

Revista de Derecho Ambiental. Año VI N° 9.



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 reseñas, 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.

Directora Responsable

Prof. Valentina Durán Medina

Sub Directora Responsable

Prof. Pilar Moraga Sarriego

Editores Responsables

Jorge Ossandón Rosales

Antonio Pulgar Martínez

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

Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad de Talca

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 naturaleza, reglas y el principio de proporcionalidad como límite al establecimiento de exigencias en la calificación ambiental de proyectos

Nature, rules and proportionality as limits to the imposition of conditions in the environmental impact assessment

Andrés Sáez Astaburuaga

Abogado, PUC

Magíster en Política y Regulación Ambiental,
London School of Economics & Political Science

Magíster en Derecho Público (LLM),
University College London

asaeza@gmail.com

Resumen: El presente trabajo destaca las reglas tanto de la Ley 19.300 como del Reglamento del SEIA que rigen la imposición de exigencias o medidas al momento de calificar un proyecto en el SEIA. Dichas reglas permiten identificar al SEIA como un instrumento de naturaleza *autorregulatoria*, según la cual, el proponente de un proyecto deberá describir unilateralmente su proyecto, los impactos que éste genera y las medidas para abordarlos adecuadamente; para que luego sean los servicios públicos quienes verifiquen técnicamente la idoneidad de la evaluación de impacto. Dichas reglas, naturaleza y principios en ocasiones no son considerados por la autoridad ambiental, despertando críticas al SEIA.

Palabras clave: Evaluación de Impacto Ambiental, autoregulación, principio de proporcionalidad.

Abstract: This work highlights certain environmental impact assessment rules contained both in the environmental law and the environmental impact assessment regulation. Such rules enable to describe the Chilean system as one of a self-regulatory nature, in which the developer describes its project, impacts and measures to duly deal with such impacts. Within this system, the state agencies must review and reach an assessment as to the technical suitability of these measures, and finally the Environmental Commission must qualify such measures. This set of rules are sometimes not complied by the authority, a situation that sparks critics to our environmental impact assessment system.

Keywords: Environmental Impact Assessment, self-regulation, principle of proportionality.

Introducción

Con ocasión de la aprobación o rechazo de proyectos de alta conflictividad en el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), es habitual que (re)surjan críticas hacia la institucionalidad y forma como se toman las decisiones en materia ambiental. Es en ese contexto en que la crítica suele estar asociada a la arquitectura institucional, limitándose a señalar que su conformación es excesivamente política, o bien, que la decisión ha omitido las consideraciones técnicas que se ventilaron durante el proceso de evaluación.

Sin embargo, el debate ha estado relativamente exento de un análisis detallado de la naturaleza y reglas del SEIA en cuanto límite a las potestades de la Comisión de Evaluación para la imposición de medidas o exigencias en la calificación de proyectos. Mi planteamiento indica que la naturaleza jurídica y forma en que fue diseñada nuestra evaluación de impacto ambiental no solo predetermina la manera en cómo se someten los proyectos a evaluación, sino también cómo éstos se evalúan por parte de los servicios técnicos y se califican ante la Comisión de Evaluación. Lo anterior, junto a las reglas procedimentales del SEIA y el principio de proporcionalidad, condiciona y limita la actividad de calificación de parte de la Administración, aspectos que suelen ser subestimados en el debate público.

El presente trabajo pretende relevar estos aspectos que han sido poco destacados en el debate, y tendrá por objeto ofrecer una hipótesis asociada a su escasa consideración incluso en la operativa habitual del SEIA por parte de los actores que toman la decisión. De este modo, se estima que si estas reglas y principios fueran adecuadamente considerados se podrían lograr resultados mucho más ajustados y óptimos, sin tener que recurrir al lugar común de que las decisiones son eminentemente políticas, o bien que se requiere el desarrollo de otros instrumentos coadyuvantes de la evaluación de impacto ambiental –como el ordenamiento territorial– para descomprimir nuestro vilipendiado SEIA.

Luego de ofrecer un estudio de la naturaleza jurídica del SEIA, de algunas reglas procedimentales claves para su operación y del principio de proporcionalidad aplicado al SEIA, el presente trabajo plantea que una real consideración de estos aspectos por parte de la autoridad debiera arrojar una mejora considerable en el funcionamiento de la evaluación de impacto, generando una real interdicción a actuaciones arbitrarias en el marco de la calificación de proyectos. Todo ello debiera redundar en que la decisión cumpla con la finalidad del SEIA en cuanto instrumento de gestión ambiental: permitir un desarrollo sustentable y servir como una herramienta eficaz para la toma de decisiones respecto a la ejecución o no de un proyecto o actividad que genera impactos ambientales¹.

¹ Jane Holder, *Environmental Assessment: The Regulation of Decision Making* (Oxford: Oxford University Press, Incorporated, 2006), 249.

Metodológicamente este trabajo se circunscribe a los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), mecanismo habitualmente utilizado para evaluar los proyectos de mayor conflictividad, y en que la autoridad calificadora suele tener mayores incentivos a incorporar variables que exceden la naturaleza, reglas y el principio de proporcionalidad en el SEIA.

1. La naturaleza jurídica y reglas de la evaluación de impacto ambiental predeterminan la forma y ámbito con que el proponente y órganos administrativos participan en el SEIA

1.1. El SEIA como procedimiento administrativo de origen autorregulatorio sujeto a un control del Estado: rol del titular

Nuestro SEIA está estructurado sobre una clara base de autorregulación, entendiéndose que ésta tiene lugar cuando los titulares de proyectos regulan y ejercen un control sobre su propio comportamiento². Más precisamente, en la evaluación de impacto ambiental el legislador optó por un modelo de autorregulación sancionada, según la cual un particular se autorregula y dicho contenido se sujeta a la posterior aprobación del gobierno mediante una autorización administrativa³, en este caso la resolución de calificación ambiental (RCA), autorización que certifica que el proyecto cumple con la normativa ambiental aplicable y que mitiga, compensa o repara adecuadamente sus impactos significativamente adversos.

El componente de autorregulación de nuestra evaluación de impacto ambiental⁴ se traduce en que la definición del ámbito y alcance de un proyecto y las medidas que se implementarán para hacerse cargo de sus impactos significativos, quedarán en primera instancia circunscritas a la forma en que el propio titular lo determine en la descripción del mismo⁵. En ese sentido, el legislador optó claramente por un sistema en que las tareas y responsabilidades en la elaboración del EIA –y todos sus capítulos– le corresponden a quienes adoptan la iniciativa, en desmedro de aquellos sistemas en que es la autoridad o un tercero

² Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en *Derecho de la Regulación Económica*, ed. por Santiago Muñoz Machado, vol. 1 (Fundamentos e Instituciones de la Regulación, 2010), 648.

³ Julia Black, «Constitutionalising Self-Regulation», *The Modern Law Review* 59, n° 1 (1 de enero de 1996): 27.

⁴ En ese sentido, podría sostenerse que el sistema chileno se asemeja a la evaluación de impacto ambiental que rige en la Unión Europea. Sobre el aspecto autorregulatorio de este último sistema de evaluación, vid. Holder, *Environmental Assessment*, 59.

⁵ Ver artículo 2 literales j) e i) de la Ley 19.300, de cuya interpretación conjunta se desprende que el SEA determinará si el impacto ambiental de un proyecto se ajusta a la normativa vigente, basándose en un documento elaborado por el proponente y que describirá tanto su proyecto como las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar sus efectos adversos.

ajeno al proponente el encargado de elaborar el EIA⁶. En el primero de esos casos, a la autoridad no le cabe más que ejercer un adecuado control o declaración definitiva del impacto⁷, mientras que, en el segundo, la Administración asume un rol más protagónico, en ocasiones subrogándose en la tarea del proponente de describir las características y alcances de su proyecto. Adicionalmente, en nuestra evaluación de impacto es el titular quien tiene la iniciativa exclusiva para decidir la oportunidad y forma de presentación del proyecto al SEIA⁸, y posteriormente quien debe definir, de la manera más conveniente a sus intereses, el contenido y configuración de su proyecto, sin perjuicio de la evaluación cooperativa con que las autoridades ambientales intervienen en el procedimiento⁹. A estos actores, según se verá a continuación, no les cabe más que evaluar, refutar y solicitar aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al contenido del EIA, previamente elaborada por el proponente¹⁰.

Tan importante es la información elaborada y entregada por el proponente en un modelo de contenidos mínimos como el nuestro, que el legislador incorporó reglas para que esta información sea completa e idónea con miras a una adecuada evaluación, precisamente mediante la verificación rigurosa del proyecto en la admisibilidad¹¹, como en la posibilidad de poner término anticipado a la evaluación en caso que el EIA carezca de información relevante o esencial para la evaluación¹²¹³.

Ahora bien, cabe destacar que la esfera autorregulatoria del SEIA, manifestada en la facultad del proponente de determinar el alcance de su proyecto, no le otorga a éste la posibilidad de describir su iniciativa de manera irresponsable o alejada de un ámbito de realidad, toda vez que dicha descripción deberá ajustarse a los contenidos mínimos establecidos en la Ley y el Reglamento y predeterminará importantes consecuencias jurídicas y prácticas. Desde luego, una de estas consecuencias consiste en que el titular estará asumiendo compromisos y un determinado nivel de cuidado en la forma con que deberá conducir su proyecto: si el proponente formuló su iniciativa bajo determinadas condiciones y exigencias, es fundamental que éstas sean posibles de cumplir. Y ese argumento ha sido justamen-

⁶ Para una revisión y comparación de sistemas de evaluación de impacto vid. Eduardo Astorga, *Derecho Ambiental Chileno: Parte General*, Cuarta Edición (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014), 211–214.

⁷ Ramón Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I (Madrid: Trivium, 1991), 314–315.

⁸ Rodrigo Guzmán Rosen, *Derecho Ambiental Chileno: principios, instituciones, instrumentos de gestión* (Santiago de Chile: Planeta Sostenible EIRL, 2012), 142.

⁹ Jorge Bermúdez, *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014), 267.

¹⁰ Esta reflexión encuentra reconocimiento legal en la interpretación literal y sistemática de los artículos 2, literales f), i) y j), 9 inciso 1º, y en los artículos 12, 13, 14 ter, 15 bis, 16 inciso final, 18, y 18 bis de la Ley 19.300.

¹¹ Artículo 14 ter de la Ley N° 19.300.

¹² Artículo 15 bis de la Ley N° 19.300.

¹³ Julio García y Lorna Püschel, «Modificaciones Procedimentales al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental desde la Óptica de la Información Necesaria para la Evaluación Ambiental», en *Derecho Ambiental en Tiempos de Reformas, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2010), 498.

te utilizado por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)¹⁴ y los Tribunales Ambientales¹⁵ al elevar al titular a una calidad de sujeto calificado, exigiéndole un sometimiento estricto a la RCA respectiva. En términos simples, estas autoridades sostienen que el titular, en tanto “[...] sujeto calificado en el marco del SEIA, activa el procedimiento, propone su proyecto, participa en la tramitación como actor principal, tiene diversas oportunidades para requerir aclaración o rectificación, y por tanto, tiene completa certeza de cuáles son las normas, condiciones y medidas de su RCA [...]. De esta forma, dichos sujetos son colocados en una especial posición de obediencia, respecto a determinados estándares estrictos de diligencia, en razón de bienes jurídicos que protege la legislación administrativa ambiental [...]”¹⁶.

1.2. El SEIA como procedimiento incremental: rol de los servicios públicos

El rol de los servicios públicos que participan en la evaluación consiste en servir de contrapeso a la facultad autorregulatoria del titular, mediante la posibilidad de manifestar reparos y advertir errores, omisiones o inexactitudes de que pueda adolecer el EIA¹⁷, los que deberán ser subsanados por el titular en un Adenda¹⁸. Cabe hacer presente que esta facultad de solicitar aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones debe tener siempre como telón de fondo la misión de indagar y obtener un juicio razonado respecto de las causales de aprobación o rechazo de los EIAs, esto es, deberá tender a ilustrar: (i) si los proyectos o actividades dan cumplimiento a la normativa ambiental aplicable; y (ii) si el proyecto mitiga, repara o compensa adecuadamente aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300 que genere o presente.

Es en ese contexto que la doctrina nacional ha indicado que el SEIA es un procedimiento incremental¹⁹, en el sentido que la decisión original del proyecto, elaborada mediante la autorregulación del titular en el EIA, mejora a medida que avanza la evaluación de impacto, “y las decisiones de las autoridades públicas se van ajustando a ese desarrollo incremental que deben constar en el expediente administrativo”. Una explícita manifestación de la naturaleza incremental del procedimiento de evaluación se encuentra en el artículo 28 inciso final del Reglamento del SEIA, en el sentido que una vez presentado, al EIA no

¹⁴ Vid. considerando N° 220.5 de la Resolución Exenta N° 994, de 28 de octubre de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de Exportadora Los Fiordos Ltda.

¹⁵ Vid. SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° R-6-2013. Rubén Cruz Pérez y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente. Considerando N° 62°.

¹⁶ Precisamente esa es la misma lógica que subyace en la presunción de responsabilidad por daño ambiental establecida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300.

¹⁷ Astorga, *Derecho Ambiental Chileno: Parte General*, 218.

¹⁸ Artículo 16 Ley N° 19.300.

¹⁹ Luis Cordero, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Segunda Edición (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2015), 271.

se le pueden agregar partes, capítulos, anexos u otros antecedentes, sin perjuicio de la posibilidad de adicionar mayor información en las Adendas, y que las nuevas observaciones formuladas en los ICSARAS podrán referirse únicamente a los antecedentes presentados en la Adenda respectiva.

Ahora bien, es preciso tener presente que los pronunciamientos de los servicios públicos cumplen una triple función para la calificación ambiental que debe efectuar la Comisión de Evaluación: (i) incrementar y mejorar la calidad ambiental de las medidas o exigencias que unilateralmente –en tanto manifestación de una autorregulación– se ha autoimpuesto el proponente del proyecto²⁰; (ii) cooperar para con el órgano calificador en ilustrar una decisión final respecto al proyecto²¹, mediante la conducción del procedimiento de evaluación hacia la dictación del Informe Consolidado de la Evaluación, acto trámite que contiene una recomendación respecto de la aprobación o rechazo del proyecto²²; y (iii) solicitar y explicitar los criterios técnicos sobre los cuales se establecerán las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad²³.

1.3. Competencia de la Comisión de Evaluación para calificar proyectos: potestad discrecional y reglada a la vez

1.3.1. Las potestades discrecionales

Generalmente, las facultades entregadas a la Administración no agotan necesariamente el espectro de actuación de ella, ya que determinados aspectos pueden no encontrarse establecidos en la ley o pueden encontrarse establecidos de forma genérica, requiriendo un grado de especificación por parte de la autoridad administrativa. De esta forma es que se configuran las potestades discrecionales²⁴, en las que, por así disponerlo el legislador, la autoridad administrativa cuenta con la facultad (margen de libertad) de optar por una u otra opción en el contexto decisorio particular, atendido el mérito, oportunidad o pertinencia.

²⁰ Bermúdez, *Fundamentos...*, 268.

²¹ Bermúdez, *Fundamentos...*, 267.

²² Artículo 9 bis Ley 19.300.

²³ Artículo 25 inciso 2° en concordancia con los artículos 9 y 9 bis inciso 2°, todos de la Ley N° 19.300.

²⁴ De frente a las denominadas potestades regladas, que son aquéllas que la norma legal tipifica de manera completa, determinando *a priori* el momento, contenido y forma de la actividad administrativa, de manera tal que la labor de la Administración se limita a una mera constatación de que el supuesto de hecho cumple con las exigencias legalmente previstas; se trata por tanto de una mera aplicación de la norma. Vid. Mónica Madariaga, *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 45-46; Luis Cosculluela, *Manual de Derecho Administrativo*, 9ª ed. (Madrid: Civitas, 1998): 327; Juan Balzán, «Los límites a la discrecionalidad, la arbitrariedad y la razonabilidad de la Administración», *Revista de Derecho Administrativo* N° 9 (2000), 9; Hugo Caldera, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II (Santiago de Chile: Ediciones Parlamento Ltda., 2001), 110-117; Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª ed. (Madrid: Civitas, 2008), 463.

cia apreciados por dicha autoridad en el caso concreto²⁵, considerándose tradicionalmente que existe un abanico de opciones, todas ellas igualmente justas. La finalidad de este margen de apreciación entregado a la Administración no es otra que permitir un manejo más adecuado de la cosa administrativa, de forma que, siempre dentro de los márgenes fijados por el Estado de Derecho y los límites propios derivados de él²⁶, la Administración esté efectivamente al servicio de la persona, pueda cumplir con su fin último que es la satisfacción de los intereses públicos generales, y no sea un prisionero de una mal comprendida legalidad.

La discrecionalidad no es un atributo predicable respecto de la integridad de una potestad, sino solo respecto de algunos aspectos de ella, existiendo por ende elementos que siempre serán reglados. En efecto, la doctrina administrativista es unánime en señalar que la discrecionalidad administrativa nunca es absoluta, sino que solo afecta a ciertos elementos de la potestad. Así, ante el ejercicio de una potestad discrecional se aprecia la coexistencia de la misma con elementos necesariamente reglados, de forma que en el acto administrativo es posible vislumbrar tanto elementos reglados como discrecionales. Normalmente los aspectos reglados son²⁷: la existencia misma y *ex lege* de la potestad, la extensión o alcance de la potestad, la competencia, el fin²⁸, la forma, el plazo y el objeto, uno de los elementos en que la discrecionalidad opera con mayor intensidad.

²⁵ La Contraloría General ha definido a la potestad discrecional como “...la voluntad de elección de la administración, dentro del marco legal y en su ámbito de competencia, de llevar a cabo tales actuaciones cuando la situación lo amerite” (Dictamen N° 50.183, de 2007).

²⁶ En cuanto a los límites de la potestad discrecional, el órgano de control ha señalado que “...el ejercicio de tales potestades discrecionales no puede significar arbitrariedad, de modo que la autoridad debe fundamentar las decisiones que adopte, pues, en tal caso, la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus actos adquiere una especial relevancia...” (Dictámenes N°s. 42.257, de 2009; 30.307, de 2004; 16.741, de 2003, y 46.934, de 2001). Con más detenimiento, ha señalado asimismo que “...la dictación de actos administrativos que corresponden al ejercicio de potestades discrecionales, exigen especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus actos y su objetivo es asegurar que éstos no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, esto es, que dichos actos cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que estén en la misma situación, como ocurre con el solicitante...” (Dictamen N° 61.632, de 2009). Junto a ello, ha indicado que “...el ejercicio de facultades discrecionales debe enmarcarse, por una parte, dentro de los principios de racionalidad y proporcionalidad que rigen los actos de los órganos de la Administración y, por otra, no exceder las atribuciones que, en lo pertinente, se les han conferido, debiendo adoptar procedimientos generales y objetivos...” (Dictamen N° 52.966, de 2009).

²⁷ Cosculluela, *Manual...*, 330-331; García de Enterría y Fernández, *Curso...*, 464-465; Ramiro Mendoza y Blanca Oddó, «Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación», *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 14 (2006): 165-166.

²⁸ Dichos elementos son los que en todo caso son reglados, a decir de García de Enterría y Fernández, *Curso...*, 464. De forma similar, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 6493-05. 12 de enero de 2006. Considerando 14°: “(...) en efecto, un acto administrativo puede ejercerse en virtud de una potestad discrecional y la discrecionalidad consiste en la opción para decidir en uno u otro sentido- otorgada por la ley al órgano habilitado para ello, pero hay dos elementos que nunca pueden quedar entregados a la discrecionalidad administrativa: la competencia del órgano y la finalidad que debe ser cumplida; elementos que no caben dentro de la opción...”.

Explicitando la coexistencia y articulación de aspectos reglados y discrecionales, la doctrina suele identificar dos elementos en la estructura de las potestades administrativas: (i) el supuesto de hecho del caso que habilita a actuar y (ii) la consecuencia jurídica que se aplica a tal supuesto de hecho²⁹. En ese contexto, lejos de una posición que identifique a las potestades regladas y discrecionales como dos realidades antagónicas e irreconciliables³⁰, es posible advertir posturas que sostienen que la discrecionalidad –o el margen de apreciación de la Administración– puede presentarse tanto en el ámbito del supuesto de hecho, en la esfera de las consecuencias jurídicas, o en ambos elementos de la estructura normativa.

En el caso de la calificación de los EIAs por parte de la Comisión de Evaluación nos encontramos frente a un evidente caso en que el legislador ha permitido un margen de apreciación de los elementos de hecho de la potestad, pero una vez afinada tal apreciación, corresponderá una aplicación reglada de las consecuencias jurídicas. Dicho de otro modo, el legislador habilita a la Comisión de Evaluación a apreciar si el EIA identifica que el proyecto generará o presentará los impactos significativos del artículo 11 de la Ley 19.300 y, en consecuencia, propone medidas de mitigación, reparación o compensación apropiadas, pero una vez identificados o no esos supuestos de hecho, y debidamente evaluados dentro del procedimiento, indefectiblemente la Comisión deberá aprobar o rechazar el EIA, todo ello según se apreciará a continuación.

1.3.1.1. Potestades discrecionales de aprobación de EIAs en las Comisiones de Evaluación: posibilidad de apreciar los elementos de hecho pero interdicción de integración en las consecuencias jurídicas aplicables

Los artículos 9 inciso 2º, 16 inciso final y 86 de la Ley N° 19.300, le confieren potestades a las Comisiones de Evaluación para calificar un EIA. Ninguna de esas normas le atribuye explícitamente la potestad a la Comisión de Evaluación para imponer medidas o exigencias, aunque parte de la doctrina –y la propia espontaneidad e inercia con que opera el SEIA– suelen invocar el inciso final del artículo 16 y los artículos 24 y 25, todos de la Ley N° 19.300, como normas habilitantes a tal efecto. Aún en el evento que se le reconozca la potestad a la Comisión de imponer exigencias, existen límites institucionales, procedimentales y sustantivos que restringen significativamente la citada potestad discrecional, según se aprecia en el acápite 3 del presente trabajo.

En relación al primero de los preceptos que se suele invocar para una pretendida potestad discrecional, cabe señalar que el artículo 16 es claro en orden a disponer que: “El

²⁹ Tales elementos suelen identificarse mediante la frase “si concurre el supuesto de hecho X, la Administración podrá o deberá adoptar la consecuencia jurídica Y o Z.” Para más detalle vid. Rubén Saavedra Fernández, *Discrecionalidad Administrativa* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2011), 19–23.

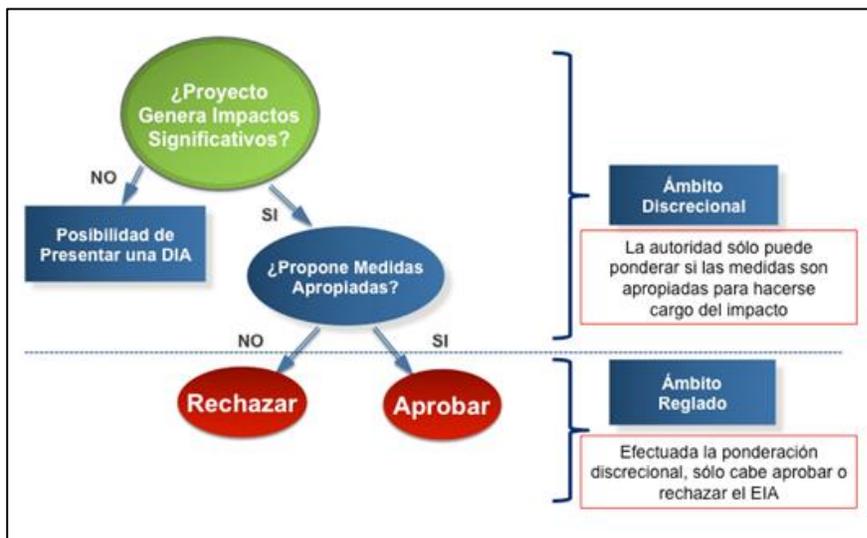
³⁰ Jorge Bermúdez, «Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la administración pública», *Revista de Derecho Administrativo* N° 7 (2012), 8.

Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado” (énfasis agregado).

En ningún momento esta regla le otorga a la Comisión de Evaluación la potestad explícita de imponer exigencias, sino simplemente se esbozan los dos requisitos copulativos para que la Comisión de Evaluación pueda aprobar un EIA: (i) que se cumpla con la normativa ambiental; y (ii) que las medidas propuestas sean apropiadas (idóneas) para hacerse cargo de los impactos significativos del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Estas medidas, como señala de manera explícita la norma, deben ser propuestas por el titular (con el referido ajuste de los servicios públicos que participan del SEIA, según se explicó previamente), y no pueden ser impuestas unilateralmente por la Comisión de Evaluación. Y lo anterior no podría ser de otro modo, toda vez que –según se ha razonando– el SEIA responde a una clara lógica autorregulatoria, en que es el titular quien propone medidas para hacerse cargo del impacto significativo, para que luego su idoneidad, mérito y pertinencia sea informada por los servicios que participan de la evaluación y, finalmente, sea la Comisión de Evaluación la que, haciendo suyas esas medidas, califique favorablemente el EIA en caso que éstas sean apropiadas; y en caso contrario, lo califique desfavorablemente.

De este modo, es en este segundo requisito de aprobación del artículo 16 inciso final –sobre la idoneidad de las medidas– donde encontramos un primer atisbo de potestad discrecional, pero solo en cuanto el legislador le ha conferido a la Administración un determinado margen para apreciar si se generan o presentan los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, y si éstos han sido mitigados, reparados o compensados de manera adecuada, tal como se ilustra en la figura N° 1, más abajo. Dicha atribución de potestades discrecionales definitivamente no engloba al sustrato reglado de la norma jurídica consistente en las consecuencias jurídicas de aprobar o rechazar el EIA, de modo que a la Comisión de Evaluación le está vedada la posibilidad de: (i) aprobar un EIA si se estima que las medidas propuestas no se hacen cargo de los impactos significativos; (ii) rechazarlo si se estima que las medidas ofrecidas no son idóneas para mitigar, reparar o compensar los impactos; o (iii) llegar a cualquier otra hipótesis, como sería la de imponer unilateralmente exigencias sin que haya mediado una discusión y evaluación previa. Es decir, existe una verdadera interdicción de imponer medidas o exigencias que no hayan sido propuestas en el EIA y/o complementadas por los servicios en el procedimiento incremental de evaluación de impacto ambiental.

Figura N° 1 Aspectos reglados y discrecionales en las potestades de la Comisión de Evaluación.



Fuente: Elaboración propia.

Dicho en los términos doctrinarios antes vistos, el legislador le otorgó una potestad discrecional a la Administración para verificar si se genera el supuesto de hecho establecido en la norma, pero no para reaccionar con una consecuencia jurídica no prevista por el ordenamiento jurídico que consistiría en asociarle unilateralmente, sin discusión y evaluación previa, otras medidas o exigencias al EIA³¹.

Y lo anterior, por lo demás, ha sido explícitamente reconocido por nuestra doctrina³², al sostener que: “[...] el modelo chileno adolece de ciertas limitaciones, en tanto establece que el rol principal de la autoridad ambiental es de verificar la legalidad del proyecto y certificar que las medidas de mitigación, compensación y restauración son las apropiadas, no resultando un mecanismo de evaluación propiamente tal, al no disponer de alternativas de contrastación. El rol por tanto del SEIA chileno es básicamente el de “mejorar” los proyectos, más que el de evaluar su sustentabilidad. Lo expuesto se refleja en el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.300 [...]”

³¹ En ese sentido la doctrina española ha reconocido esta dualidad de normas con aspectos discrecionales y reglados para reglas similares a la establecida en el artículo 16 inciso final de la Ley N° 19.300, precisamente al indicar que “[...] en ocasiones la norma no determina todos los elementos del presupuesto de hecho y sin embargo establece una sola consecuencia jurídica válida. Por ejemplo el art. 75.3 de la Ley 13/95 de 18-5, de contratos de las Administraciones públicas, afirma que la Administración podrá, o bien adjudicar el contrato a quien haya efectuado la propuesta más ventajosa, o declarar desierto el recurso. Pues bien, esa propuesta más ventajosa lo será en función de datos no especificados normativamente; sin embargo, la norma exige que se adjudique el concurso precisamente a la propuesta más ventajosa. Establece así una sola solución posible que excluye la discrecionalidad y permite así un control judicial de carácter óptimo de la solución, ya que éste aparece como un elemento normativo más...”, vid. María José Alonso Mas, *La solución justa en las resoluciones administrativas* (Valencia: Universitat de València, 1998), 166.

³² Astorga, *Derecho Ambiental...*, 62–63.

(énfasis agregado).

En síntesis, en el SEIA se ha dotado a la Administración de un margen de apreciación para estimar algunas condiciones de hecho que el legislador no ha definido³³, como ocurriría por ejemplo con la apreciación de si el proyecto genera o no una alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona³⁴. Esta naturaleza jurídica del SEIA responde concretamente a la necesidad de integrar vacíos que sin duda tiene la normativa ambiental, al ser material y prácticamente imposible crear normas que pretendan regular todas las posibles hipótesis de impacto ambiental, respecto de todas las tipologías de proyecto y atendiendo todas las circunstancias presentes en una infinidad de áreas de influencia. Justamente por esta razón es que existe este instrumento de gestión que, en base a la información ambiental comprendida en el EIA –y observada por los servicios públicos– permitirá calificar si las medidas ofrecidas por el titular –como manifestación de su autorregulación– son apropiadas para hacerse cargo de los impactos significativos del proyecto.

En cuanto a los artículos 24 y 25 de la Ley N° 19.300 como normas fundantes para imponer exigencias, es preciso indicar que éstas tampoco consagran expresamente la posibilidad de que la Comisión de Evaluación pueda imponer medidas o exigencias que no hayan sido propuestas por el titular, ni mucho menos discutidas en el curso de la evaluación. Por una parte, el artículo 24 (en relación con el artículo 86 de la Ley N° 19.300) utiliza los vocablos calificar, certificar, pero en ninguna parte le atribuye al órgano calificador la potestad de imponer medidas o exigencias *ex novo*, en tanto que el artículo 25 indica que “el certificado a que se refiere el artículo anterior (asumiendo que se refiere a la RCA), establecerá las condiciones o exigencias ambientales [...],” sin que pueda entenderse esta norma como atributiva de potestades, sino que simplemente como reconocedora de parte del contenido de la RCA que determina aquellas condiciones o exigencias ambientales debidamente discutidas, propuestas y evaluadas en el procedimiento de evaluación ambiental.

Finalmente, la autoridad ambiental suele utilizar un argumento histórico para sustentar su potestad de imponer exigencias. Al efecto, se recurre a la Historia de la Ley N° 19.300, precisamente a la discusión en la Sala de la Cámara, ocasión en la que H. Diputado Viera-Gallo indicó: “[...] Lo que me interesa es que quede establecido que la Comisión Nacional del Medio Ambiente o las regionales, cuando deban estudiar proyectos fundados en un estudio de impacto ambiental, no sean simplemente buzones a los cuales se les hagan llegar los distintos permisos sectoriales y se les diga cómo será mitigado o reparado adecuadamente el impacto ambiental negativo que va a producir la obra, ya que, ante esa circunstancia, no les quedaría otra posibilidad que aprobar el estudio y, por tanto, la realización del proyecto. Es importante que quede regis-

³³ Aunque de todos modos, el Reglamento del SEIA entrega mayor densidad normativa que le permitiría a la Administración aplicar de mejor modo la condición no definida por el legislador.

³⁴ Vid. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Madrid: Palestra Editores S.A.C., 2011), 491.

trado en la historia de la ley que la comisión respectiva tiene autonomía de criterio para aprobar o denegar una autorización, fundada en el estudio de impacto ambiental en un proyecto [...]”³⁵.

Al efecto, es importante enfatizar que la Comisión de Evaluación siempre ha tenido libertad de criterio –potestad discrecional o un margen de apreciación– para estimar y calificar si el proyecto mitiga, repara o compensa adecuadamente un impacto significativo, pero en lo que no tiene una potestad discrecional es precisamente en llegar a una solución distinta de la que determina el procedimiento de evaluación respectivo, y distinta a la exigida y ordenada de manera precisa y clara por el artículo 16 inciso final de la Ley N° 19.300. De hecho, como se puede apreciar en la citada historia legislativa, lo que finalmente consta en la misma es que “[...] la comisión respectiva tiene autonomía de criterio para aprobar o denegar una autorización, fundada en el estudio de impacto ambiental en un proyecto [...]”. Nada más.

En síntesis, una correcta interpretación de las normas invocadas apela a que las medidas o exigencias sean propuestas por el titular y discutidas y evaluadas en el procedimiento de evaluación, respondiendo a criterios técnicos solicitados por los servicios en un diálogo procedimental con el proponente, y que finalmente la Comisión de Evaluación, con ocasión de la calificación ambiental del proyecto, las rechaza o hace suyas en la RCA, con la limitación dispuesta en el artículo 9 bis de la Ley N° 19.300. Así las cosas, el siguiente acápite establecerá de manera clara y sin lugar a dudas, cuáles son los requisitos para la imposición de medidas o exigencias por parte de la Comisión de Evaluación, los que responden a resguardos procedimentales, institucionales, y sustantivos.

2. Requisitos para la calificación de proyectos e imposición de exigencias a un EIA en el SEIA

Según se pudo apreciar con ocasión de la revisión de la naturaleza jurídica del SEIA y de la competencia de la Comisión de Evaluación, el rol de este último órgano se encuentra circunscrito a la calificación del proyecto, no cabiéndole la posibilidad de imponer exigencias *ex novo*, sino más bien, la Comisión debe hacer suyas las medidas generadas a instancias del titular o de los servicios que participaron en la evaluación. A continuación, se realiza un análisis pormenorizado de los requisitos para la imposición de estas medidas.

³⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 19.300* (Valparaíso: 1994), 826.

2.1. Existencia de impactos significativos generados por el Proyecto

Qué duda cabe, el primero y más obvio de los requisitos habilitantes para la imposición de medidas es la existencia de impactos significativos que el proyecto genere o presente. Ello fluye del tenor literal de los artículos 2 literal i) y 16 de la Ley N° 19.300.

2.2. Que, las medidas surjan dentro del procedimiento de evaluación, ya sea porque el proponente las ofrece o bien porque los servicios las requieran

Este segundo requisito se desprende claramente de los acápites 1.1. y 1.2. anteriores, en el sentido que el SEIA tiene una naturaleza autorregulatoria impulsada por el titular, y luego incrementada o mejorada por los servicios públicos³⁶. Es en el citado contexto y diálogo titular – servicios técnicos en que deben surgir las distintas medidas o exigencias, a fin de determinar su idoneidad. Dichas medidas posteriormente serán calificadas de apropiadas o inapropiadas por la Comisión de Evaluación.

Adicionalmente, es necesario hacer hincapié en el hecho que la evaluación de impacto ambiental equivale jurídicamente a la fase de instrucción de este procedimiento administrativo³⁷, etapa que culmina en términos temporales con la dictación del Informe Consolidado de Evaluación, acto trámite que sirve de antecedente a la RCA, y que junto con contener el conjunto de informes sectoriales y pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia³⁸ sobre los que se construye este procedimiento, dará cuenta de los aspectos normados vinculantes para la Comisión de Evaluación. Tal y como han indicado los Tribunales Ambientales³⁹, la inclusión del artículo 9 bis con la reforma del año 2010 respondió a una necesidad de despolitizar las decisiones adoptadas por las Comisiones de Evaluación, de modo que este acto trámite, que sirve de antecedente para la RCA y que consolida toda la discusión y deliberación del procedimiento de evaluación, servirá como un primer freno para las competencias del órgano calificador.

En consecuencia, no le corresponde a la Comisión de Evaluación describir el proyecto o imponer medidas, menos sin mediar un intercambio previo con el parecer del titular, pues establecer lo contrario dejaría a los particulares al arbitrio de las definiciones unilaterales de la Administración, implicando desdibujar y eventualmente transformar un proyecto en otro distinto que incluso podría carecer de lógica para su proponente. Lo anterior ha sido por lo demás refrendado por la Contraloría General de la República, en el sentido de señalar que el SEIA es un procedimiento reglado, en el cual no cabe la inclusión de trá-

³⁶ Artículos 2 literal f), i) j), 9 inciso 1°, 12, 13, 14 ter, 15 bis, 16 inciso final, 18 y 18 bis de la Ley 19.300.

³⁷ Aspecto que se desprende del Párrafo 3° del Título IV (artículos 35 y siguientes) del Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, nuevo Reglamento del SEIA.

³⁸ Vid. artículos 9 inciso final y 9 bis inciso 2°.

³⁹ Vid. SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-2-2013. 1 de octubre de 2013. Considerando N° 7.

mites adicionales a los legalmente contemplados⁴⁰.

La inobservancia del requisito de que las medidas se generen dentro del procedimiento, configura una infracción al principio de contradictoriedad, y que en materia de evaluación de impacto ambiental, se vincula además con el principio conclusivo del artículo 52 inciso final del Reglamento del SEIA, según el cual “las solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a que alude este artículo, sólo podrán referirse a los antecedentes presentados en la Adenda respectiva”. De este modo, la instrucción del procedimiento de evaluación debe necesariamente tender hacia una debida coherencia de manera que: (i) las nuevas observaciones de la autoridad versen únicamente sobre los nuevos antecedentes que el titular incorpora en los sucesivos Adenda, evitando cuestionamientos que no hayan sido formulados en los ICSARAS anteriores, circunscribiendo la evaluación del proyecto a cada vez menos temas; pero también (ii) evitando reabrir observaciones que supuestamente quedaron zanjadas, e incluso ventilarlas fuera del proceso de evaluación.

2.3. Que, en el evento de ser solicitadas por los servicios públicos, estas actúen de manera fundada y dentro de las esferas de sus respectivas competencias

Si, en el marco del procedimiento de evaluación, los servicios públicos estimaren que las condiciones o medidas para hacerse cargo de los impactos significativos ofrecidas por el proponente no son apropiadas, entonces deberá hacer presente tal situación, pero siempre fundadamente y actuando dentro del marco de sus competencias, tal y como exige el inciso final del artículo 9 de la Ley N° 19.300. Esos informes, qué duda cabe, no pueden versar sobre aspectos que escapen a las competencias técnicas de los servicios, toda vez que se estaría torciendo el objeto de la evaluación de impacto, dando origen a vicios que incluso pueden ser constitutivos de desviación de poder.

De este modo, las reglas dispuestas en los artículos 9 incisos 4° y final y 9 bis inciso 1° de la Ley N° 19.300, no solo configuran un resguardo procedimental para los intereses del proponente, sino que también se trata de una verdadera garantía sustantiva que fluye del deber de motivación de los actos administrativos, particularmente cuando estos implican un gravamen para el interesado. Y justamente esta garantía ha sido invocada por la Corte Suprema para requerir el mayor estándar de motivación de esta tipología de actos administrativos⁴¹, en procedimientos de similar naturaleza al SEIA⁴², todo ello según se ordena en el

⁴⁰ Vid. entre otros, Dictámenes N° 44.032 de 2002, 6518 de 2011, 86.712 de 2015.

⁴¹ Vid. a modo de ejemplo, CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. Rol N° 201-2012. 10 de diciembre 2012. 10 de diciembre de 2012. Considerando 11°. Confirmada por la E. Corte Suprema, CORTE SUPREMA. Rol N° 9469-2012 y CORTE SUPREMA. Rol N° 7071-2012. 26 de noviembre de 2012. Considerandos 3° y 4°.

⁴² El procedimiento de similar naturaleza utilizado como ejemplo y que motivó el fallo de la E. Corte Suprema corresponde al procedimiento destinado al otorgamiento de un permiso de operación de un casino de juegos previsto en los artículos 16 y siguientes de la Ley N° 19.995. Ello por cuanto en dicho procedimiento

inciso 2° del artículo 11 de la Ley N° 19.880. Simplemente para reforzar la referida idea, nuestra Corte Suprema ha indicado que: “Los denominados actos administrativos de gravamen, dirigidos por su naturaleza a restringir la esfera jurídica de los administrados, deben ser motivados y, aunque no importen ejercicio de jurisdicción, deben respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento, recogido en el inciso 5° del artículo 19 N° 3 de la Carta Política”⁴³.

2.4. Que, en el evento de ser solicitadas por los servicios, las medidas respondan a sus criterios técnicos

Esta exigencia, elevada a la categoría de verdadera garantía para el proponente, pretende reforzar el deber de motivación del acto terminal y también circunscribir el ámbito de acción de la Comisión de Evaluación, mediante un anclaje de la acción del ente calificador a los criterios técnicos que hubieren surgido en el procedimiento de evaluación, según se desprende del tenor del artículo 25 inciso 2° de la Ley N° 19.300: “Las condiciones o exigencias ambientales indicadas en el inciso anterior (aquellas establecidas en la RCA) deberán responder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación” (énfasis agregado).

Son dichos criterios técnicos los que deben servir de fundamento a las medidas, fundamentos que eventualmente la Comisión puede no compartir, pero de ninguna manera ello la habilita para subsidiar una decisión mediante el establecimiento de medidas *ex novo*.

Este requisito previsto en el inciso segundo del artículo 25 de la Ley N° 19.300 proviene justamente de una norma incorporada con ocasión de la reforma a la institucionalidad ambiental el año 2010, que estaría en línea con la voluntad de despolitizar las decisiones de calificación de un proyecto⁴⁴. En ese contexto, se transforma en un resguardo procedimental adicional a la calificación por parte de la Comisión, la que no podrá alejarse de los criterios técnicos que se hubieren deliberado en el marco del procedimiento de evaluación.

Esta regla fue incorporada al proyecto de ley en el seno de la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara, y fue aprobada por unanimidad por los miembros de esa entidad, siendo importante destacar lo sostenido al respecto por el Honorable Senador Letelier: “[...] porque estamos ante una nueva institucionalidad, donde se plantea -y por eso este punto no puede verse separado de otros- que los informes técnicos son vinculantes y obligatorios respecto de las opiniones de los consejos consultivos, lo que es muy importante para evitar que criterios políticos, coyunturales, puedan pasar por encima de tales informes,

interactúan una serie de autoridades quienes informan para la instalación de un casino. Al efecto vid. CORTE SUPREMA. Rol N° 29.046-2014. 15 de abril de 2015. Considerandos 4° y 7°.

⁴³ CORTE SUPREMA. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, sección 5° 93 (1996): 153.

⁴⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, R-2-2013..., Considerando N° 7.

cuestión que muchos de nosotros hemos criticado en la actual institucionalidad [...]»⁴⁵.

Lo que se requiere, en definitiva, no es simplemente que la materia haya sido observada “durante el proceso de evaluación”, en cuanto manifestación de un resguardo procedimental para la Comisión de Evaluación, sino también que exista un criterio técnico adecuado, según exige expresamente el artículo 25 inciso 2° de la Ley N° 19.300. Ello significa que la autoridad debe manifestar su parecer e informar invocando elementos pertenecientes a una ciencia o arte⁴⁶ del ámbito de su competencia y que, con ocasión de la evaluación de impacto ambiental, sea relevante a los efectos de identificar, estimar y posteriormente asociar una medida o exigencia idónea. De lo contrario, existiría un incentivo perverso a simplemente formular observaciones –cumpliendo con el trámite procedimental–, sin importar que éstas respondan a elementos particulares de una ciencia o arte, lo cual contravendría el esencial carácter técnico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental⁴⁷.

3. El principio de proporcionalidad como factor clave en el SEIA

3.1. Doctrina general del principio de proporcionalidad

Como es sabido, en materia ambiental existe una constante tensión entre dos garantías constitucionales, a saber: (i) el derecho a desarrollar cualquier actividad económica o libertad de empresa (artículo 19 N° 21 de la Constitución); y (ii) el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 de la Constitución), permitiendo esta última norma el establecimiento legal de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

A solucionar dicha tensión apunta el procedimiento de evaluación ambiental y el acto administrativo terminal resultante: la RCA. En efecto, por medio de esta autorización de funcionamiento, la autoridad administrativa levanta la prohibición previa existente para la ejecución de una determinada actividad que puede ocasionar impacto ambiental, fijándose en dicho acto las condiciones y exigencias ambientales que el titular deberá cumplir en la ejecución de su actividad.

⁴⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia...*, 1883.

⁴⁶ De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, técnico significa “perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias o artes.

⁴⁷ En efecto, nuestra doctrina sostiene que la evaluación de impacto ambiental se define genéricamente como un conjunto de estudios técnico-científicos, sistemáticos e interrelacionados entre sí, que persiguen identificar, predecir y evaluar los efectos positivos y negativos que pueda producir una o un conjunto de actividades desarrolladas por el hombre, sobre la vida humana, la salud, el bienestar del hombre y el medio ambiente y sus ecosistemas. Astorga, *Derecho Ambiental...*, 72; En sentido similar, se afirma que a través de la evaluación de impacto ambiental se incorpora la variable ambiental a la toma de decisiones administrativas, *aportándose desde la perspectiva técnica*, el conocimiento y la prevención de riesgos, para que el órgano decisor adopte la resolución final previa su ponderación y de forma razonada. Vid. José Antonio Razquin, *La evaluación de impacto ambiental* (Madrid: Aranzadi, 2000), 244.

Cumpliendo el mandato constitucional de reserva legal en relación a las restricciones que se impongan al ejercicio de derechos, el artículo 25 de la Ley N° 19.300 establece que las RCA pueden contener condiciones o exigencias ambientales que deban cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad, previéndose en todo caso que tales condiciones o exigencias han de responder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el procedimiento de evaluación, en los términos ya expuestos en los acápites previos.

Las referidas condiciones constituyen verdaderos elementos accesorios del acto administrativo autorizacional, y, en tanto tales, se encuentran sometidas no solo a las exigencias específicas establecidas en el citado artículo 25 sino que, asimismo, a las generales derivadas de su consideración como elemento accesorio de un acto administrativo. Dentro de estas últimas exigencias se sitúa el principio de proporcionalidad⁴⁸.

El principio de proporcionalidad constituye un elemento fundamental para el control de las actuaciones administrativas en el marco del Derecho Ambiental, como ordenamiento esencialmente limitativo o restrictivo, morigerando así sus consecuencias. La relevancia de lo anterior radica en que permite la coexistencia de la protección ambiental con otros derechos también constitucionalmente garantizados, como es el caso de la libertad de empresa⁴⁹. Dicha idea de compatibilidad ha sido destacada en la doctrina comparada⁵⁰, la cual afirma que la proporcionalidad, como manifestación de la denominada prohibición de exceso, sirve para controlar la idoneidad de las actuaciones del Estado, en tanto que implica el deber de los poderes públicos de utilizar sólo aquellos medios e instrumentos que limiten de menor modo la libertad de los ciudadanos, buscando así la intervención mínima del Estado. Las ideas expuestas son reconocidas por nuestra doctrina⁵¹, al sostenerse que el referido principio de proporcionalidad: “[...] alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear, lo que permite que la intervención administrativa se componga por solo lo que sea necesario y suficiente para la satisfacción del interés general que en cada caso la Administración debe servir. De este modo, la proporcionalidad se complementa con el principio *favor libertatis* que promueve la adopción, entre todas las medi-

⁴⁸ Tal y como lo afirma expresamente la doctrina. Al respecto, *vid.* Francisco Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo* (Madrid: Tecnos, 1996), 238-240.

⁴⁹ Por ello se afirma que “(...) La Constitución no garantiza un medio ambiente absolutamente libre de contaminación. Ello nunca estuvo en la idea del constituyente, y se vio confirmado con la definición del concepto de medio ambiente libre de contaminación contenido en el artículo 2 letra m) Ley 19.300. Aún así, aquellas situaciones de conflicto entre bienes jurídicos, deberán ser resueltas conforme al principio de proporcionalidad...” (el destacado es nuestro). *Vid.* Bermúdez, *Fundamentos...*, 126.

⁵⁰ Winfried Kluth, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», en *Cuadernos de Derecho Público* N° 5 (1998): 226.

⁵¹ Gladys Camacho Cepeda, *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*, Tomo IV (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2010), 75-76.

das posibles, de aquella que resulte ser menos restrictiva a la libertad de los particulares afectados [...]. En suma, atendiendo a que este principio permite enjuiciar la legitimidad de la actuación administrativa desde la perspectiva material, toda acción estatal debe ser proscribida si comporta un sacrificio a la libertad que resulte inútil, innecesario y desproporcionado. En consecuencia, la virtualidad del principio de proporcionalidad se extiende con especial energía en el juzgamiento de las decisiones de los poderes públicos desde la perspectiva sustancial [...].”

A partir de dichas consideraciones es que el examen de proporcionalidad de una medida implica analizar una serie de factores o subprincipios cuya presencia es requerida para sortear el test de proporcionalidad, de forma que faltando alguno de dichos elementos, la medida bajo análisis debe considerarse como desproporcionada, a saber⁵²:

(i) Su utilidad, esto es, la idoneidad de la medida en relación con el fin, en cuanto a su aptitud o eficacia en relación con dicho fin, de modo que la medida al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto;

(ii) Su necesidad, es decir, que no exista otra medida más moderada que facilite el objetivo propuesto, de forma que la medida adoptada sea la menos gravosa de aquellas idóneas para el fin en cuestión, debiendo rechazarse todas aquellas medidas que puedan ser reemplazadas por otras que sean igualmente eficaces, pero menos lesivas⁵³. Es lo que se denomina como principio de intervención mínima⁵⁴. Precisamente por ello es que el control de necesidad conlleva la exigencia de comparar entre las medidas posibles; de ahí que se afirme que el análisis de la necesidad de una medida tenga carácter comparativo⁵⁵, siendo la realización de este análisis comparativo el que permite sopesar en forma adecuada la necesidad de una medida; y,

(iii) Su proporcionalidad *stricto sensu*, esto es, que la medida sea equilibrada con relación al interés general al que ella responde, derivándose de la misma más ventajas o beneficios para el interés público que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, lo que implica finalmente una suerte de análisis costo-beneficio para determinar la justicia de la acción. Así, la referida proporcionalidad impone un análisis costo-beneficio de las medidas susceptibles de imponerse, estudio que comprende tantos aspectos económicos como de otra índole.

Lo expuesto ha sido expresamente reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en fallo de fecha 8 de octubre de 2015 (Rol N° 2744), sin perjuicio de la existencia de mu-

⁵² Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015), 94-95; Rubén Saavedra, *Discrecionalidad Administrativa* (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2011), 136; Iván Díaz García, «La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI (2011): 174-198; Camacho, *Tratado...*, 76; Javier Barnes, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5 (2011): 18.

⁵³ Díaz, *La aplicación...*, 185.

⁵⁴ Velasco, *Las cláusulas...*, 239.

⁵⁵ Díaz, *La aplicación...*, 185-187.

chos otros fallos en los que, en forma más o menos similar, el máximo interprete constitucional ha aplicado el referido principio⁵⁶. En el citado fallo el TC sostuvo (Considerando Vigésimo Segundo): “[...] Que el principio de proporcionalidad, también conocido como “máxima de razonabilidad” o “principio de prohibición de exceso”, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho.

Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios o subjuicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación). (Diccionario Constitucional Chileno, Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 55, año 2014, p. 752).

Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, a la proporcionalidad en sentido estricto se la percibe como un mandato de ponderación. Es el caso cuando existen principios en pugna, en el evento de que la ley de colisión exija que se ponderen los intereses en juego. En conclusión, debe asumirse que determinadas valoraciones deben hacerse para establecer una relación de prevalencia entre los principios en juego; [...]”.

Por tanto, es a la luz de los desarrollos expuestos que deben analizarse las condiciones y exigencias impuestas por la autoridad ambiental en la RCA.

3.2. La proporcionalidad en el derecho ambiental y en el SEIA

De manera adicional a los aspectos generales revisados anteriormente, cabe señalar que es la propia Ley N° 19.300 la que exige un análisis respecto a si las medidas que se ofrecen y/o imponen son proporcionales para hacerse cargo de los impactos significativos. Y lo anterior no solo fluye de la propia definición legal de EIA dispuesta en el literal i) del artículo 2 de la Ley N° 19.300, que ordena vincular las acciones o medidas que se ejecutarán con la necesidad de impedir o minimizar los efectos significativamente adversos, sino

⁵⁶ Para su análisis *vid.* Rainer Arnold, José Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 1 (2012): 65-116.

también de la propia articulación de definiciones que el Reglamento del SEIA establece respecto de las medidas de mitigación y compensación. Según éstas: “Las medidas de mitigación tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos de un proyecto o actividad [...]” (artículo 99); y “Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado”.

Así las cosas, en términos técnicos y prácticos, las medidas de compensación cobran relevancia cuando no existe factibilidad técnica de aplicar medidas de mitigación o reparación, o bien cuando éstas no son capaces de hacerse cargo en su totalidad de los impactos significativos⁵⁷. Una medida de compensación asume la afectación de un componente o elemento del medio ambiente debido a que asume el canje de un efecto adverso por la generación de un efecto positivo equivalente. Ese test de equivalencia evidentemente implica la realización de un balance adecuado, idóneo y necesario de la medida para hacerse cargo del impacto significativo.

Ahora bien, cabe señalar que el parámetro de idoneidad en el establecimiento de medidas, en tanto manifestación de la proporcionalidad general en el procedimiento de evaluación ambiental, no solo implica que el foco deba estar puesto en la determinación de la medida, sino que necesariamente es fundamental conocer adecuadamente el impacto significativo al cual esa medida de mitigación, reparación o compensación responde o adhiere. Y lo anterior no podría ser de otro modo, toda vez que, la verdadera lógica de la construcción de un EIA –según se desprende de los contenidos mínimos exigidos por el artículo 12 de la Ley N° 19.300 y de las metodologías de focalización o *scoping*, según advierte la literatura especializada⁵⁸– pretende, en primer lugar, preveer, estimar y luego cuantificar los impactos ambientales significativos de un proyecto, para lo cual la trilogía de línea de base, descripción de proyecto y metodologías cualitativas y cuantitativas son fundamentales. Recién despejada esa primera variable de la ecuación procede revisar si las medidas son apropiadas o idóneas, y por ende proporcionales.

Es este el prisma que todo titular de proyecto, los servicios públicos que participan de la evaluación y, en definitiva, las Comisiones de Evaluación, deben tener en consideración a los efectos de ofrecer, discutir y determinar el establecimiento de medidas, respectivamente.

⁵⁷ Vid. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. *Guía para la Evaluación del Riesgo para la Salud de la Población* (Santiago: 2012), 30.

⁵⁸ Jane Holder y Maria Lee, *Environmental Protection, Law and Policy: Text and Materials* (Cambridge University Press, 2007), 580; John Glasson, Riki Therivel, y Andrew Chadwick, *Introduction To Environmental Impact Assessment* (Abingdon: Routledge, 2012), 88.

Conclusión

El presente trabajo no ha hecho más que relevar algunas reglas procedimentales dispuestas tanto en la Ley N° 19.300 como en el Reglamento del SEIA y que ocasionalmente no son consideradas al momento de calificar un proyecto o bien al imponerle exigencias o medidas *ex novo* en sede de calificación ante la autoridad ambiental. Dichas reglas permiten razonar que el SEIA cuenta claramente con una naturaleza de autorregulación sancionada, según la cual, el proponente de un proyecto deberá describir unilateralmente su proyecto, los impactos que éste genera y las medidas ofrecidas para abordarlos adecuadamente; para que luego sean los servicios públicos quienes verifiquen técnicamente la idoneidad de la evaluación de impacto. En este contexto, el rol de la Comisión de Evaluación –en tanto órgano calificador– se ve constreñido por una serie de resguardos procedimentales, institucionales, y sustantivos que deben necesariamente ser considerados en la decisión final.

Finalmente, este trabajo ha relevado el rol que ostenta el principio de proporcionalidad en cuanto principio general del derecho, y como éste se encuentra incardinado en el corazón de la evaluación de impacto en el SEIA.

Todos estos principios y normas permitirían postular que, de seguirse de manera estricta en la operatoria habitual del SEIA chileno, se podría arribar a decisiones mucho más robustas y adecuadas, en que un presunto afán político de la Comisión de Evaluación –derivada de su integración eminentemente política– podría encontrar resguardos serios para que, en definitiva, el sistema opere adecuadamente, con un respeto al mérito del expediente de evaluación de impacto ambiental de carácter técnico.

Bibliografía

- Alonso Mas, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Universitat de València, 1998.
- Astorga, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno: Parte General*. Cuarta Edición. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.
- Balzán, Juan. «Los límites a la discrecionalidad, la arbitrariedad y la razonabilidad de la Administración». *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9 (2000): 7-34.
- Barnes, Javier. «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar». *Cuadernos de Derecho Público* N°5 (1998): 15-49.
- Bermúdez, Jorge. «Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la administración pública». *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7 (2012): 3-26.
- . *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.
- Black, Julia. «Constitutionalising Self-Regulation». *The Modern Law Review* 59, n° 1 (1 de enero de 1996): 24–55.
- Camacho Cepeda, Gladys. *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Sustan-*

- cial de la Administración del Estado*, Tomo IV. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2010.
- Caldera, Hugo. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II. Santiago de Chile: Ediciones Parlamento Ltda., 2001.
- Cordero, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2015.
- Coscolluela, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. 9ª ed. Madrid: Civitas, 1998.
- Darnaculleta i Gardella, Maria Mercè. «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía». En *Derecho de la Regulación Económica*, de Santiago Muñoz Machado, 2010.
- Díaz García, Iván. «La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI (2011): 167-206.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, T I, 14ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- García, Julio, y Lorna Püschel. «Modificaciones Procedimentales al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental desde la Óptica de la Información Necesaria para la Evaluación Ambiental». *Derecho Ambiental en Tiempos de Reformas, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2010.
- Glasson, John, Riki Therivel, y Andrew Chadwick. *Introduction To Environmental Impact Assessment*. Abingdon: Routledge, 2012.
- Guzmán Rosen, Rodrigo. *Derecho ambiental chileno: principios, instituciones, instrumentos de gestión*. Santiago de Chile: Planeta Sostenible EIRL, 2012.
- Holder, Jane. *Environmental Assessment: The Regulation of Decision Making*. Oxford University Press, 2006.
- Holder, Jane, y Maria Lee. *Environmental Protection, Law and Policy: Text and Materials*. Cambridge University Press, 2007.
- Kluth, Winfried. «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», *Cuadernos de Derecho Público*, N°5, 1998.
- Madariaga, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Martín Mateo, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*, vol I. Madrid: Trivium, 1991.
- Mendoza, Ramiro y Oddó, Blanca. «Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación». *Revista Actualidad Jurídica*, Vol. 14 (2006): 161-178.
- Rainer, Arnold, Martínez Estay, José, y Zúñiga Urbina, Francisco. «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1 (2012): 65-116.
- Razquin, José Antonio. *La evaluación de impacto ambiental*. Madrid: Aranzadi,

2000.

Saavedra Fernández, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2011.

Recibido: 7 de septiembre de 2017.

Aceptado: 15 de octubre de 2017.

Afiliación institucional del autor:
Andrés Sáez, Investigador independiente.