En mi opinión, lo único que ha hecho la Corte es mirar los casos asociados a la regulación ambiental, y en especial al SEIA, mayoritarios en su jurisprudencia, con los anteojos de la teoría del Derecho y el procedimiento administrativo.

20 Corte Suprema, Rol N° 7.342 - 2011, 26 de octubre de 2011.

21 Corte Suprema, Rol N° 5826 - 2009, 28 de octubre de 2011.

22 Corte Suprema, Rol N° 8.644 - 2011, 13 de diciembre de 2011.

23 Corte Suprema, Rol N° 6235 - 2009, 20 de diciembre de 2011.

24 Corte Suprema, Rol N° 10.090 - 2011, 22 de marzo de 2012.

25 Corte Suprema, Rol N° 11.040 - 2011, 30 de marzo de 2012.

26 Corte Suprema, Rol N° 2211 - 2011, 27 de abril de 2012.

27 Corte Suprema, Rol N° 2463 - 2012, 11 de mayo de 2012.

Al igual que como hace un tiempo la propia Contraloría General de la República (CGR) había razonado, hoy la Corte Suprema reconociendo la condición de experto en los organismos administrativos ambientales, ha advertido a los litigantes que el experto en el Derecho, especialmente en el Derecho público, es ella. De modo que ha actuado como un verdadero contencioso de nulidad de un procedimiento administrativo complejo como es el SEIA.

Esta situación se explica en parte por las características de la regulación ambiental en su contenido y forma, el diseño procedimental en el sistema legal chileno y la manera en que los jueces entendieron esas relaciones.

Algo de esto es lo que trataré de explicar a continuación.

3. El contexto para entender la discusión regulatoria y judicial en materia ambiental

Como se sabe, en las últimas décadas, la protección del medio ambiente ha sido una preocupación central de los Gobiernos, lo que ha ido asociado a una cierta convergencia y acuerdo común sobre la necesidad de su protección en el contexto del debate público. Sin embargo, pese a este acuerdo -que es relativamente no controvertido- existen razones distintas para muchos que justifican tal protección.

Probablemente lo que mejor exprese esta controversia se vincula con las que pueden denominarse las cuatro preguntas básicas tras la discusión sobre regulación ambiental: (a) ¿quién debería establecer las políticas ambientales?; (b) ¿cómo deberíamos adoptar las decisiones, considerando los dilemas entre protección ambiental y el costo de las medidas?; (c) ¿qué instrumentos deberíamos usar? y (d) ¿cómo deberíamos vincularnos con la incertidumbre científica?²⁸

El propósito de la regulación ambiental es tratar de ayudar a comprender y revelar normativamente los valores detrás de la protección ambiental y los contravalores de los actos que la contraen.²⁹ Por tal motivo, entender las racionalidades tras la discusión de la regulación ambiental es determinante, sobre todo porque una buena cantidad de ellas se trasladan al debate judicial.

Es evidente que el camino seguido para la consolidación de la regulación ambiental explica en parte los potenciales conflictos que subyacen a la discusión en esta materia.

28 Farber, Daniel A., Freeman Jody y Carlson, Ann E., *Cases and Material on Environmental Law*, 8° ed. (West · Thomson Reuters) 2011, pp. 3 y 4.

29 Ver Bell, Stuart y McGillivray, Donald, *Environmental Law*, (Oxford University Press) 2008, pp. 42-53.

En efecto, las razones de los grupos ambientales para justificar la protección ambiental son distintas a aquellas que pueden sostener las agrupaciones de empresarios. Estas visiones no solo incluyen preferencias de interés público –que siempre son invocadas por cada uno– sino también la forma de comprender el desarrollo.³⁰

Esto explica los distintos paradigmas que habitualmente se esgrimen tras la regulación ambiental, en tanto presupuestos de justificación posible, que subyacen no solo a la regulación sino que sobre todo al debate público que justifica la promoción de una agenda regulatoria u otra.³¹

Pero con indiferencia de cada uno de ellos, si las decisiones de regulación ambiental las dejamos encerradas en las paredes de los expertos sobre la base de los paradigmas señalados, entonces se podría lesionar seriamente la confianza pública, por lo cual la adopción de decisiones técnicas sujetas a transparencia, rendición de cuentas y participación pública pareciera ser una adecuada receta para no lesionar esa confianza. En efecto, como se advierte,³² la regla general es que las decisiones ambientales van más allá que un ejercicio aislado de la técnica, pues incluyen cuestiones política y de preferencias valóricas que no son triviales y que definen los proyectos de vida de comunidades completas (tipo de mundo en que queremos vivir, las implicancias éticas de nuevas tecnologías o el desarrollo del Estado en la promoción de la vida colectiva), que se complejizan en condiciones de incertidumbre capturadas por la técnica.³³ En efecto, mientras los economistas están seguros de su capacidad de medir cuestiones éticas o de distribución en términos monetarios (esto es, de costo-beneficio), el debate político y su proceso deliberativo pareciera ser más conveniente para capturar los matices de las decisiones ambientales.

Se afirma que durante los últimos cuarenta años hemos cambiado los ejes

30 Uno de los grandes problemas que evidencian las explicaciones sobre la regulación en base al interés público es que generan problemas de acción colectiva, guiando la regulación a favor de aquellos que concentran más sus intereses particulares. El remedio habitual para reducir ese riesgo es, curiosamente, ampliar la participación de la comunidad de manera que se produzcan verdaderos sistemas de control entre grupos de interés. Para una explicación en detalle ver Baldwin, Robert, Cave, Martin y Lodge, Martin, *Understanding Regulation* (Oxford University Press) 2012, p. 43.

31 Ver un resumen de los paradigmas es en Holder, Jane y Lee, Marie, *Environmental Protection, Law and Policy* (Cambridge University Press) 2007. Habitualmente se cita el paradigma científico, el de evaluación o gestión de riesgos, el de incertidumbre científica y principio de precaución, y el de valoración económica.

32 Sunstein, Cass, *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medio ambiente* (Katz Editores) 2006, pp. 59-62 (traducción de José María Lebrón).

33 De ello da cuenta la manera de abordar un proyecto en el SEIA, el SEA, una comunidad determinada o el Tribunal pueden sostener o argumentar cuando un proyecto o actividad genera “[...] alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”. (art. 11, letra c) LBMA).

de la regulación ambiental desde un sistema de centralidad normativa en el Estado a otro basado en un concepto de gobernabilidad ambiental. Pero, ¿qué explica este cambio? ¿Son los instrumentos actuales más eficientes y eficaces que sus predecesores? ¿O la naturaleza misma de los problemas ambientales implica desafíos que en sí mismos llevan a cambios, lo que implica inevitables ajustes regulatorios?³⁴

Como se sabe, la denominada moderna regulación ambiental es consecuencia de la discusión mundial durante la década de los 60 promovida por activistas ambientales que advertían sobre los efectos de los pesticidas en el ambiente y las personas,³⁵ así como las consecuencias del denominado neomaltusianismo³⁶ y la preocupación del denominado Club de Roma,³⁷ acompañada de una serie de desastres ambientales que evidenciaron el riesgo de determinadas actividades.

Esto dio origen a una primera iniciativa de regulaciones ambientales en el mundo, acompañada de agencias administrativas responsables de la gestión ambiental. A partir de entonces, en muchos países se crearon agencias administrativas o ministerios responsables en materia ambiental, en buena parte estructurados sobre las competencias tradicionales que sostenían los ministerios de Salud y los de Agricultura, pues los primeros concentraban competencias en materia de salud humana y los segundos en recursos naturales asociados a la actividad agrícola.

Durante ese proceso de diseño y estructuración, los modelos regulatorios fueron cambiando en el tiempo, sin sustituirse unos a otros sino que agregando objetivos y propósitos para abordar adecuadamente los conflictos ambientales.

En el caso chileno, esa evolución no fue distinta. Se construyó sobre las estructuras que le sirvieron de base: la sanitaria y agrícola,³⁸ lo que permitió

34 Gunningham, Neil, "Environmental Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures", en *Journal of Environmental Law*, 21, 2009, p. 179.

35 Carson, Rachel, *Silent Spring* (Houghton Mifflin) 1962.

36 Ehrlich, Paul, *The Population Bomb*, (Ballantine Books) 1968.

37 Se debe recordar que, en 1972, Naciones Unidas realizó la conferencia de Estocolmo sobre el ambiente humano, constituyéndose en la primera reunión mundial sobre temas ambientales. La influencia neomaltusiana veía la dimensión ambiental como una cuestión crítica, dando origen al texto del Club de Roma, denominado "Los Límites del Crecimiento".

38 Así, por ejemplo, en 1973 se estableció el primer programa de acción para el medio ambiente de la Comisión Europea; en Francia, en 1971, se creó el Ministerio de Protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente y, en 1976, se dictaron las leyes sobre Protección de la Naturaleza e Instalaciones Clasificadas; en Alemania, en 1974, se estableció la Agencia Federal del Medio Ambiente; en el Reino Unido, la Ley sobre Control de Contaminación data de 1974. En Argentina, se creó, a nivel nacional, la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano en 1972, y 14 de sus 24 provincias incorporaron

diseñar un modelo normativo de coordinación, desde 1994, sobre la base de los denominados “instrumentos de gestión ambiental,³⁹ dependientes esencialmente de una Administración de coordinación. La dictación de la Ley N° 20.417 de reforma a la institucionalidad ambiental consolidó ese modelo de gestión de instrumentos, pero a cargo de entidades públicas diferenciadas: el Ministerio de Medio Ambiente a cargo de las políticas y la regulación ambiental; el Servicio de Evaluación Ambiental a cargo de la gestión permisológica y la Superintendencia del Medio Ambiente a cargo del sistema de fiscalización integrado de instrumentos de gestión ambiental.⁴⁰

Así las cosas, la regulación ambiental en nuestro país se ha caracterizado por: (a) su regulación legal fragmentada, dado que los instrumentos legales habitualmente utilizados respondieron a propósitos normativos distintos a los ambientales, como sucede en materia sanitaria y de protección agrícola; (b) su baja densidad legal, porque el legislador establece reglas de criterios o de fines para que la Administración adopte sus decisiones; (c) su intensa regulación administrativa: la Administración es la que debe definir desde los estándares de calidad ambiental (criterio de política) hasta la autorización concreta de un proyecto o actividad (criterios de gestión); (d) una amplitud del ejercicio de potestades discrecionales expresamente entregadas por el Congreso a las autoridades ambientales, generando el ejercicio natural de márgenes de apreciación frente a los cuales se exigirá control; (e) una participación progresiva de instituciones de control para enfrentar dicha discrecionalidad, no solo por parte de los jueces, lo que ha ampliado el rol de la Contraloría General de la República como institución “adjudicadora” de casos ambientales; (f) una regulación denominada de infraestructura, es decir, en donde el legislador ha adoptado normas de creación institucional y reglas de procedimiento para adoptar reglas am-

la protección ambiental en sus Constituciones Políticas, dictando, además, leyes generales de medio ambiente destinadas a regir en sus respectivos territorios; en Colombia se dictó la Ley N° 23 de 1973 por medio de la cual el Congreso Colombiano delegó facultades extraordinarias al Presidente para expedir el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, el que fue finalmente publicado bajo el Decreto N° 2.811 de 1974 y derivó en la dictación de una diversa normativa complementaria de conservación ambiental y en la configuración, en 1976, del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente como la entidad central de la nueva institucionalidad ambiental de dicho país; en Venezuela, se dictó la Ley Orgánica del Ambiente el 16 de junio de 1976, con la consecuente creación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables en diciembre del mismo año.

39 Ley N° 19.300 y sus instrumentos: el SEIA, normas de calidad, normas de emisión, planes de prevención y planes de descontaminación.

40 Ver artículo 2°, Ley N° 20.417.

bientales en vía administrativa, pero sin definir regulaciones sustantivas en materia de uso de recursos naturales, por ejemplo; y (g) la existencia de reglas progresivas de participación de los interesados en la regulación y conflictos ambientales, que ha implicado una cierta demanda de horizontalización de las decisiones públicas.

Este contexto sustantivo y de diseño explica el aparente activismo de la Corte Suprema estos últimos años. A continuación, trataré de explicar desde mi perspectiva cuál ha sido el camino para explicar este proceso.

4. Explicaciones para el aparente activismo y judicialización de la gestión ambiental: La progresiva procedimentalización de la Administración en materia ambiental

Se ha sostenido que el comportamiento de la Corte es consecuencia de cierto activismo ambiental, que afecta la estabilidad de las reglas del juego y vuelve impredecibles las decisiones de los privados.

Esa crítica desconoce la manera en que está construida la regulación ambiental y además ignora, como ya señalé, que la Corte no ha hecho otra cosa que aplicar reglas de Derecho administrativo procedimental para resolver conflictos ambientales. Esto no ha sido una novedad en la jurisprudencia reciente de la Corte, que progresivamente ha ido procedimentalizando los conflictos entre los particulares y el Estado, sobre todo en materia ambiental.

A continuación explicaré como se expresa ese fenómeno a partir de ciertos aspectos del sistema de Derecho Público que pareciera necesario no olvidar.

a) La regla general es la amplitud del acceso a la jurisdicción

A partir de las situaciones antes descritas, algunos han pretendido ver que se ha estado judicializando el SEIA y, en consecuencia, afectando seriamente a las inversiones por eventuales errores cometidos por la administración y la ambigüedad y/o vacíos del marco legal vigente, lo que genera una gran conflictividad para los proyectos privados.

En mi opinión, razonar de ese modo implica persistir en los errores de diagnóstico y de implementación de adecuadas políticas públicas en materia ambiental.

En efecto, en el sistema chileno, la impugnación de los actos administrativos está reconocida como una garantía para los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, que adquiere el carácter de protección

constitucional, como recientemente lo ha reconocido el Tribunal Constitucional.⁴¹

Esa garantía tiene tres manifestaciones evidentes. En primer lugar, el principio de que todo acto administrativo puede ser impugnado siempre en vía administrativa mediante los recursos administrativos reconocidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE)⁴² y en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA),⁴³ que ya estaban internalizados en la práctica legal chilena desde la década de los 60, incluida la denominada revisión de oficio, llamada habitualmente in-
validación.⁴⁴

41 El Tribunal Constitucional, en sentencia rol 2009, de 2011, sostuvo que:

31. Que, el artículo 19, inciso segundo, frase final, del proyecto de ley en estudio establece que, en contra de las resoluciones que clasifiquen a los establecimientos educacionales, de acuerdo al artículo 17 del proyecto, los recursos administrativos de la Ley N° 19.880 procederán “solo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional”.

Lo anterior, restringe una de las “Bases generales de la Administración del Estado” a que alude el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, así como la Ley N° 18.575, dictada en su virtud, habida cuenta de que coarta el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, incluido por esta ley en su artículo 2°, al señalar, en términos amplios, que “todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes” (se destaca lo pertinente).

Por lo que tal reducción es inconstitucional, ya que no aparece justificado que la resolución específica de que se trata sólo pueda ser objetada, por vía administrativa, únicamente en esos dos supuestos, excluyendo los otros a que naturalmente se puede extender la invalidez de un acto administrativo. Como tampoco aparece razonable menoscabar el régimen recursivo general con el designio de inmunizar las decisiones de un servicio público en particular, cuyo es el caso de la Agencia de Calidad.

Por dichas razones se declarará inconstitucional la referida parte del inciso segundo del artículo 19 del proyecto;

32. Que el artículo 86 del proyecto de ley, que señala que “contra la sanción de amonestación no procederá recurso alguno”, será declarado inconstitucional por este Tribunal.

Ello contraría el principio constitucional de impugnabilidad, en cuya virtud todo acto administrativo, sin excepción, puede ser revisado a instancias del afectado, sea que acuda ante el propio emisor o bien ante un tribunal, previamente o con posterioridad a que éste produzca efectos, de conformidad con lo prescrito en los artículos 7° y 38 de la Constitución Política de la República, y 2°, 3°, inciso segundo, y 10 de la Ley N° 18.575.

En efecto, no existe fundamento alguno que justifique cometer una derogación singular, esto es abolir para este caso particular el principio general de que todo acto administrativo es siempre reclamable. Ni aun a pretexto del aparente ínfimo rigor de éste, si se considera que un conjunto de amonestaciones a firme podría producir efectos adversos en contra del sancionado, al consolidar un estado de reprochable conducta por su parte”.

(Énfasis agregado)

42 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, arts. 2 y 10.

43 Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, art. 15 y Capítulo IV.

44 En el conocido dictamen 89.271, de 1966, la CGR sostuvo que:

Los decretos y resoluciones se pueden dejar sin efecto por un acto administrativo posterior de contrario imperio (resolución o decreto que los derogue) principalmente por tres causales: a) por ilegalidad, b) por el incumplimiento de una obligación prevista por la ley o por el propio acto cuya sanción específica es la extinción del mismo, y c) por ser contrario al interés público en general o específicamente de la entidad emisora del acto. Respectivamente estos modos de extinción corresponden a la invalidación, caducidad y revocación.

En segundo término, el expedito acceso a la impugnación de la actuación de cualquier organismo administrativo por la vía del recurso de protección –que ha actuado como verdadero contencioso administrativo– y por la denominada acción de nulidad de derecho público, sin reglas de agotamiento de la vía administrativa previa, aumentan la probabilidad de resistencia en contra de un acto de la administración, cualquiera sea su tipo.⁴⁵

Finalmente, el acceso a la solicitud de dictaminación de la Contraloría GR y la manera en que este organismo la ha utilizado como mecanismo de control de legalidad, ha implicado que sea un contencioso administrativo de facto, basado en un simple derecho de petición, que se traduce en amplios poderes sobre los actos y procedimientos dictados.⁴⁶

Como se podrá apreciar, desde el punto de vista del diseño institucional, la manera en que se interpreta constitucionalmente la impugnación de los actos administrativos lleva a que el costo del litigio para el que impugna sea bajo, pues la exigencia constitucional impone el deber de permitir el acceso expedito a la jurisdicción.

Bajo esas condiciones, si existen condiciones materiales para un conflicto, el acceso a la impugnación resulta inevitable. En otros términos, la existencia de “conflictividad” no se debe a prácticas “erradas” o la implementación inadecuadas de reglas, sino que, por el contrario, se trata una condición estructural de diseño institucional, que se ve potenciado por el diseño del SEIA como procedimiento administrativo integrado, que a continuación explicaré.

b) El SEIA: un procedimiento integrado que permite deliberación pública y privada

Como se sabe, para la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBMA), la Evaluación de Impacto Ambiental corresponde al procedimiento a cargo de la autoridad ambiental competente que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental

La invalidación que consiste en la extinción de un acto administrativo por violación del derecho objetivo (Constitución, ley, reglamento) no tiene límites para ser ejercida en lo que respecta a los posibles derechos adquiridos por los administrados. Los principios fundamentales del estado de derecho impiden que se puedan adquirir derechos al amparo de una violación de preceptos constitucionales, legales o reglamentarios.

(Énfasis agregado)

45 Ver Ferrada, Juan Carlos, (coord.), *Justicia Administrativa*, (Lexis Nexis) 2005.

46 Ver Cordero Vega, Luis, “La jurisprudencia administrativa: Entre el juez activista y el legislador positivo”, en *Anuario Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2010.

de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes.⁴⁷ El SEIA es un procedimiento administrativo especial destinado a la evaluación ambiental de los proyectos y actividades que, de conformidad con el artículo 10 de la LBMA, son susceptibles de causar impacto ambiental.

El procedimiento de evaluación ambiental finaliza con un acto administrativo terminal que otorga una autorización administrativa⁴⁸ (la Resolución de Calificación Ambiental o RCA) que es vinculante para los organismos de la Administración asociados a la calificación ambiental,⁴⁹ como se explicará más adelante.

Así, desde la perspectiva procedimental, la característica que aparece con más fuerza en la conceptualización del SEIA es aquella que lo identifica con un “procedimiento complejo”. Es decir, el SEIA tendría un propósito integrador,⁵⁰ lo que se manifiesta en la existencia de un conjunto de informes sectoriales que sirven de base a la evaluación, así como en la pretensión de la LBMA de operar en el marco de una *ventanilla única* de todos los permisos ambientales considerados por nuestra legislación,⁵¹ de manera que los pronunciamientos provienen de una opinión técnica o de procedimientos administrativos diferentes, pero que se agregan al procedimiento del SEIA, formando parte de la evaluación ambiental porque se encuentran asociados a permisos ambientales.

47 Ver LBMA, artículo 2° letra i).

48 Laguna De La Paz, Juan Carlos, “Autorización administrativa”, en Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, (Iustel) 2005, p. 277, indica que la autorización es “el acto mediante el que la Administración habilita a un sujeto para el ejercicio de una actividad”, “previa comprobación que se realizará sin daños para el interés general”, lo que se traduce, en la mayoría de los casos, en la “comprobación de que el solicitante reúne los requisitos previstos en la normativa” respectiva. También en, *La autorización administrativa*, (Civitas) 2006, p. 263.
Sobre el particular, ver Tribunal Constitucional, sentencias roles 467, considerando 40° y 41; y 1413, considerando 10.

49 Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2007, p. 208.

50 González, Jesús y González, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, Cuarta edición, (Thomson - Civitas), 2007, p. 85.

51 Que el SEIA sea un instrumento que pretende operar bajo la fórmula de la ventanilla única quiere decir que todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que deban o puedan emitir los órganos competentes en relación con un proyecto determinado necesariamente deben expedirse dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (Artículos 8.2. y 9.2. LBGMA). En otras palabras, esta es la única oportunidad e instancia de las entidades públicas competentes para opinar, desde un punto de vista ambiental, sobre el proyecto. No podrán, por tanto, formular reparos ambientales a este una vez que la Comisión Regional del Medio Ambiente o la Dirección Ejecutiva dicten la correspondiente resolución de calificación ambiental (Artículo 24.2, LBGMA).

Por tales motivos y como hemos explicado en otro momento, los problemas al interior del SEIA han terminado siendo debates de Derecho Administrativo procedimental.⁵² Como indiqué con anterioridad, luego de largos años en que los tribunales no acogían recursos de protección ambiental, en el último tiempo la Corte comenzó acogerlos, no sobre las base de cuestiones ambientales, sino por debates estrictamente de procedimiento administrativo.⁵³

¿Es esto producto de un error? No es así. Corresponde a una cierta focalización de la Corte Suprema en los últimos años en materia de Derecho Administrativo Procedimental, lo que se ha manifestado en otras áreas como el decaimiento del procedimiento administrativo, la motivación de los actos administrativos o la invalidación.⁵⁴ Ese mismo activismo en materia de procedimiento es posible de observar en la jurisprudencia de la CGR.

c) En materia ambiental están en juego “intereses colectivos”, lo que incide en la legitimación

Una cuestión que subyace para muchos es que al parecer se le atribuiría a la participación ciudadana algunas consecuencias, como resultado de que dada la legitimidad amplia que al parecer se le reconocería a la comunidad, se incentivaría aparentemente el litigio, considerando especialmente la reforma de la Ley 20.417 y la aprobación del Convenio.

Si esa es la intuición, está errada. En efecto, como se sabe por una amplia literatura disponible en buena parte de los modelos comparados sobre las Leyes de Procedimiento Administrativo, estas son garantías para los ciudadanos, no solo para aquellos sometidos directamente al acto administrativo de la autoridad (por ejemplo, el titular de un proyecto) sino que también a terceros que, no siendo inicialmente parte de él, pueden potencialmente participar porque se afecta o se puede afectar una situación jurídica susceptible de protección, lo que se denomina “interesado legítimo”.⁵⁵

⁵² Ver Cordero Vega, op. cit., nota 13.

⁵³ Cordero Vega, op. cit., nota 5.

⁵⁴ Ver, en este sentido, los trabajos sobre la Corte Suprema y decaimiento del procedimiento sancionador, derecho administrativo sancionador, responsabilidad del estado y nulidad e derecho público, disponibles en línea <http://www.elmercurio.com/legal/Análisis/index.aspx?userNameAutor=lcordero&tipoPartadilla=Autor>

⁵⁵ Ver artículo 21 LBPA. Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:
1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

Así las cosas, es una cuestión pacífica en Derecho Público que los legitimados para participar en un procedimiento administrativo son relativamente amplios y que esos sujetos tienen derecho a interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales.

Lo anterior es especialmente relevante en el caso del medio ambiente, pues, como también es pacífico en la literatura, corresponde a una condición respecto de la cual los sistemas legales dan el atributo de “interés colectivo o difuso”, de manera que la legitimación naturalmente se amplía.

En tal escenario, la pregunta realmente relevante será cuál es la intensidad de la legitimación, lo que se traducirá en las medidas que pueda adoptar el juez tras la impugnación.

En efecto, como he sostenido en otro momento,⁵⁶ lo que está en juego en el reconocimiento de protección de los intereses difusos o colectivos por vía de legitimidad procesal ante el juez administrativo no es menor. Si los titulares de los precitados intereses (cuya delimitación resultará esencial) disponen de facultades para reclamar la decisión de fondo de una autoridad administrativa, es decir, si pueden cuestionar la *ratio decidendi* de la autoridad (son titulares de una verdadera acción de defensa de los intereses difusos), ello supone un derecho de participación fuerte en la medida que les otorga un derecho subjetivo para examinar las razones justificatorias de la decisión administrativa.

Si, en cambio, los titulares de intereses difusos frente a la Administración tienen el derecho a formular alegaciones (en base a sus derechos a emitir opinión, libertad de información y derecho de petición) y la acción conferida solo se da para exigir la ponderación adecuada de dichas alegaciones, esos titulares disponen de un derecho de participación débil.⁵⁷

La distinción recién expuesta es relevante debido a que, a través de ella, es posible dimensionar la intervención intrusiva que se puede reconocer a los jueces en la protección de estos intereses. Si la legitimación es fuerte, los jueces podrán ir más allá de la mera tutela subjetiva (por la naturaleza del interés comprometido y la citada conexión de antijuridicidad); en cambio, si la legi-

3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

(Énfasis agregado)

56 Cordero Vega, Luis, “Procedimientos contenciosos administrativos y protección de intereses difusos y colectivos”, en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, (Konrad Adenauer) 2009.

57 La distinción entre participación fuerte y débil se encuentra en Peña, Carlos, “Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: Antecedentes dogmáticos y conceptuales”, en *Las acciones de interés público, Cuaderno de Análisis Jurídico*, 7, (Universidad Diego Portales) 1997.

timación es débil el juez se transforma en un garante de los procedimientos de decisión de afectación de estos intereses, de manera que solo podrá anular los procedimientos.

Esto explica que los efectos de la distinción de fundamentos de legitimidad en los recursos administrativos y luego judiciales en el SEIA entre el titular y la comunidad se traduzcan en que el primero pueda obtener protección directa de los derechos que afirma lesionados, mientras la segunda solo podrá optar como máximo la nulidad o invalidez de los procedimientos.

De este modo, no se puede sostener que la circunstancia de que una comunidad solo pueda interponer reclamos en razón de que sus “observaciones no fueron debidamente ponderadas”, implique que ella solamente pueda obtener una recalificación. La lógica de darle derecho al recurso administrativo y a la acción jurisdiccional es que, aun teniendo un derecho de participación débil –pues no puede por esa vía solicitar tutela sobre otros derechos de los que sea titular–, sí puede por dicha vía reclamar la rectitud del procedimiento y, en consecuencia, su validez

5. ¿Cómo se puede explicar la conflictividad?

Si lo que hemos explicado con anterioridad está más bien vinculado a cuestiones estructurales del sistema de impugnación de los actos administrativos, a lo que se agregan las cuestiones estructurales de legitimidad procesal en el caso del medio ambiente, ¿qué explica la “percepción” de conflictividad y de activismo de la Corte, que para muchos parece haberse puesto del lado de los “verdes”?

Es una tendencia habitual, luego de la jurisprudencia analizada, que para un sector importante la causa de la judicialización de proyectos son: magnitud del proyecto, implementación del Convenio, mecanismos de participación ciudadana, inadecuada distribución de cargas ambientales, insuficiencia del SEIA en la estrategia energética nacional y delimitación de la línea de base.

En mi opinión, la mayoría de las razones expuestas está vinculada a la situación de que el SEIA es un procedimiento administrativo que internaliza el déficit de la política pública general que, por su diseño, jamás estará en condiciones de solucionar, lo que explica una de las reformas a la institucionalidad ambiental.⁵⁸

⁵⁸ Ver Historia de la Ley 20.417, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 13 y 14.

Por ejemplo, los proyectos de magnitud enfrentan un déficit evidente de política pública y lo limitado de las reglas de Ordenamiento Territorial (OT).⁵⁹ La ausencia de definición de reglas claras *ex ante* al desarrollo de un proyecto específico y la proliferación de reglas de OT y otras de protección ambiental o de biodiversidad de carácter inorgánico sobre el territorio,⁶⁰ generan como consecuencia inevitable la conflictividad entre los vecinos de un proyecto y el titular, de manera que, cuando la regla no está definida por la regulación general, termina el SEIA definiendo, de un modo inadecuado, la regla de localización y, por esa vía, internalizando los costos asociados a su funcionamiento, entre los cuales se encuentra la impugnación de las decisiones, dado que, como se ha demostrado, el costo del litigio ambiental, por definición institucional, es bajo.

Dicho de otro modo, muchas de las cuestiones que hoy está resolviendo la Corte corresponden a omisiones regulatorias, a problemas de diseño institucional y a una falta de comprensión de cuáles son las reglas básicas que cualquier proyecto o actividad que desee instalarse en un determinado lugar debe respetar.

Además, subyace a ello una cierta conciencia de que las garantías procedimentales para los ciudadanos tienen un sentido, que en ese lugar el Derecho Administrativo cumple un rol central y que la revisión judicial de las decisiones de organismos administrativos se justifica desde la perspectiva procedimental.

En resumen, estamos siendo testigos de lo que la literatura legal denomina “control intenso de la discrecionalidad”. Ello sucede cuando la revisión judicial no solo verifica la idoneidad formal del acto (competencia, procedimiento, motivación, fin) sino que sostiene su resolución sobre el control del expediente administrativo, desde el cual afirma su control sobre un estándar legal. La Corte Suprema ha utilizado precisamente ese estándar de control en alguno de los casos ambientales más importantes de estos dos últimos años; los litigantes ambientales debieran tener esto presente cuando lleven sus casos a la Corte.

59 Ver Cordero, Eduardo, “El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, 2007.

60 Ver para la dispersión normativa <http://www.proyectogefareasprotegidas.cl/documentos/documentos-del-proyecto/>