

Revista de Derecho Ambiental. Año IV N° 6.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sario, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354
cda@derecho.uchile.cl
<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



La judicialización del riesgo. Comentarios a la sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago en el Caso Río Cuervo

The judicialization of risk. Comments of the sentence of the Environmental Court of Santiago in Cuervo River's case

Jorge Ossandón

Abogado, U. Chile

Mg. Derecho Público, U. Chile ©

jorgeossandon@derecho.uchile.cl

Daniela Ejsmentewicz

Abogada, U. Chile

Mg. en Gobernanza en Riesgo, U. de Heidelberg

danielaec@derecho.uchile.cl

Resumen: El proyecto Central Hidroeléctrica Río Cuervo ha sido a lo largo de los años objeto de numerosas acciones legales e impugnaciones, algunas de ellas han logrado su paralización (Corte Suprema Rol N° 2463-2012), mientras que otras ha sido rechazadas (Corte Suprema Rol N° 8774-2014). Este comentario reflexiona en torno a la sentencia dictada por el Tribunal Ambiental de Santiago bajo el Rol N° R-34-2014, que se encuentra firme, siendo dos los aspectos comentados. El primero trata la idea del agotamiento de la vía administrativa como regla jurisprudencial de los tribunales, abarcando sus múltiples manifestaciones en casos ambientales. La segunda reflexión abarca el concepto de riesgo, como base en la decisión del fallo, introduciendo la idea del riesgo como construcción social tomada de la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de las Naciones Unidas.

Palabras clave: riesgo, proyecto hidroeléctrico, agotamiento de la vía administrativa.

Summary: *The hydroelectric power plant project in the Río Cuervo river basin has been through the years object of litigation in Courts, some of them achieving the paralization of the environmental impact assessment process (Supreme Court of Justice, N° 2463-2012), among other has been rejected (Supreme Court of Justice, N° 8774-2014). This case comment is about the Environmental Court of Santiago in the case R-34-2014, with two principal approaches. The first, the topic about exhausted available state administrative remedies in environmental cases. Second, the risk conceptualization in the case as a social construction from the International Strategy for Disaster and Risk Reduction from UN.*

Key word: *risk, hydroelectric power plant, exhausting available state administrative remedies.*

Introducción

Dada la complejidad del caso es necesario otorgar los elementos jurídicos y fácticos más relevantes del caso. La empresa Energía Austral elaboró un proyecto para la construcción de una central de energía hidroeléctrica en la comuna de Aysén. Por medio de dicha central de embalse, la empresa buscaba la generación de una energía media anual superior a los 3.750 GWh, utilizando el potencial hidroeléctrico del Río Cuervo, el cual se estima en 640MW.

Así, el año 2009, la empresa Energía Austral presentó el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto “Central Hidroeléctrica Río Cuervo” ante el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de Aysén. El 08 de mayo del 2012 la Comisión de Evaluación Ambiental (CEA) de la Región de Aysén dictó la Resolución Exenta N° 187, basada el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), calificando favorablemente el proyecto. Luego, tres días después, el 11 de mayo del mismo año, la Corte Suprema resuelve un recurso de protección presentado en contra del ICE, acogiéndolo y determinado que éste debía ser completado puesto que no consideraba las condiciones impuestas por el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) en el sentido que éste condicionó el proyecto a la realización de una “predicción y evaluación de impactos y situación de riesgo por el fenómeno de flujos piroclásticos - gases volcánicos” y su potencial acceso al río Tabo puesto que el proyecto se encuentra en el entorno del volcán Cay. A su vez, el SERNAGEOMIN señaló que el informe en cuestión debería ser previo al inicio de la construcción del embalse y debía considerar un plan de prevención según los resultados que el mismo informe pudiera arrojar. De esta forma, la Corte Suprema ordenó completar el ICE según las indicaciones por el servicio para que luego fuera nuevamente analizado por la Comisión¹ (Rol N° 2463-2012).

En virtud de lo anterior, el 05 de junio del 2012 la Comisión retrotrajo el procedimiento de evaluación y emitió un quinto ICSARA solicitando al titular del proyecto que realizará los informes en los términos solicitados por el SERNAGEOMIN. Posteriormente, Energía Austral presentó la Adenda N° 5, en la cual se incluían dos documentos, cumpliendo con el fallo de la Corte².

El 22 de agosto del 2013, el SERNAGEOMIN pronuncia su conformidad con la Adenda número 5, por medio del Oficio N° 1316. En dicha ocasión, el servicio no presentó

¹ CORTE SUPREMA. “Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén. Recurso de protección”. Rol N° 2463-2012. 11 de mayo de 2012.

² El “Informe de flujos piroclásticos en los volcanes Macá y Cay, caracterización y modelación” y el “Informe de estudio de peligro volcánico en el río Tabo, complementa el Plan de Monitoreo y Alerta Temprana presentados previamente en la adenda 4 y adjunta Plan de Monitoreo y Alerta Temprana para eventos sísmicos y volcánicos”.

observaciones a la información entregada por la empresa, que incluso compartía las conclusiones y solo señaló la necesidad de actualizar el plan de monitoreo y alerta sobre peligro volcánico. Siete días después, el 29 de agosto del 2013 el SEA de Aysén emitió el segundo ICE. Luego, el 05 de septiembre del 2013, el segundo ICE es visado por el SERNAGEOMIN por medio del Oficio N° 1401. Nueve días después, y luego de aproximadamente cuatro años desde la presentación del EIA por parte de la empresa, la Comisión calificó favorablemente el proyecto por medio de su RCA N° 180/2013.

El mismo día de la calificación favorable, 16 de septiembre del 2013, se solicitó ante el SERNAGEOMIN la invalidación de sus Oficios N°s 1316 y 1401, en virtud del art. 53 de la ley N° 19.880³. Luego, el 18 de octubre del 2014 la filial de Coyhaique del Comité Nacional de la Defensa de la Fauna y Flora y la Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén, representando a las organizaciones de la Coalición Ciudadana por Aysén Reserva de Vida, interpusieron una reclamación ante el Comité de Ministros en contra de la RCA 180/2013.

Posteriormente, el 13 de marzo del 2014 el SERNAGEOMIN rechaza la reclamación presentada el 16 de septiembre del 2013, por medio de la Resolución Exenta N° 448. Así, el 17 de abril del 2014 se presenta ante el Tribunal Ambiental de Santiago una reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 448 del SERNAGEOMIN por el señor Patricio Segura Ortiz por sí y en representación de la Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén, bajo el Rol R-34-2014. El 17 de junio del 2014 se hace parte del proceso la empresa Energía Austral, en su calidad de tercero interesado.

De manera paralela, el 21 de agosto del 2014, la Corte Suprema rechazó un recurso de protección interpuesto por la Corporación de Fiscalía de Medio Ambiente en contra del SEA de Aysén, argumentando en su fallo que no habría fundamento para el recurso, toda vez que fueron acogidas las indicaciones hechas previamente por el SERNAGEOMIN en el año 2011. Así las cosas, en lo concerniente a la causa ante el Tribunal Ambiental de Santiago, objeto del presente trabajo, el 23 de diciembre del 2014 ésta queda en acuerdo y es finalmente fallada el 02 de julio del 2015, rechazando la solicitud.

A continuación se expondrán los principales argumentos de las partes en la causa 34-2014 ante el Segundo Tribunal Ambiental, así como las consideraciones del tribunal al momento de dictar fallo, incluyendo las observaciones del Ministro señor Asenjo.

1. Argumentos de los reclamantes

Para efectos de una mayor claridad, primero se señalarán cuales fueron los argumentos de la reclamación en contra de los Oficios N° 1316, N°1401 y la Resolución

³ Artículo 53. “Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnante ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.”

Exenta N° 448 del SERNAGEOMIN. Luego, se expondrá la defensa que el servicio presentó al respecto y, finalmente, se señalarán las alegaciones de la empresa, Energía Austral.

Como se señaló anteriormente, el 16 de septiembre del 2013, se presentó una solicitud de invalidación de los oficios ya indicados por una persona natural y una Corporación de defensa del medio ambiente. Los oficios manifestaban la conformidad del SERNAGEOMIN con la Adenda presentada por la empresa y con el nuevo ICE del proyecto “Central Hidroeléctrica Río Cuervo”. La solicitud de invalidación se fundamenta en el hecho que el SERNAGEOMIN había participado, junto a otras instituciones y expertos de la Universidad de Chile, un estudio que concluía que Aysén es una zona geológicamente activa en la zona colindante a la falla Liquiñe-Ofqui y que los riesgos que esto generaba debían ser trabajados de tal manera que se eliminará o redujera los grados de vulnerabilidad. Complementando lo anterior, los solicitantes señalan que el titular colaboró con académicos Universidad de Chile en la investigación que se plasmó en el artículo científico⁴. Las conclusiones más importantes de dicho estudio señalan que, a lo largo del Río Cuervo, existe una falla geológica con un potencial sísmico mayor a los 7,1Mw, que dicha falla se encuentra en el lugar donde se quiere construir la central hidroeléctrica y que se detecta la posible presencia de un volcán en el fondo del fiordo Aysén frente al Río Cuervo. De esta manera, hay evidencia suficiente que acreditaría la existencia de riesgos de carácter sísmico y volcánico en las zonas donde se busca implementar el proyecto.

Desde un punto de vista jurídico, se señalan los artículos 9, 12 en su letra d) y e) y 16 de la Ley N° 19.300, así como los artículos 1 y 2 del DL N° 3525 del Ministerio de Minería que crea y fija potestades SERNAGEOMIN. Según dichas disposiciones legales y los elementos de hecho del caso, los solicitantes sostienen que el SERNAGEOMIN debía invalidar los oficios impugnados, toda vez que los estudios a los cuales se ha hecho referencia, demuestran que los riesgos son mucho mayores a los estimados por la empresa titular del proyecto, que en virtud del principio preventivo estos nuevos antecedentes relativos a los riesgos sísmicos y volcánicos deben ser considerados por el órgano con competencia ambiental.

En lo concerniente a la Res. Ex. N° 448 del SERNAGEOMIN, la cual rechazó la solicitud de invalidación de sus Oficios Ns° 1316 y 1401, los recurrentes vuelven a señalar que éstos adolecen de una manifiesta falta de motivación toda vez que no consideran las condiciones de riesgo que derivan de las características sísmicas y volcánicas del área. Así, sostienen que al no considerar estos elementos de riesgo dentro de su evaluación, el servicio habría excedido el ámbito legítimo de su discrecionalidad técnica, infringiendo los artículos 9 y 12 de la Ley N° 19.300, así como el principio preventivo. De esta forma, a juicio de los recurrentes, el SERNAGEOMIN no cumple con su obligación legal de velar

⁴ Denominado “Submarine earthquake rupture active faulting and volcanism along the mayor Liquiñe-Ofqui Fault Zone and implications of seismic hazard assessment in the Patagonian Andes”, publicado en la revista *Andean Geology*.

por la determinación de una línea de base. Finalmente, en lo concerniente al principio preventivo, señalan que cuando existe información pública (como aquella presente en los estudios científicos anteriormente señalados) sobre la existencia de riesgos que ponen en peligro la vida de la población, los servicios públicos tienen la obligación de considerarlos en sus evaluaciones, aun cuando dicha información no se encuentre incluida como antecedente directo en el proceso. Así, sostienen que aun cuando la información relativa a los riesgos sísmicos y volcánicos de la zona no se encontraran incluidos en la Adenda n°5 presentada por el titular del proyecto, el SERNAGEOMIN tenía la obligación de considerarlos por la necesidad de evitar riesgos a la población.

2. Argumentos del reclamado

En lo relativo a validez de sus oficios, el SERNAGEOMIN argumentó en base a cinco ideas principales: en primer lugar sostuvo que los riesgos sísmicos y vulcanológicos a los cuales hacen referencia los recurrentes son situaciones de hecho concretas que excedían la materia que debía tratar la empresa, en la Adenda n°5 y a los cuales el servicio debía referirse. Sin embargo, no obstante lo anterior, los riesgos anteriormente señalados fueron considerados por el servicio, junto con los riesgos hidrogeológicos, de tal manera que, previo un estudio técnico, compartió el diagnóstico de la empresa Energía Austral en lo relativo a los peligros volcánicos. En un tercer lugar, el SERNAGEOMIN señala que no es efectivo que no ejerció sus labores según el principio preventivo. Por el contrario, señala que fue en virtud de dicho principio que realizó observaciones y que éstas fueron respondidas de manera satisfactoria y que se condiciona la ejecución del proyecto a la adopción de medidas que resguardan dicho principio.

Sobre los argumentos de carácter jurídico, el Sernageomin señala que en virtud del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, la competencia del Tribunal Ambiental se limita a determinar si el acto reclamado ha sido dictado acorde a la normativa vigente, siendo un contencioso de legalidad u objetivo. Así, sostiene que la invalidación de un acto es una cuestión de derecho y no de hecho, siendo la invalidación la *ultima ratio*, por lo que no cualquier infracción puede dar lugar a una invalidación. Al respecto, hace referencia a la confianza legítima, a las situaciones jurídicas consolidadas y a la buena fe con los terceros como un límite a la potestad invalidatoria. También hace referencia a la necesidad de que el vicio en cuestión recaiga sobre un elemento esencial del acto y en la generación de perjuicios al interesado como requisitos para su invalidación, vinculando lo anterior al art. 13 de la Ley N° 19.880.

Por otro lado, el SERNAGEOMIN argumenta en base a la definición de acto administrativo de carácter ambiental, basándose en los artículos 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 y en el arts. 3 inc. 2, 3 y 6 de la Ley N° 19.880. Al respecto, sostiene que lo esencial de un acto administrativo radica en su contenido decisorio, concluyendo que la extensión de la definición de la Ley N° 19.880 no se aplicaría a la Ley N° 20.600 en su artículo 17 N°8, de tal manera que los informes, dictámenes, declaraciones de juicio o constancias de conocimientos no constituirían decisiones formales. De esta forma, afirma que si el

legislador hubiera querido lo contrario, la Ley N° 20.600 no hubiera hecho referencia solo a aquellos casos que constituyen una decisión formal, sino que habría hecho una remisión completa al art. 3° de la Ley N° 19.880. Así, sostiene que los oficios ordinarios impugnados no serían decisiones formales, sino que tendrían la naturaleza jurídica de meros informes, dictámenes o declaraciones de juicios, que constituyen la opinión experta de un órgano con competencia ambiental en un proceso de calificación ambiental.

3. Argumentación del fallo

En su fallo, el Tribunal Ambiental de Santiago determina que se abstendrá de conocer del fondo del asunto por existir, desde el 18 de octubre del 2014, una reclamación pendiente ante el Comité de Ministros en contra de la RCA N° 180/2013, la cual calificó favorablemente el proyecto “Central Hidroeléctrica Río Cuervo”. Así, a lo largo del fallo el tribunal argumenta que la lógica institucional del SEIA es un proceso administrativo que cuenta con la posibilidad de una revisión judicial posterior. Así, a juicio del Tribunal, dicha lógica se vulneraría si se conociera el fondo del asunto previo pronunciamiento del Comité de Ministros.

Los principales argumentos del tribunal dicen relación con el principio de especialidad y el principio de congruencia entre las decisiones de calificación ambiental, lo que justificaría la necesidad del agotamiento previo de la vía administrativa. Respecto de lo primero, se señala que el criterio que debe orientar la resolución del caso es que la vía recurso especial de la Ley N° 19.300 debe prevalecer sobre la impugnación general contemplada en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600. Para ello, se interpretan los artículos 20, 25 quinquies, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300 en conjunto con el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 y el artículo 54 de la Ley N° 19.880, para concluir que el sistema recursivo especial en materia ambiental se construye en función del agotamiento de la vía administrativa. A su vez, apoya su fundamentación en el hecho que este criterio ha sido acogido previamente por la Excelentísima Corte Suprema y cita sus fallos en los casos Roles 9130-2009, 6149-2012 y 7451-2013. Por otra parte, en el caso particular de autos, cabe la posibilidad de que los reclamos sean acogidos por el Comité de Ministros y que las eventuales falencias en la evaluación puedan aún ser corregidas en sede administrativa.

En lo concerniente a la congruencia entre las decisiones relativas a la calificación ambiental, el Tribunal señala que la interposición paralela de reclamaciones administrativas y judiciales pueden favorecer la toma de decisiones contradictorias “alimentando una innecesaria incertidumbre jurídica en el contencioso ambiental”. En el caso particular, mientras se encuentre pendiente una reclamación en contra del proyecto “Central Hidroeléctrica Río Cuervo” fundada en antecedentes similares a los del recurso que conoce el Tribunal, lo pertinente es que debe prevalecer la vía recursiva administrativa, respetando el orden recursivo diseñado por el legislador y evitando decisiones contradictorias. A juicio

del tribunal, sostener lo contrario implicaría una afectación a los principios de economía procesal, concentración, congruencia y seguridad jurídica.

Para cerrar su argumentación, señala el Tribunal que el agotamiento de la vía administrativa no priva a los reclamantes de su derechos de acudir ante los Tribunales Ambientales, ya que pueden hacerlo por medio del recurso de reclamación una vez finalizado el proceso administrativo. De este modo, a juicio del Tribunal, se garantiza una tutela judicial efectiva al aclarar el correcto orden de los recursos⁵.

Por último, es interesante señalar que el fallo hace referencia especial a la reclamación del señor Patricio Segura Ortiz, quien, si bien no fue parte de la reclamación ante el Comité de Ministros, ejerce ante los Tribunales Ambientales una pretensión que es equivalente a ésta. De esta forma, puesto que a juicio del Tribunal “lo relevante para definir la correcta vía recursiva (es) el contenido de la pretensión”, la solicitud del señor Segura también es rechazada, siendo la procedencia de su acción afectada por la reclamación administrativa presentada por terceros al tener ambas acciones importantes semejanzas en el fondo.

4. Consideraciones del Ministro Asenjo

De manera particular, en el fallo el Ministro señor Asenjo hace presente una inquietud que le genera el presente caso y que dice relación con los riesgos sísmicos y vulcanológicos a los cuales se ha hecho referencia a lo largo de todo el proceso. Al respecto, señala el Ministro que el proyecto Central Hidroeléctrica Río Cuervo ha generado aprehensiones justificadas⁶ sobre la existencia de riesgos que pueden tener efectos negativos importantes en el “medio humano”, en consideración a la naturaleza sísmica de nuestro país.

A su vez, señala que dichas aprehensiones no han podido ser debidamente resueltas ya que, a pesar de las múltiples Adendas y cinco ICSARA que tuvo el proyecto, las instancias de participación ciudadana se centraron en el estudio de impacto ambiental y no en los efectos que los riesgos sísmicos y vulcanológicos podían generar en la población. En su análisis, el Ministro identifica que los riesgos existentes en el proyecto podrían ser abordados desde una perspectiva de ordenamiento territorial pero que este elemento no está considerado directamente en el SEIA el cual no fue diseñado para abordar una realidad semejante. Por el contrario, el Ministro hace presente que el ordenamiento ambiental

⁵ Lo que ha ocurrido según se desprende la reclamación ingresada con el Rol N° R-42-2016, Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén y Otros con Comité de Ministros, ante el Tercer Tribunal Ambiental. La reclamación se interpuso por la misma Corporación de derecho privado en defensa del medio ambiente impugnando la resolución N° 0914 dictada por el Comité de Ministros, que resolvió rechazar las reclamaciones por no haber sido debidamente consideradas las observaciones ciudadanas en el proceso de evaluación ambiental del EIA del proyecto (8 años después de ingresado a tramitación).

⁶ Para fundamentar esta afirmación, el Ministro hace referencia a diversos ejemplos e información de carácter científica en su considerando cuarto. Así, cita el caso “Tragedia de Vajont” y los estudios de la organización “Internacional Rivers”, quien ha identificado 100 casos de terremotos los cuales, en opinión de diversos científicos, fueron desencadenados por embalses.

chileno no cuenta con un sistema de ordenamiento territorial integral que permita abordar todas las problemáticas de la ocupación territorial en su conjunto. Así, la gestión del territorio se hace según los requerimientos de la iniciativa privada, proyecto a proyecto y de manera parcelada, sin existir un marco regulatorio general y consensuado (considerando tercero del fallo disidente). De esta forma, en su considerando quinto, el Ministro señala que *“es necesario señalar muy sintéticamente que del conjunto de cuestionamientos realizados por la ciudadanía en el contexto de la PAC, posiblemente los temores relacionados con la actividad sísmica y vulcanológica del lugar, si como el conocimiento cada vez mayor acerca de la inducción sísmica ya referida, han generado razonablemente en la población una sensación de incertidumbre que claramente no se ha logrado resolver exitosamente”*.

Como forma de enfrentar la situación, el Ministro señor Asenjo señala que en este caso no solo estaría envuelto el principio preventivo, sino también un enfoque precautorio que debería operar ante un escenario donde no todos los riesgos pueden ser previstos. En efecto, el Ministro sostiene que dicho enfoque si se encuentra recogido en nuestra legislación⁷ y que éste permite no solo gestionar los riesgos *“ (...) posibles y previstos (preventivo), sino también de riesgos probables y eventualmente imprevistos (precautorio)”*. Finalmente, señala que se hace cada vez más necesaria la aplicación por parte de la Administración del señalado principio precautorio en consideración al alto nivel de riesgo presente en nuestra sociedad. Así, concluye que es necesario una modificación de la actividad de policía clásica de nuestra Administración que reconozca la modificación que se ha generado en nuestra sociedad respecto a la generación de los riesgos y que permite su apropiada gestión.

5. Sobre el agotamiento de la vía administrativa

La posición más extrema sobre esta institución indica que al encontrarnos en el ámbito del derecho público, regido por la ley, donde los entes actúan solo cuando la ley se los permite, el agotamiento de la vía administrativa tiene carácter excepcional, ya que viene a limitar el derecho de acción⁸. La conclusión es que no existiendo norma jurídica de derecho público que limite la reclamación de forma expresa, el agotamiento de la vía administrativa no es, el menos teóricamente admisible como norma de creación jurisprudencial, siendo el uso de los recursos administrativo meramente voluntarios⁹. Sin embargo, esta posición puede y debe ser corregida atendiendo al estudio del sistema de

⁷ En este punto, el Ministro señor Asenjo hace referencia a su prevención realizada en la sentencia recaída en causa Rol N°22-2014.

⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. Proceso civil y prejudicialidad administrativa. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 21 N° 2, p. 385. 2014.

⁹ CORVALÁN, Juan. Agotamiento de la vía administrativa vs. Tutela judicial efectiva (Hacia una modulación razonable del acceso a la justicia). Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, año XLV, N° 135, septiembre-diciembre de 2012, p. 1151.

fuentes del derecho administrativo, donde se deben reconocer a los principios como bases del constructo normativo de esta rama del derecho, sobre todo teniendo en cuenta además que nos encontramos en una disciplina mixta, el derecho ambiental¹⁰.

La creación jurisprudencial del agotamiento de la vía administrativa implica otorgar un privilegio a la Administración, que según el caso, puede ir en contra del derecho de acción y de los ciudadanos, ya que con ella se recalca la necesaria obligatoriedad de acudir a la Administración primero que a los tribunales especializados (es el denominado privilegio de la decisión previa¹¹). En diseños institucionales donde los órganos Administrativos no tienen plazo para decidir las reclamaciones interpuestas (por los titulares o por la ciudadanía) nos encontramos ante una teórica situación de desprotección. Nuevamente esta idea puede ser morigerada en el sentido de develar ciertas características favorables en la existencia de esta institución de derecho administrativo: el efecto “filtro” que tiene una vía administrativa al deber pasar primero por el conocimiento tecnificados de los órganos sectoriales, más aptos y expertos, antes de acudir a un órgano jurisdiccional, no necesariamente especializado; la posibilidad de que la Administración conozca y pueda corregir dentro del mismo procedimiento sus errores; y en fin economía procesal y eficacia en el conocimiento del mismo órgano donde se tramita el asunto, pueden ser argumentos a favor de la exigencia.

En sus orígenes¹² la idea de agotamiento de la vía administrativa (en tanto privilegio de la decisión previa) fue generada en un contexto de una Administración que carecía de límites, inmune a todo control jurisdiccional, atribuyéndose la facultad de decidir asuntos que de no existir la exigencia de agotamiento incluso estarían fuera de su competencia: “mediante la exigencia de la reclamación administrativa previa, la Administración estaba arrogándose competencias decisorias sobre un asunto que, por su naturaleza contenciosa, hubiera quedado *prima facie* excluido de su competencia”¹³. Lo paradójico es que en Chile sean los tribunales de justicia los que otorguen el privilegio de decisión previa a la Administración, conteniendo o suspendiendo su competencia jurisdiccional, sometiendo interpretativamente a los reclamantes a someter la cuestión a la Administración activa hasta que este decida, la decisión sobre su interés o derecho subjetivo afectado¹⁴. Por lo demás no habría que olvidar el carácter dilatorio de las reclamaciones en sede administrativa, que ha sido denunciada por la doctrina en el derecho español¹⁵. Otro punto reconocido como

¹⁰ “El Derecho Administrativo no está formado únicamente por normas positivas, sino también por principios jurídicos que tienen una relevada importancia por la falta de sistematicidad y gran variedad de normas administrativas, de distinta jerarquía y con contenido diverso, que regulan esta realidad jurídica”. VERGARA BLANCO, Alejandro. Los principios jurídicos y la tarea de construir el derecho administrativo en clave científica. Revista de Derecho Administrativo PUC. N°6, Santiago, p. 63, 2012.

¹¹ PUÑET GÓMEZ, Pilar. Una excepción a la excepción del acto firme: las relaciones jurídico-administrativas de naturaleza obligatoria. Revista de Administración Pública. N° 186, Madrid, septiembre-diciembre, p. 226, 2011.

¹² Que se trazan, al menos en el derecho español, a partir de la Real Orden de 25 de noviembre de 1839 y la Real Orden de 20 de septiembre de 1852. PUÑET GÓMEZ, Pilar. Cit ant. (11), p. 231.

¹³ PUÑET GÓMEZ, Pilar. Cit ant. (11), p. 229.

¹⁴ PUÑET GÓMEZ, Pilar. Cit ant. (11), p. 231.

¹⁵ PUÑET GÓMEZ, Pilar. Cit ant. (11), p. 233.

problema en este trabajo pero no tratado es la posibilidad o no de argumentar una interrupción del plazo de invalidación del acto administrativo de carácter ambiental, aceptado que sea el agotamiento de la vía administrativa y los reclamos posteriores de carácter jurisdiccional.

Sin perjuicio que el principio del orden consecutivo legal, la coherencia del sistema y procedimiento administrativo, incluyendo los recursos, seguridad jurídica, todos aspectos y valores que deben ser ponderados y resguardados en cada una de las etapas administrativas y judiciales, se deben tener presente aspectos o roces que se generan con otros institutos igualmente importantes, que deben ser ponderados y valorados, por ejemplo a) el plazo de dos años de la potestad de invalidación de la Administración (que el interesado-solicitante puede pedir y la Administración debe pronunciarse); b) el supuesto de tener el derecho a intervenir en un procedimiento administrativo, no haberlo hecho, reclamar en sede judicial surgiendo la pregunta para el juez sobre pedir o no el agotamiento de la vía administrativa; c) el supuesto por el cual no se tiene el derecho a intervenir en un procedimiento administrativo, por tanto no se pudo haber intervenido, luego reclamar en sede judicial, surgiendo la pregunta para el juez de pedir o no el agotamiento de la vía administrativa.

En el caso ambiental esto último sucede y la vía de escape es, en virtud de la ponderación que tuvo el legislador a favor de la tutela judicial efectiva, el art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, lo que es interpretado por el Tribunal Ambiental de Santiago en el Rol N° R-35-2014¹⁶ (que acumular a su vez R-37-2014 y R-60-2015) en el caso EFE en el Considerando 144°: “Que, si bien respecto de la competencia del Tribunal contenida en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, no es necesario agotar la vía administrativa – a diferencia de lo dispuesto en el artículo 17 N° 5 y N° 6 – lo cierto es que, habiéndose impugnado en sede administrativa la decisión de la autoridad, en virtud del inciso primero del citado artículo 54, este Tribunal no es competente para conocer de esta reclamación”¹⁷. La interpretación del Tribunal Ambiental de Santiago se acerca a un sistema mixto de agotamiento de la vía administrativa ambiental, con el fin de determinar su competencia para conocer reclamaciones, dependiendo del numeral del artículo 17 alegado en el juicio. Por tanto, ¿agotamiento de la vía administrativa en el ámbito ambiental? La respuesta es sí, dependiendo del numeral, pero quedando siempre a resguardo el valor de la tutela judicial efectiva en los casos de la invalidación de actos administrativos de carácter ambiental o invalidación impropia o invalidación recurso de dicho 17 N° 8. A su vez sin embargo

¹⁶ TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO. Sánchez Pérez Sandra / Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (Res. Ex. N° 0373 / 2013). Rol R-35-2014. Reclamación en virtud del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, de 18 de febrero de 2016.

¹⁷ Si bien fallo fue objeto del recurso de casación, la Corte Suprema en su sentencia de reemplazo indicó expresamente que los considerandos 137 a 150 se reproducen en ella ya que “no han sido afectados por los vicios de casación cuya concurrencia se estableció”, por tanto la cita e interpretación del Tribunal Ambiental en este punto sigue siendo válida. Ver: CORTE SUPREMA, Rol N° 19.302-2016.

surgen dos limitaciones, las alegaciones, argumentos y puntos a discutir no deben ser la mismas que una reclamación de otro numeral que no sea el 17 N° 8, es decir, este no es un numeral que sirva de sucedáneo de, por ejemplo una reclamación de participación ciudadana que no se realizó o se realizó pero donde no se tuvo éxito en la alegación formulada en sede administrativa, para luego recurrir con los mismos argumentos invocando el 17 N° 8. El Tribunal Ambiental ha sido explícito y contundente en su interpretación sobre el uso preferente del sistema recursivo especial, por sobre el general ya sea cuando se refiere a uso de recursos administrativos de la Ley N° 19.880 o del 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en relación a otros numerales del art. 17. La vía impugnatoria especial prevalece por sobre la general¹⁸.

Nos encontramos en definitiva que el sistema de reclamación ambiental chileno, aquel estatuidos en el artículo 17 de la Ley que Crea los Tribunales Ambientales se configura de manera mixta desde el punto de vista de la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa. Vimos que en el caso del N° 8 no se exige, pero respecto del N° 6 sí, haciéndose plenamente válida la interpretación del Tribunal Ambiental de Santiago en orden a que “Que, de las disposiciones antes mencionadas (se refiere a los artículos 20, 25 quinquies, 29 y 30 bis), se observa con claridad que el sistema recursivo especial en materia ambiental se construye en función del agotamiento de la vía administrativa”¹⁹. Su fundamento sería la buena fe, al no abusar de las instancias judiciales, el respeto de las competencias de los órganos administrativos del proceso de evaluación, que pueden o no acoger reclamaciones PAC, Director Ejecutivo del SEA o Comité de Ministros, y su consecuencia más directa, evitar decisiones contradictorias con esos mismo órganos y entre Tribunales Ambientales²⁰. Ahora bien, sin perjuicio que la jurisprudencia mayoritaria, y en el caso en comento también, el desarrollo de todos estos argumentos se asienta en el art. 54 de la Ley N° 19.880 cabe preguntarse ¿es el art. 54 inc. 1° realmente una norma que regule el agotamiento de la vía administrativa? Analizando la norma por sí sola parece que sí, sin embargo, al ver el desarrollo completo del artículo, en especial su inciso final, sería posible decir que más que agotamiento el art. 54 lo que hace es clausurar una vía (judicial o administrativa) cuando una de ellas ya ha sido elegida por el interesado y así evitar duplicidad de decisiones²¹. Toda esta argumentación, teórica al momento de dictar el fallo

¹⁸ Ver por ejemplo: R-34-2014, Considerando 10°.

¹⁹ Considerando 12° Rol N° 34-2014. Tribunal Ambiental de Santiago.

²⁰ Considerando 14° Rol N° 34-2014. Tribunal Ambiental de Santiago.

²¹ En contraste con las legislaciones que expresamente se refieren a ella como la Ley de Procedimiento Administrativo Argentino en sus artículos 23 y 24, en su Título IV, referido a la Impugnación judicial de actos administrativos: “Artículo 23.- Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas. Artículo 24.- El acto de alcance general será impugnado por vía judicial: a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10. El mismo razonamiento escéptico de que dicha regla establece perentoriamente el agotamiento se advierte por cierta parte de la doctrina nacional: “En el Derecho chileno, el artículo 54 de la Ley N° 19.880: sobre Bases de los procedimientos administrativos establece, aparentemente, la regla general en esta materia, otorgando a los particulares un derecho de opción para utilizar a su arbitrio los procedimientos o los procesos administrativos de impugnación, según estimen conveniente. En otras palabras, el ordenamiento jurídico

por el Tribunal Ambiental finalmente cristalizó en la Resolución N° 0914 de 5 de agosto de 2016 del Comité de Ministros que resolvió las reclamaciones interpuestas por observantes PAC a la RCA del proyecto Río Cuervo, resolución que fue reclamada ante el Tribunal Ambiental de Valdivia, siendo admitida a tramitación bajo el Rol N° R-42-2016, es decir, agotada la vía administrativa en el caso de reclamantes PAC (2 años después) es posible seguir la vía jurisdiccional. Cabe destacar que el Comité de Ministros en dicha resolución acogió parcialmente las reclamaciones interpuestas contra la RCA del proyecto, en atención a la observación sobre riesgo y alteración de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos a partir de la inducción sísmica que provocaría el proyecto²²; en atención a la determinación de afectación “escasamente relevante” de la especie becacina por parte del evaluador, pero reconociéndose que el proyecto afectaría el 55% del hábitat de esta ave (humedales), el Comité estimó el impacto como significativo, en atención además al estado de conservación, por tanto modificó la RCA en orden a incorporar a dicha especie en planes de seguimiento²³. Por otro lado, y centrado en la sismicidad activada posible del proyecto y con un enfoque preventivo el Comité incorporó un protocolo de acción en torno a la red de monitoreo en la materia, pero colocando especial énfasis en el llenado del embalse²⁴. La conclusión es que el argumento del Tribunal Ambiental de Santiago en orden a la posibilidad que tiene la Administración de subsanar sus errores u omisiones resultó útil en el caso, ya que se mejoraron las medidas de monitoreo de aves y del eventual proceso de sismicidad activada en sede de reclamación ante el Comité de Ministros.

nacional no exige un orden de prelación entre los procedimientos y procesos administrativos de impugnación, ni aún el paso previo por los primeros para llegar a los segundos, sino que otorga a los administrados el derecho de elegir la vía de impugnación específica en cada caso” Ver: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.36 Valparaíso ago. 2011. p. 255; En un sentido relacionado, el profesor Cordero indica “La regla del artículo 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo tiene por finalidad establecer que los recursos administrativos contra actos administrativos son facultativos para los interesados en el procedimiento administrativo –o como denomina la literatura clásica deben ser potestativos- es decir, los particulares afectados por una decisión administrativa no están obligados a ejercerlos para solicitar la revisión judicial de la misma, evitando de ese modo la trampa clásica del agotamiento de la vía administrativa previa”. Ver: CORDERO VEGA, Luis. La convivencia impugnatoria en materia ambiental según la Corte Suprema. Las extensiones del artículo 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El Mercurio Legal. 30 de septiembre de 2016.

b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas”. Ver: CORVALÁN, Juan. “Agotamiento de la vía administrativa vs. Tutela judicial efectiva (Hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, año XLV, N° 135, septiembre-diciembre de 2012, pp. 1111-1165.

²² COMITÉ DE MINISTROS. Res. Ex. N° 0914, p. 12.

²³ COMITÉ DE MINISTROS. Res. Ex. N° 0914, p. 80.

²⁴ COMITÉ DE MINISTROS. Res. Ex. N° 0914, p. 170.

6. Análisis de las prevenciones del Ministro Asenjo

6.1 Consideraciones de hecho del caso (los riesgos creados)

Los antecedentes del caso analizado, y en especial las alegaciones de los reclamantes en el proceso, señalan que la construcción de la Central Hidroeléctrica Río Cuervo genera riesgos de carácter sísmico y vulcanológico que podrían afectar la población de Aysén. Sin embargo, si bien la discusión sobre la generación de estos riesgos se ha dado en sede de autorización ambiental, es discutible que dicho sistema normativo tenga las herramientas para evitar o implementar medidas de gestión apropiadas al caso. En efecto, la normativa ambiental busca, en términos muy generales, proteger el medio ambiente de los riesgos de la acción humana, pero, como comentaremos a continuación, la gestión de los riesgos socio-naturales no es exactamente lo mismo, aun cuando están íntimamente relacionados, hasta el punto de parecer las dos caras de una misma moneda.

6.2 El riesgo como una construcción social

El caso en cuestión dice relación con el riesgo en general y con la gestión de riesgos socio-naturales en particular. Estos conceptos son definidos por la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de las Naciones Unidas (UNISDR por sus siglas en inglés) de la siguientes maneras: el riesgo es “la combinación de la probabilidad de que se produzca un evento y sus consecuencias negativas” y la gestión de riesgos de desastres se define como “el proceso sistemático de utilizar directrices administrativas, organizaciones, destrezas y capacidades operativas para ejecutar políticas y fortalecer las capacidades de afrontamiento con el fin de reducir el impacto adverso de las amenazas naturales y la posibilidad de que ocurra un desastre”. Por su parte, los desastres son “una seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos materiales, económicos y ambientales que exceden la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos”²⁵. Finalmente, podemos decir que los riesgos socio-naturales son aquellos donde existe la potencialidad de ocurrencia de un desastre ante la ocurrencia de un evento natural, como podrían ser los terremotos o las lluvias torrenciales.

Al respecto, es necesario tener presente que los riesgos son siempre una construcción social y que no existen riesgos meramente “naturales”, sino situaciones de riesgo que se encuentran compuestas por un elemento natural, es decir, una amenaza natural (como es el caso de los terremotos o volcanes). En efecto, la presencia de un volcán activo no es sí misma peligrosa y solo lo es cuando existen personas o bienes expuestos a sus erupciones. En este sentido, la literatura especializada en gestión de riesgos de desastres

²⁵ ONU. Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de las Naciones Unidas, "Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastre", Ginebra, Suiza, mayo del 2009.

identifica dos elementos componentes del riesgo: la amenaza y la vulnerabilidad. En términos generales, la amenaza se entiende como aquellos fenómenos capaces de generar daño mientras que la vulnerabilidad consiste en nuestro grado de exposición a ser afectados por dichos daños. Como es de suponer, existen muchos tipos de amenaza (bioquímica, tecnológica, natural, sanitaria, etc.) y muchas formas de vulnerabilidad (social, económica, institucional, etc.).

Así, solo existirá una amenaza si algún componente de la sociedad está expuesto a sufrir pérdidas si ocurre un potencial evento físico²⁶. Por otra parte, las amenazas pueden relacionarse entre sí, generando escenarios de amenazas múltiples²⁷. En lo concerniente a la vulnerabilidad, ésta no solo dice relación con la situación económica de un grupo social dado (puesto que generalmente se la asimila con pobreza), sino con su grado de exposición a la amenaza y sus capacidades para enfrentar un evento adverso, resistirlo y, eventualmente, fortalecerse de la experiencia. Al igual que las amenazas, las vulnerabilidades se combinan pudiendo generar diversos matices y se encuentran íntimamente ligadas a las amenazas, de tal forma que no posible entender una sin la otra²⁸.

En el caso de autos, no es apropiado decir que la Central Hidroeléctrica Río Cuervo crea un nuevo riesgo, puesto que la amenaza (la existencia de la falla sísmica) y la vulnerabilidad (la presencia de población susceptible de experimentar daños ante un evento sísmico) ya existían con anterioridad. Lo que más precisamente ocurre es que la construcción del proyecto aumenta un riesgo ya existente al incrementar los niveles de amenaza (posibilidad de gatillar un evento sísmico) y de vulnerabilidad (se expone a la amenaza a más población, los operarios de las instalaciones de la central y la infraestructura del proyecto).

El caso en cuestión se ajusta al hecho que el riesgo es un fenómeno dinámico, que se modifica a lo largo del tiempo y que es el resultado de un proceso social complejo con múltiples causas. De esta manera, si se quiere intervenir el riesgo con la intención de reducirlo, los elementos institucionales de gestión de riesgo de desastres deben, necesariamente, ajustarse a las características propias de su proceso de generación y centrarse en la vulnerabilidad (toda vez que, en el caso de las amenazas naturales, no nos es posible evitar la existencia de volcanes o fallas geológicas).

6.3 El riesgo en la legislación chilena

El riesgo es un elemento inherente a la vida, por lo que el concepto se encuentra recogido por el Derecho de diferentes maneras según la forma en que éste se presente en las distintas actividades humanas. Ejemplos de esta afirmación son las normas de responsabilidad en el derecho civil, la regulación de las medidas cautelares en derecho

²⁶ LAVELL, A. Sobre la gestión del riesgo: apuntes hacia una definición [en línea] <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd29/riesgo-apuntes.pdf>> [consulta: 27 de agosto] p. 2, 2002.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

procesal y, en especial, la legislación de seguros junto a sus especificaciones como lo son el seguro de riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y nuestros seguros de salud. De esta forma, no puede afirmarse que el riesgo es un elemento desconocido para el Derecho pero también es cierto que la gestión de los riesgos socio-naturales tiene particularidades propias que no se encuentran apropiadamente tratadas por nuestra legislación.

Al respecto, es menester señalar que el riesgo socio-natural tiene un ciclo, llamado “el ciclo el riesgo” el cual está compuesto por las etapas de prevención, reacción ante un evento (también llamada etapa de emergencia), etapa de rehabilitación y etapa de reconstrucción. Cada una de estas etapas se repite de manera cíclica y constante, puesto que la gestión del riesgo es permanente. En efecto, no es posible llegar a una situación de riesgo cero y siempre será necesario gestionarlo y tomar decisiones en un contexto de incerteza²⁹. En este sentido, el objetivo de la gestión de riesgo de desastres socio-naturales es garantizar que el desarrollo de la sociedad se de en condiciones óptimas de seguridad, por lo que se la considera un elemento indispensable para el desarrollo sostenible³⁰. Sin embargo, también es necesario tener presente que la gestión de riesgo de desastres socio-naturales no es solo un elemento técnico sino esencialmente político ya que se debe decidir cuánto riesgo se está dispuesto a tolerar y bajo qué condiciones³¹.

De esta forma, en derecho comparado ya se está hablando de “Derecho de los Desastres”³², el cual se dedicaría al diseño institucional de un sistema de gestión de riesgos de desastres según una visión integral del fenómeno, considerando el ciclo del riesgo y desde una perspectiva preventiva³³. De esta forma, una normativa en la materia debería recoger los ejes más importantes en gestión de riesgo, a saber: identificación del riesgo (reconociendo amenazas y vulnerabilidades); implementación de medidas de prevención, reducción y transferencia de riesgos; manejo de la emergencia ante la ocurrencia de un evento; implementación de acciones de recuperación y rehabilitación y la modificación permanente de los marcos regulatorios³⁴. De esta forma, unas de las normas más importantes en esta materia es aquella relativa a la construcción y uso de los suelos³⁵, ya

²⁹ MOYA MARCHI, Francisca. El Principio de Precaución. Santiago de Chile, p. 199, 2015; BOUDER, F., & BETH, E. Améliorer les procédures de prise de décision des pouvoirs publics en vue de la gestion des risques. Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire. p. 30, 2003; WINTER DE CARVALHO, D., & LIBERA DAMACENA, F. D. Direito dos desastres. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 13, 2013.

³⁰ LAVELL, A. Cit. ant. (26).

³¹ WINTER DE CARVALHO, D., & LIBERA DAMACENA, F. D. Direito dos desastres. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 13, 2013.

³² Nomenclatura que consideramos poco feliz ya que centra la atención en el evento adverso y no en el proceso de gestión para la reducción del riesgo (además de hacer de aquellos que se dedican a este tema, el objeto de burlas de todo tipo por parte de sus colegas). Por ello, preferimos hablar de “Derecho de gestión de riesgos de desastres socio-naturales”. FARBER, D. Symposium Introduction: Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law. Brigham Young University Law Review, 1783-1820, 2011.

³³ FARBER, D. Cit. ant. (32), p. 1788

³⁴ CASTRO, C. P., ORTIZ y otros. Aproximación metodológica a una articulación entre gestión del riesgo, gestión ambiental y ordenamiento territorial. Geograficando: Revista de estudios geográficos. p. 6, 2008.

³⁵ CASTRO, C. P., ORTIZ, J. Cit. ant (34), p. 4; FARBER, D. Symposium Introduction: Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law. Brigham Young University Law Review, 1783-1820. p. 1788, 2011.

que la forma de ocupación del territorio es uno de los elementos más importantes en la construcción de vulnerabilidades.

En el caso chileno, la normativa relativa la gestión de riesgos de desastres se encuentra dispersa y se concentra en el tratamiento de la emergencia, no en la intervención del proceso de generación del riesgo desde una perspectiva preventiva. Así, podemos señalar como las normas más relevantes en la materia las siguientes: la Constitución Política de la República en su artículo 1 inciso 5 , sobre el deber del Estado de dar protección a la población y sus artículos 37 y siguientes sobre estados de excepción constitucional; la Ley N° 16.282 sobre disposiciones para sismos y catástrofes y fija normas para la reconstrucción; el DFL N° 7.912 que fija atribuciones del Ministerio del Interior en materia de seguridad, tranquilidad y orden público; la Ley N° 19.175 sobre gobierno y administración regional que faculta para la adopción de medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencia y catástrofe; la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, el DL N° 369 del Ministerio del Interior que crea la Oficina Nacional de Emergencia (Onemi); el DS N° 509 del Ministerio del Interior que crea el Reglamento de la Onemi y el Decreto N° 156 del Ministerio del Interior que aprueba el Plan Nacional de Protección Civil.

De esta forma, la normativa chilena sobre riesgo socio-natural es dispersa y centra su atención en la respuesta a la emergencia y diseña pocas medidas para prevenir la generación de nuevos riesgos o impedir el agravamiento de los ya existentes. En lo concerniente al derecho urbanístico, el cual regula nuestra forma de ocupación del territorio, el elemento de riesgo está considerado por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en su artículo 2.1.7, el cual señala que los Planes Reguladores Intercomunales y Comunales podrán determinar áreas de riesgo por constituir un peligro para los asentamientos humanos. Así, en dichas áreas no se podrá construir o se podrá edificar de manera restringida. Sin embargo, esta disposición de la ordenanza general no tiene paralelo en la propia Ley de Urbanismo y Construcciones, siendo discutible que la determinación de las zonas de riesgo sea competencia de los Planes Reguladores Intercomunales, de tal manera que “las áreas de riesgo se ubican en una situación confusa, generando distintas posiciones e interpretaciones al respecto”³⁶.

De esta forma, las aprehensiones del señor Ministro Asenjo son acertadas, toda vez que al momento de hacer uso del espacio no es obligatorio que los instrumentos de

WINTER DE CARVALHO, D., & LIBERA DAMACENA, F. D. Cit. Ant. (31), p. 13.

³⁶ Al respecto, el profesor José Fernández Richard señala “Cabe señalar que las áreas de riesgo, las de protección ambiental y las áreas verdes son de especial importancia para nuestra sociedad hoy en día. Incluso podríamos catalogarlas de imprescindibles. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico no se puede omitir la crítica que dichas materias sean incorporadas al ordenamiento jurídico de manera irregular, a través de la potestad reglamentaria y no a través de una ley, tal como lo dictamina nuestra Constitución (artículo 19 n° 8 y 24 entre otros), ya que a partir de dicha regulación irregular sin contrapartida en la ley surgen importantes limitaciones a los derechos de las personas. FERNÁNDEZ RICHARD J. y HOLMES SALVO F. Derecho Urbanístico Chileno. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, p.108, 2013.

planificación territorial consideren las zonas de riesgo (de la lectura del artículo en cuestión se desprende que es facultativo) y es discutible que dicha materia sea competencia de un Plan Regulador Intercomunal, entorpeciendo que el riesgo sea abordado de manera armónica entre dos unidades administrativas afectadas por una misma amenaza (en este punto hay que tener presente que las amenazas no distinguen jurisdicciones y es un importante desafío coordinar a las diferentes unidades administrativas para una gestión armónica del riesgo, evitando que la mala gestión de un territorio determinado impacte negativamente en otro).

Vemos entonces que, aun cuando se relacione intuitivamente con el SEIA, la gestión de riesgo de desastres socio-naturales no es exactamente lo mismo. Así, nuestra legislación no ofrece una acción precisa para evitar que una actividad humana produzca nuevos riesgos, o profundice de los ya existentes, aumentando la vulnerabilidad un asentamiento humano concreto ante una amenaza natural ya identificada. Ante este escenario, es de especial importancia la implementación del principio precautorio señalado por el Ministro señor Asenjo, el cual también es recogido en doctrina internacional³⁷ junto con los principios de proporcionalidad, el principio de prevención, el principio de información, el principio de fundamentación y el principio de provisoriedad de las decisiones o de adaptabilidad³⁸. El conjunto de estos principios deben permitir la toma de decisiones en un contexto de incertidumbre, donde no es posible esperar tener certeza científica absoluta para la adopción de las medidas necesarias para gestionar el riesgo.

Finalmente, podemos señalar que son justificadas y alarmantes las aprehensiones del señor Ministro Asenjo toda vez que es efectivo que nuestro país no cuenta con un marco legal apto para gestionar su riesgo socio-natural. En este sentido, no es del todo extraño que se busque utilizar los medios que ofrece el SEIA ya que los riesgos particulares de este caso surgen de nuestra relación con el medio ambiente. Sin embargo, el SEIA no fue diseñado para enfrentar directamente la problemática de generación de riesgos socio-naturales y no tiene las facultades para resolver dicho asunto, aun cuando quisiera. Así las cosas, en el presente caso sería interesante analizar resultados si se adoptaran eventuales vías de impugnación al proyecto basadas en el derecho urbanístico o en el derecho municipal (respecto de los permisos de edificación y zonificación del suelo), lo cual implicaría desarrollar una argumentación desde la perspectiva de la profundización de riesgos socio-naturales y la afectación a la población humana y no necesariamente desde la protección ambiental.

³⁷ Al este respecto, los profesores Délton Winter de Carvalho y Fernanda Dalla Libera Damacena lo llaman “principio de precaución” pero desde una perspectiva del derecho de gestión de riesgo de desastres y no del derecho ambiental.

³⁸ WINTER DE CARVALHO, D., & LIBERA DAMACENA, F. D. Cit. ant. (31), p. 36.