

Análisis crítico del proyecto de ley que modifica el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

Dominique Hervé E.

Ximena Insunza C.

Abril de 2019

- A mediados del año 2018 el gobierno del Presidente Sebastián Piñera envió al Congreso Nacional un Proyecto de Ley que reforma el Sistema de Evaluación Ambiental (SEA). Este viene a atender una demanda recurrente en la sociedad chilena desde hace años, la necesidad de repensar los mecanismos de evaluación sobre el impacto en el medio ambiente de las distintas actividades económicas.
- El presente documento hace un análisis en profundidad del proyecto de ley enviado, mirando en términos generales su articulado, pero también poniendo énfasis en aspectos específicos sobre cómo el Proyecto de Ley no soluciona algunos de los elementos que supuestamente atiende.
- Las condiciones de la reforma planteada al SEA plantean dudas razonables sobre si efectivamente apuntan hacia la dirección requerida para el cuidado del medio ambiente y el resguardo de una participación ciudadana efectiva e incidente. Por lo mismo es relevante la duda que se plantea si es posible seguir pensando que a través de reformas al SEA es posible regular el desarrollo medioambiental en Chile.

Índice

- I. Introducción3
 - Origen, naturaleza y lógica del SEIA3
 - Operación en la realidad, datos de inversiones, fiscalización y conflictos4
 - Críticas al SEIA5
- II. Proyecto de Ley6
 - Objetivos y propuestas declarados6
 - Objetivos particulares6
 - Otras reformas al SEIA.....14
- III. Conclusiones16



I. Introducción

Con fecha 31 de julio de 2018, el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera envió al Congreso un Proyecto de Ley para reformar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)¹. Este proyecto forma parte de la agenda pro-crecimiento del Ejecutivo, junto a otras iniciativas como el proyecto de ley pro-inversión² o la creación de la oficina de grandes proyectos sustentables (GPS).³

La modificación al SEIA era esperada y anhelada por ciertos sectores, puesto que en la práctica este instrumento se ha transformado en el centro de la toma de decisiones sobre proyectos de inversión y tiene implicancias que van más allá de su objetivo natural de protección ambiental, a saber, la evaluación de impactos ambientales.

Lo anterior se explica, en primer lugar, porque se le ha sindicado como una barrera para el desarrollo de ciertas actividades económicas y, en segundo lugar, porque el SEIA ha tomado un rol muy preponderante en el sistema de gestión ambiental nacional dada la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de suficiente normativa ambiental, de instrumentos de ordenamiento territorial y, también, de mecanismos de redistribución de la riqueza.

El análisis de este proyecto de ley es sumamente relevante porque da señales respecto a cuál es el rol que el SEIA debe jugar en nuestra sociedad, pudiendo adelantar desde ya, que las modificaciones propuestas por el Gobierno actual no lo potencian como una herramienta de protección del medio ambiente o un instrumento de gestión ambiental robusto, sino que, más bien, parecen buscar desterrar algunos problemas que redundan en los plazos de tramitación de proyectos. Se encuentra implícita en esta propuesta una mirada de corto plazo, perdiéndose, una vez más, la oportunidad de mejorar el SEIA en la consecución de metas más acordes con un desarrollo sustentable, una mejor distribución

de nuestras riquezas y una verdadera participación ciudadana. Si la modificación prospera, seguiremos en deuda respecto a todas las dimensiones de la justicia ambiental.⁴

En este contexto, cabe señalar que el presente documento es una crítica constructiva al proyecto de ley. Es claro que el proyecto nos parece muy deficiente, pero nuestro objetivo es que, a medida que analicemos su contenido, se puedan proponer mejoras a fin de robustecer adecuadamente este instrumento. Cabe, en todo caso, señalar que una modificación al SEIA siempre será una línea de acción acotada, pues los problemas ambientales de nuestro país requieren mucho más que una reforma de este tipo para ser abordados correctamente. Por ejemplo, enfocarse en lograr mayor y mejor normativa ambiental (de calidad, de emisiones, y de procesos industriales), evaluar las regulaciones existentes sobre uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables, desarrollar mayor regulación sobre el uso del territorio y profundizar en los mecanismos institucionales para la defensa de los intereses de los ciudadanos, entre otros.

Origen, naturaleza y lógica del SEIA

La evaluación de impacto ambiental como instrumento de gestión ambiental surge en Estados Unidos a fines de la década de los sesenta, y es rápidamente recogida en diversas latitudes. Esta proliferación se explica, entre otras razones, por el desarrollo del derecho ambiental a nivel internacional, en especial, por lo dispuesto en el Principio 17 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, que sostiene que “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

1. Proyecto de Ley que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Boletín 11952-12)

2. Proyecto de Ley que Perfecciona los Textos Legales que Indica, para Promover la Inversión (Boletín N°11743-03).

3. <http://www.economia.gob.cl/oficina-de-gestion-de-proyectos-sustentables>

4. Entendemos que la “justicia ambiental” incorpora diversas dimensiones, entre las cuales destacan una dimensión distributiva, que apunta a la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y una dimensión política o participativa, que apunta a la participación significativa en la adopción de decisiones ambientales.



Nuestro país no quedó ajeno a estas transformaciones y es así que la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), recogió este instrumento, denominándolo Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.⁵ Su efectiva implementación ocurrió en 1997, con la entrada en vigencia del respectivo Reglamento, normativa que fue sustituida íntegramente en 2012⁶ para adaptarse a las modificaciones introducidas en 2010 por la Ley N° 20.417, que rediseñó la institucionalidad ambiental.⁷ De todos los instrumentos de gestión ambiental, el SEIA es el que mayor protagonismo e incidencia ha logrado entre los diversos actores nacionales, en desmedro de otros instrumentos que podrían resolver los problemas ambientales de una manera más integral y general.

El SEIA es, sin lugar a duda, la manifestación más concreta del principio preventivo, en virtud del cual los efectos adversos significativos de los proyectos y actividades deben evaluarse con anterioridad a su desarrollo, con el propósito claro de mitigar, compensar y reparar los mismos.

Por consiguiente, es evidente que el SEIA responde a un diseño institucional y regulatorio que condiciona la aprobación de proyectos de inversión a la obligación de hacerse cargo de sus efectos ambientales. En la actualidad, quien administra el sistema

es el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), ente a cargo de coordinar los distintos organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental (OAECA) para que, dentro de sus competencias, se pronuncien respecto de los posibles impactos ambientales del proyecto en concreto.

Operación en la realidad, datos de inversiones, fiscalización y conflictos

A continuación, se presentan algunos números que ilustran la realidad del SEIA.⁸ En primer lugar, se puede señalar que, desde los orígenes del instrumento, más de 20.000 proyectos han ingresado al SEIA. Específicamente desde 2010 a la fecha el número de ingresos se remonta sobre los 8.000, incluyendo tanto Estudios de Impacto Ambiental (EIA) como Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA). Estos números abarcan la totalidad de los sectores productivos, siendo la cifra de proyectos ingresados desde el 2010 equivalente a más de MMU\$400.000.

Por otra parte, existe en la actualidad alrededor de 14.000 resoluciones de calificación ambiental (RCA) que han sido dictadas por las autoridades competentes. De los antecedentes disponibles en materia de fiscalización ambiental, se puede concluir que alrededor de 1.000 expedientes de fiscalización del total de expedientes elaborados por la SMA -disponibles en SNIFA- se encuentran asociados específicamente a RCA.

Por último, de acuerdo con el mapa de conflictos socioambientales elaborado por el INDH el 2018, del total de 116 conflictos identificados en el país, 62 se encuentran activos, 30 latentes y 24 cerrados. En el caso de los primeros, según el mapa, todos ellos están relacionados con la la evaluación del impacto ambiental de proyectos de inversión, es decir, al SEIA.⁹ Los principales sectores productivos involucrados: la minería, la energía y el saneamiento ambiental.

5. Ley N° 19.300 Aprueba Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, promulgada y publicada en 1994, modificada en 2010 (Ley N° 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente) y 2016 (Ley N° 20.920, establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje). El Título II, "De los Instrumentos de Gestión Ambiental", comprende: la educación e investigación; la evaluación ambiental estratégica; el sistema de evaluación de impacto ambiental; el acceso a la información ambiental; las normas de calidad, la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental; las normas de emisión; los planes de manejo, prevención o descontaminación; y la certificación, rotulación y etiquetado.

6. D.S. N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente.

7. La Ley N° 20.417 eliminó la Comisión Nacional del Medio Ambiente y creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Su artículo 8° transitorio comprometió la creación de los Tribunales Ambientales (actual Ley N° 20.600) y el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (proyecto de ley actualmente en discusión).

8. Los números que aquí se presentan se obtienen de la información disponible en las páginas web del SEA, la SMA y el INDH.

9. Véase: <https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/reportes?page=1&size=20&sort=id,asc>



Críticas al SEIA

La importancia del SEIA es capital tanto para la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación como para alcanzar el objetivo del desarrollo sustentable. Sin embargo, a pesar de las mejoras institucionales, existe acuerdo transversal (ya que en la administración pública, el sector privado o la sociedad civil) en la necesidad de una reforma que garantice una mayor predictibilidad técnica y jurídica, y una mayor participación de la ciudadanía. La diferencia radica en la forma de alcanzar dichos objetivos.

En 2016, bajo la segunda administración del Gobierno de Michelle Bachelet, se creó la “Comisión Asesora Presidencial para la reforma del SEIA”, con la participación de algunos sectores de la sociedad. Asimismo, en forma paralela y reactiva, por considerar a la primera como carente de una representación amplia, se creó la “Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma del SEIA”.¹⁰ Ambas comisiones entregaron en sus informes propuestas y recomendaciones para mejorar el sistema, todas con el objeto de hacerse cargo de las críticas o deficiencias del mismo; entre las que destacan, por ejemplo: las deficiencias de las vías de ingreso al SEIA, la ausencia de una participación ciudadana efectiva, las pertinencias de ingreso como un mecanismo de regularización de las RCAs, la falta de coherencia entre los pronunciamientos de los organismos sectoriales en proyectos similares y la implementación de la consulta indígena.

El informe de la Comisión Asesora Presidencial para la reforma del SEIA fijó como ejes estratégicos de sus propuestas, los siguientes: i) criterios de ingreso e instrumentos de evaluación; ii) procedimientos y contenidos de la evaluación; iii) participación de los servicios públicos con competencia ambiental y permisos ambientales; iv) participación ciudadana y consulta indígena, y; v) instrumentos asociados a la RCA. Por su parte, las principales propuestas de

la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria se agrupan en los siguientes puntos: i) Sobre las Bases, Fundamentos y Principios del Sistema de Evaluación Ambiental; ii) Sobre el Ingreso y Evaluación Ambiental; iii) Sobre los Servicios Públicos y Permisos Ambientales Sectoriales; iv) Sobre la Participación Ciudadana y Consulta Indígena, y; v) Sobre los Instrumentos Asociados a la RCA.

Para comprender las críticas al SEIA, es importante tener en cuenta que la legislación ambiental chilena, desde sus orígenes, adoptó un modelo de regulación ambiental basado en instrumentos de gestión en vez de regular los componentes ambientales propiamente tales (agua, aire, suelo, etc.). Lo anterior es complejo, pues el déficit regulatorio ambiental y aquél relacionado con el uso y aprovechamiento de nuestros recursos naturales, se ha tratado de satisfacer a través del SEIA. Lo anterior conlleva una sobrecarga al sistema y una frustración entre los usuarios, pues en rigor, no puede cumplir un objetivo para el que no fue diseñado. Cabe destacar al respecto que existe consenso entre los diversos actores de que dicho instrumento no es el idóneo para elaborar políticas públicas ni para suplir la deficiencia regulatoria.

Adicionalmente, Chile no cuenta con una legislación comprensiva de ordenamiento territorial, problema que también se ha trasladado al SEIA, siendo éste incapaz de resolver la “competencia” por el uso del territorio, por cuanto, como hemos señalado, su finalidad es la evaluación de impactos ambientales. Los proyectos al interior del SEIA son evaluados individualmente, en su mérito, sin real consideración a las demás actividades existentes en la respectiva área de influencia.¹¹ En otras palabras, no se evalúa la conveniencia del desarrollo del proyecto en relación con el contexto local, regional o nacional, solo se revisa a grosso modo si cumple con la normativa o si produce efectos ambientales para establecer medidas, pero no hay una concepción holística inmersa en el SEIA.

10. <http://www.fima.cl/wordpress/2016/08/10/infome-de-la-comision-sindical-civico-parlamentaria-para-la-reforma-del-seia/>

11. La LBGMA sólo exige al titular tener en cuenta los demás proyectos con RCA para el establecimiento de la línea de base (art. 12, letra b).



II. Proyecto de Ley

El proyecto de ley enviado por el segundo gobierno de Sebastián Piñera, y que es objeto de escrutinio en este documento, podría ser analizado desde diversos enfoques. En primer lugar, en función de una política ambiental que asegure una evaluación ambiental coherente e integral para lograr una protección ambiental efectiva y que garantice la justicia ambiental; en segundo lugar, podría escrutarse a partir de las críticas y las propuestas de ajustes efectuadas al SEIA tanto por la Comisión Presidencial como por la “Comisión Sindical Cívico Parlamentaria”; y por último, puede ser estudiada en base a los objetivos declarados en el mismo proyecto. Este documento sólo realizará este último análisis. En otras palabras, sobre los objetivos expresamente declarados por el Ejecutivo, se revisarán las modificaciones legales propuestas para determinar si realmente éstos se cumplen.

Objetivos y propuestas declarados en el proyecto

Cuatro son los objetivos declarados como fundamento de las modificaciones propuestas en el proyecto de ley: i) reducir el componente político en el procedimiento de calificación ambiental; ii) ampliar y mejorar los espacios de participación ciudadana; iii) permitir un mayor y equitativo acceso a la justicia ambiental, y; iv) solucionar legalmente aspectos históricamente controversiales.

En cuanto al primero de los objetivos, esto es reducir el componente político en el SEIA, se sostiene la necesidad de acotar al mínimo las instancias de decisión política, para lo cual se formula un rediseño de la institucionalidad ambiental a cargo de las decisiones en materia de evaluación ambiental de proyectos, tanto a nivel regional (reemplazo de las Comisiones de Evaluación Regionales por Comisiones Macrozonales) como nacional (eliminación del Comité de Ministros).

En relación con el segundo objetivo, esto es la ampliación de los espacios de participación ciudadana se incorpora la participación ciudadana anticipada para los proyectos que deben ingresar al SEIA. En el caso de los EIAs será obligatoria y en las DIAs

voluntaria, y se ajustan los plazos en la participación ciudadana formalizada al interior del SEIA.

En lo que se refiere al tercer objetivo, a saber: lograr un acceso igualitario a la justicia ambiental, la propuesta de reforma consiste en la creación de nuevos recursos ante los tribunales ambientales, consagrando el recurso de reclamación ante esta judicatura como la vía recursiva idónea en materia de evaluación ambiental.

Por último, en cuanto al cuarto objetivo: la solución de aspectos históricamente controversiales se refiere a algunas cuestiones puntuales relacionadas con las RCA, tales como su revisión y divisibilidad, y la competencia en materia de modificación de la RCA, específicamente respecto de los cambios de titularidad y seguimiento. Se agrega también a la reforma, la eliminación del mecanismo de certificación de conformidad de las DIAs, ciertas modificaciones en la determinación de las tipologías de proyectos que deben ingresar al SEIA y la concreción de la llamada “ventanilla única”.

Objetivos particulares

A continuación, se analizarán las materias más relevantes del proyecto de ley:

Reforma al diseño institucional del SEA/ Explicación y críticas

El proyecto establece que el SEA se desconcentrará territorialmente a través de 3 direcciones macrozonales (Antofagasta, Santiago y Valdivia) que tendrán a su cargo la evaluación de los proyectos. En cada dirección macrozonal existirá un Director Macrozonal quien representará al SEA, será nombrado por el Director Ejecutivo y estará afecto al sistema de Alta Dirección Pública (ADP). Este director estará a cargo de establecer criterios y lineamientos de evaluación de impacto ambiental en su respectiva macrozona. A su vez, cada dirección macrozonal, contará con oficinas regionales -a cargo de un jefe regional- las cuales tendrán que velar por la realización de la participación ciudadana, la evaluación de impacto ambiental y la coordinación de los OAE-CA. Cada región, a su vez, contará con un comité técnico que deberá analizar técnicamente las obser-



vaciones contenidas en los pronunciamientos sectoriales y resolver los desacuerdos técnicos que se susciten durante la evaluación de impacto ambiental.

En cuanto a la calificación de los proyectos, se elimina la Comisión de Evaluación Ambiental regional y se crean las Comisiones de Evaluación Macrozonales, que estarán compuestas por: i) un miembro designado por el Presidente de la República; ii) el director macrozonal del SEA; iii) el Gobernador Regional; iv) el Secretario Regional Ministerial del Ministerio del Medio Ambiente; v) el Secretario Regional Ministerial del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo -estos tres últimos, correspondientes a la región en que se ejecutará el proyecto-; vi) un profesional del área de las Ciencias seleccionado por ADP; y vii) un profesional del área del Derecho seleccionado por ADP. Cada uno de los miembros de la comisión, deberá motivar adecuadamente su voto, basado en consideraciones técnicas y ambientales relacionadas con las causales de los artículos 16 y 19 de la LBGMA.

Cabe señalar que es nuestra opinión que, tratándose la RCA de un acto administrativo de aprobación de la Administración, la eliminación del componente político del SEIA es imposible y no existen fundamentos unívocos para sostener que se trata de algo deseable. Una primera cuestión que se debe tener presente es que los “expertos o técnicos” no necesariamente son neutrales. Por otro lado, tampoco es necesariamente recomendable que sean éstos los que decidan todos los ámbitos de la vida pública. Creemos que el foco de la discusión debiera, en cambio, trasladarse al procedimiento mediante el cual se adoptan las decisiones, así como a su fundamentación, lo que permite que la discrecionalidad propia de la Administración no pueda transformarse en un actuar caprichoso, arbitrario o carente de fin.

En todo caso, lo que llama la atención del proyecto de ley es que en la práctica no elimina el componente político, sino que, por el contrario, lo mantiene. En efecto, la composición propuesta para la Comisión Macrozonal no asegura prescindencia política toda vez que solo dos integrantes contarían con un perfil netamente técnico, pero su conocimiento experto solo es un requisito de elegibilidad, pues pos-

teriormente será la autoridad política -Director Ejecutivo del SEA- quien elegirá entre los postulantes. Cabe señalar que si bien se garantiza el conocimiento técnico de los integrantes se establece un modelo que no atiende al balance de las distintas miradas sobre la protección del medio ambiente, elemento necesario en las decisiones ambientales.

Asimismo, desde el punto de vista institucional, no parece justificada la división de la autoridad decisora en 3 macro zonas, pues la evaluación técnica ambiental sigue siendo regional, en la medida que se mantiene el comité técnico a este nivel. Por otro lado, la referencia a los Tribunales Ambientales (TA) como fundamento del diseño macrozonal no es auto-explicativa, considerando que la demanda entre los TA no ha sido proporcional.

En el fondo, se puede concluir que este nuevo diseño institucional se relaciona con las modificaciones al sistema recursivo -que se analizan más adelante- y busca favorecer que la decisión de la Administración constituya en la práctica un primer nivel decisorio, el que tendrá siempre un segundo nivel en sede jurisdiccional, trasladando de esta manera a la jurisdicción la actividad propia de la Administración, esto es la calificación ambiental de los proyectos, lo que, en otras palabras, constituye un incentivo a la judicialización y una desnaturalización del instrumento.

En el mismo sentido, si bien la eliminación del Comité de Ministros - que más adelante se analiza en detalle- puede ser una reforma positiva, en cuanto busca hacerse cargo de las críticas a su composición íntegramente política, no permite justificar la exclusión de una etapa recursiva en sede administrativa, lo que podría conllevar atrasos insospechados en la tramitación de los proyectos pues, como señalamos, todo sería directamente judicializable, sin el filtro de la etapa recursiva administrativa. Creemos que una alternativa a esta propuesta podría ser crear una instancia administrativa distinta al actual recurso que conoce el Comité de Ministros, instancia que pudiese tener un carácter unipersonal o colegiado, pero con salvaguardas procedimentales (etapas, plazos, requisitos).

En definitiva, el proyecto de ley no explica de manera suficiente las razones que se tuvieron para propo-



ner estas modificaciones específicas, las que podrían tener su sustento en restricciones presupuestarias (se trata de un diseño institucional muy caro para replicar en cada región), lo que, si bien es una variable muy relevante, en ningún caso debiera ser la decisiva, más aún tratándose de esferas muy sensibles. En definitiva, en el proyecto de ley hay una total ausencia de datos y antecedentes que permitan justificar la elección de la estructura institucional que se está presentando y sus ventajas.

Reforma al mecanismo de Participación Ciudadana (PAC)/ Explicación y críticas

En esta materia se incorpora, en primer lugar, un nuevo párrafo sobre la “participación anticipada de la comunidad previo al procedimiento de evaluación de impacto ambiental”. De acuerdo con la regulación propuesta, en el caso de los EIA la participación anticipada es obligatoria, en cambio en el caso de las DIA es voluntaria. Sin embargo, una vez expresada por el proponente la decisión de someterse a la participación anticipada ésta será obligatoria.

Para el caso de los EIA y las DIA el procedimiento es el mismo y se inicia con la información al SEA de la intención del proponente de someter un proyecto a evaluación mediante EIA/DIA, con el objeto de generar un proceso de diálogo temprano entre comunidad y proponente. Este diálogo tiene por finalidad lograr un acta que deje constancia de los eventuales acuerdos -también de los desacuerdos- todo lo cual deberá ser incorporado en un documento denominado “Términos de Referencia Ambientales” (TDR), los cuales deben ser autorizados por los TA. En dicho documento se debe dejar constancia de información específica del proceso, incluyendo la formulación inicial del proyecto y las eventuales modificaciones.¹² Los TDR servirán de base para la

preparación y presentación del EIA/DIA. En total la PAC anticipada tendrá un plazo no mayor a 18 meses y el proponente tiene un plazo de 2 años desde la publicación de los TDR para someter su proyecto a evaluación.

El procedimiento se realiza por el proponente con el apoyo técnico de las oficinas regionales del SEA, que podrá convocar a los OAECA para que efectúen recomendaciones para la futura evaluación. El SEA deberá elaborar una guía que establezca la metodología para la PAC anticipada.

Un segundo grupo de modificaciones en materia de participación ciudadana dice relación con las disposiciones que regulan la PAC durante la evaluación, en los EIA y DIA. El proyecto de ley reduce el plazo de participación ciudadana en EIA de 60 a 30 días, y de 30 a 20 días, para cuando se abre una nueva etapa de participación si hubiera aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que modifiquen sustantivamente el proyecto. En cuanto a la participación ciudadana en DIA, ésta deberá realizarse si es solicitada por 20 personas naturales directamente afectadas o cuatro organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, y se abrirá por un plazo de 20 días. En caso de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, se abrirá una nueva etapa por 10 días. Por último, se elimina el concepto de “carga ambiental”¹³, lo que claramente consiste en una mejora pues se trataba de una barrera de acceso sustantiva.

El objetivo declarado del proyecto de ley -en lo que a PAC se refiere- consiste en ampliar espacios de participación ciudadana y dotarlos de mayor significancia. Sin embargo, la regulación precisa que se propone no resulta adecuada ni suficiente para lograr dicho objetivo por las razones que se señalan a continuación.

12. Los TDR deberán contener la siguiente información: a) la descripción de la propuesta inicial del proyecto o actividad; b) una sistematización de las actuaciones efectuadas; c) listado de los participantes o sus representantes, según corresponda; d) las materias identificadas como de importancia ambiental por los organismos que participaron en la etapa y sus recomendaciones para la evaluación; e) las preocupaciones manifestadas por los actores involucrados; f) el listado de comunidades identificadas en el área de eventual impacto de la propuesta inicial del proyecto o actividad; g) el resultado de la etapa de participación

ciudadana anticipada con sus eventuales acuerdos voluntarios; h) las eventuales modificaciones efectuadas por el proponente a su propuesta inicial de proyecto o actividad luego de la etapa de participación ciudadana anticipada, incluyendo localización, diseño, tecnología u otros; y i) el aporte económico y social del proyecto definitivo que se va a presentar a evaluación, así como su contexto ambiental.

13. Este concepto se incorporó en la reforma del 2010 a la LBGMA, mediante la Ley N° 20.417. De acuerdo con el artículo 30 bis, inciso penúltimo, se establece que “provocan



En primer lugar, la regulación de la PAC anticipada se reduce a un aspecto meramente procedimental en que se establece una etapa previa al proceso de evaluación ambiental, identificando hitos, plazos y requisitos, pero sin incorporar nuevos estándares en cuanto al contenido de la participación ciudadana, lo que impide avanzar en garantizar la calidad de la participación o los resultados óptimos del proceso. Aún más, la ausencia de estándares y regulación clara abre el riesgo de captura en la PAC anticipada, considerando que además se deroga la disposición actualmente vigente que obliga a informar a la autoridad si se han establecido negociaciones entre los proponentes y los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental.¹⁴

En efecto, quizás la principal deficiencia en esta parte del proyecto de ley consiste en que se consagra una etapa de participación ciudadana anticipada sin incorporar mecanismos concretos para que esta sea significativa y pueda realmente influenciar el proceso de adopción de la decisión ambiental. Es evidente la asimetría en que se encuentran los diversos actores que intervienen en esta etapa, lo que exige de parte del Estado la adopción de mecanismos que promuevan la igualdad entre las partes.

Sin embargo, de acuerdo con el proyecto de ley, las oficinas regionales del SEA solo intervienen como apoyo técnico del proponente durante la PAC anticipada, sin considerar un apoyo especial para las comunidades. Por el otro lado, no se incorporan otros mecanismos para fortalecer la PAC como, por ejemplo, la creación de fondos a los que las comunidades puedan postular para financiar expertos alternativos a los que asesoran al titular del proyecto, el fortalecimiento de mecanismos de acceso a la información, la obligación de entregar directamente información

cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación”. El concepto se introdujo para justificar, facultativamente por la autoridad, la apertura de una etapa de participación ciudadana en los procesos de evaluación de DIAs -ausente en la legislación anterior- de proyectos que generan cargas ambientales para las comunidades próximas.

14. Artículo 13 bis, LBGMA.

a todos los actores relevantes, la elaboración de documentación o resúmenes fácilmente entendibles, la realización de audiencias públicas, talleres, mesas redondas, diálogos informales, el reconocimiento de las organizaciones comunitarias locales (tales como las juntas de vecinos y otras organizaciones) como interlocutores, etc.¹⁵ La ausencia de mecanismos como los anteriormente identificados impiden una deliberación real entre los distintos intervinientes respecto a las diferentes visiones del desarrollo específico de la zona o del sector económico en cuestión.

Por último, el proyecto de ley pierde la oportunidad de incorporar un elemento fundamental para la evaluación ambiental de proyectos y que se encuentra ausente del SEIA nacional desde su origen en 1994, esto es, la obligación del titular de presentar un análisis sobre alternativas al proyecto, incluyendo la alternativa de no realizar el proyecto. Es precisamente al comienzo del proceso de evaluación ambiental donde -según el derecho comparado-¹⁶ se inserta este análisis sobre la identificación de alternativas de un proyecto de inversión, el que debe ser discutido y presentado por el titular en los procesos de participación pública. La ausencia de este requisito en la evaluación ambiental nacional ha impedido la existencia de un proceso de deliberación real dentro del SEIA. Cualquier nuevo sistema de participación ciudadana que pretenda resolver las deficiencias del sistema existente debe necesariamente velar porque el diálogo no se reduzca a una mera discusión sobre medidas de mitigación o compensación de impactos, como ocurre en la actualidad. Se debe incluir la discusión sobre alternativas de proyecto, considerando tanto alternativas de localización como al-

15. La Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA propuso en su Informe Final incorporar asistencia técnica a la ciudadanía en los procesos de participación ciudadana. Dentro de los mecanismos propuestos destaca, por ejemplo, mejorar la asistencia que los propios funcionarios del SEA entregan a la ciudadanía, contar con un registro público de consultores que asesoran a la ciudadanía en los procesos de PAC -los que debieran encontrarse certificados- y la asignación de recursos económicos para el fortalecimiento de la gestión del proceso de PAC en el SEA.

16. EPA, Final Guidance for Incorporating Environmental Justice Concerns in EPA's NEPA Compliance Analysis, 1998, Sección 3.2.5.



ternativas de diseño y tecnologías de la instalación en cuestión.¹⁷

Lo anterior permitiría incorporar en la discusión aspectos relacionados con la distribución equitativa de las cargas ambientales, es decir, la discusión respecto a si se trata de un proyecto que constituya una opción equitativa frente a otras alternativas, elemento fundamental para dotar de significancia y legitimidad a esta etapa. Es decir, todas las alternativas identificadas y propuestas por el titular debieran incorporar un análisis distributivo de los impactos que permita identificar opciones viables que reduzcan o eviten los efectos ambientales, socioeconómicos, ecológicos y en la salud humana, asociados con la actividad en cuestión.

En la misma línea de la necesidad de incorporar estándares sustantivos para la participación, el proyecto de ley no propone modificación alguna en relación con la “consideración” –antiguamente “ponderación”– de las observaciones realizadas durante la PAC. Sería un avance darle contenido en la ley a estos conceptos¹⁸ de manera que no existan falsas expectativas al respecto y, a su vez, la legislación debiera incorporar requisitos mínimos que deben cumplir tanto las observaciones ciudadanas como las respuestas fundadas que debe dar la autoridad.

En cuanto a la autorización de los TDR por parte de los TA, se trata de un trámite -según lo establecido por el proyecto de ley- sin un objetivo necesario. En

17. Cabe señalar que el proyecto de ley se refiere, al determinar el contenido de los TDR, a la necesidad de incorporar en dicho documento “las eventuales modificaciones efectuadas por el proponente a su propuesta inicial de proyecto o actividad luego de la etapa de participación ciudadana anticipada, incluyendo localización, diseño, tecnología u otros”. Lo anterior permite sostener que la discusión durante la participación anticipada debiera incluir este aspecto, sin embargo no se plantea expresamente la obligación al proponente de incorporar un análisis de dichas alternativas (incluyendo la de no realizar el proyecto) y presentarlo para la discusión durante esta etapa.

18. El SEA dictó un instructivo donde define qué se entiende por “considerar” las observaciones ciudadanas, señalando que se trata de hacerse cargo de la materia observada, durante el proceso de evaluación ambiental y dar respuesta a los requerimientos presentados en la participación ciudadana. Identifica además una serie de criterios que deben cumplir las respuestas a las observaciones ciudadanas. OF. ORD. D.E. SEA N°130528 de 2013.

efecto, no se justifica ni entrega un valor agregado al proceso de PAC anticipada la mera verificación, por parte del tribunal, del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para llevarla adelante y levantar un acta de lo realizado. Por otro lado, si se modificara el trámite y se entregara al tribunal competencias para revisar la legalidad de lo acordado, se estaría comprometiendo la independencia del tribunal para resolver eventuales conflictos¹⁹ que surjan en relación con la participación, lo que significaría una pérdida relevante, pues muchas de las reclamaciones que han conocido los TA, han tenido como causa base la no debida consideración de las observaciones ciudadanas.

A su vez, se puede identificar una omisión del proyecto de ley en lo que se refiere a la relación de la participación anticipada con la consulta indígena. Al respecto surgen una serie de interrogantes que exigen una aclaración legislativa. Por ejemplo, ¿las comunidades indígenas intervienen o no en esta etapa de relacionamiento temprano?; ¿en el caso que intervengan, no se aplican los estándares exigidos para la consulta?; ¿los eventuales acuerdos que se adopten durante la participación anticipada constituyen un insumo que se debe considerar en el proceso de consulta a pesar de que las comunidades indígenas no tuvieron participación alguna en su determinación? Esas y otras son cuestiones que debieran quedar establecidas en la ley.

Por último, se adoptan algunas reglas específicas que son contradictorias con el objetivo del proyecto de ley en esta materia, tales como la reducción de los plazos de participación durante la evaluación ambiental -lo que en la práctica restringe en vez de ampliar los espacios de participación- y la eliminación de la obligación de informar negociaciones paralelas -se deroga el artículo 13 bis- lo que puede llegar a constituir un incentivo perverso para realizar este tipo de negociaciones y acuerdos paralelos en la PAC anticipada.

Cabe también señalar, por último, que el proyecto no incorpora mecanismos que permitan establecer

19. También lo sostiene así el informe de la Corte Suprema que se pronuncia sobre el proyecto. Oficio N° 14.104, de 31 de Julio de 2018, https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12458



conductos permanentes de participación de las comunidades durante toda la evaluación y la ejecución de un proyecto, debilidad que incluso se acentúa en la medida que se elimina la posibilidad de que sean los afectados los que soliciten el inicio de un procedimiento de revisión de la RCA, según se señala más adelante.

Sistema recursivo/ Explicación y críticas

El mensaje del proyecto de ley establece expresamente que se introducen modificaciones que permitirán “un mayor y equitativo acceso a la justicia ambiental”. Como correlato de la reducción del componente político en la toma de decisiones, se elimina la instancia recursiva en sede administrativa, de manera tal que la impugnación de la RCA, tanto por el titular, los observantes PAC o cualquier tercero será directamente ante los Tribunales Ambientales. Subsiste en sede administrativa sólo un recurso, el de aclaración, y se dispone que existirá la posibilidad de reclamar judicialmente cualquier acto administrativo de carácter ambiental. Pero como veremos a continuación, el objetivo declarado no tiene un correlato efectivo en las modificaciones propuestas, muy por el contrario, en los hechos, constituyen un retroceso para el acceso a la justicia ambiental.

El actual sistema recursivo en el contexto del SEIA está regulado fundamentalmente en los artículos 20, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300.²⁰ Se trata de uno de los pocos casos en nuestra legislación donde se exige agotar la vía administrativa antes de acceder a los tribunales. Así, tanto el titular del proyecto como quienes hayan sido parte del proceso de participación ciudadana, deben primero reclamar ante el Director Ejecutivo (en el caso de las DIA) o ante el Comité de Ministros (tratándose de EIA o DIA interregional) y, de lo resuelto en sede administrativa, es posible reclamar judicialmente ante el tribunal ambiental respectivo.

Tal como se señaló, el proyecto de ley elimina la posibilidad de recurrir en sede administrativa (Di-

20. La regla general a este respecto está contenida en el artículo 54 de la Ley N° 19.880 y en términos sencillos dispone la libre elección del Administrado, pudiendo dirigirse directamente ante los Tribunales en contra de determinado acto administrativo o primeramente agotar la vía administrativa.

rector Ejecutivo y Comité de Ministros). En otras palabras, si el actual sistema exige el agotamiento previo de la vía administrativa, el proyecto se ubica en el extremo opuesto, que no tiene precedentes en nuestro ordenamiento, esto es, que no exista la posibilidad del administrado –ni de la Administración, según se verá– de corregir dentro del ámbito administrativo algún vicio de legalidad o de mérito. La imposibilidad de recurrir administrativamente puede conllevar serios problemas de constitucionalidad que deberían ser relevados durante la discusión legislativa.²¹

El proyecto de ley no entrega mayores fundamentos para la eliminación de la sede recursiva a nivel administrativo los que, sin embargo, podrían conducirse al objetivo de disminución del elemento político en la toma de decisiones, pero ello, como ya se señaló al analizar la reforma al diseño institucional, tampoco tiene una expresión clara en las modificaciones propuestas. Es más, se puede sostener que la sede recursiva administrativa, hoy por hoy, cumple un rol que es minimizado por el proyecto (efectivamente, lo que se reclama judicialmente es un porcentaje menor de lo que se reclama administrativamente), y su eliminación puede aumentar indebidamente la demanda de los Tribunales Ambientales, los que actualmente no están decidiendo con la celeridad prevista.

Además, la reclamación directa ante los tribunales ambientales no mejora necesariamente la participación ciudadana ni la eventual opacidad de la evaluación. Por último, no debe olvidarse que, si bien la decisión queda a cargo de un órgano jurisdiccional imparcial e independiente, el proceso de nombramiento de los integrantes de los tribunales ambientales es eminentemente político y su independencia (dado que se deben reelegir) ha sido criticada.

La reclamación judicial que se propone como reemplazo para el titular y los observantes PAC no tiene mayores diferencias a la ya consagrada, salvo por lo relativo al artículo 25 quinquies que se explica más adelante. En otras palabras, la ilegalidad reclamada tiene como causales las mismas previstas en la ac-

21. Lamentablemente, el informe de la CS nada señala al respecto.



tualidad. Para el titular, calificación desfavorable o imposición de condiciones; y para quienes realizaron observaciones en la etapa de participación ciudadana, la no debida o inadecuada consideración de éstas.²²

Por su parte, la reclamación judicial que se propone como mecanismo que pueden impetrar los terceros absolutos, que está regulada en el proyecto de ley de manera independiente, tiene varias deficiencias.²³ En primer lugar, establece como requisito que ésta sea interpuesta por “cualquier persona que se sienta directamente afectada en un interés legítimo ambiental, de carácter específico”, y, en segundo lugar, que ello sea “producto de la dictación de una resolución de calificación ambiental”.

En relación con el primer elemento, esto es la legitimación activa, cabe señalar que no existe definición en el proyecto de ley sobre qué debe entenderse por “directamente afectada en un interés legítimo ambiental, de carácter específico”. “Directamente afectada” es el estándar actual y los tribunales ya han resuelto múltiples casos al respecto y es posible afirmar que en definitiva la interpretación ha sido “pro-acción”, es decir, se ha ampliado la legitimación activa y el acceso a los tribunales. Por lo mismo no se justifican nuevas categorías jurídicas indeterminadas –“directamente afectada en un interés legítimo ambiental, de carácter específico”- que con seguridad posibilitarán una dispersión de interpretaciones, siendo contrario al objetivo declarado del proyecto en cuanto al acceso a la justicia ambiental. Asimismo, y de acuerdo

con lo resuelto por nuestro máximo tribunal, el interés no debe ser exclusivamente ambiental, pues eso nuevamente restringe la posibilidad de recurrir a los tribunales, y en igual sentido, solicitar su especificación impone una nueva condición para accionar. En definitiva, a diferencia de lo declarado en los objetivos del proyecto, la propuesta del Ejecutivo sólo impone requisitos restrictivos para impetrar la reclamación judicial.

Respecto al segundo elemento, esto es que solo se pueda reclamar contra la resolución de calificación ambiental, cabe precisar que esta modificación desconoce la necesidad de que exista una forma de desafiar determinados actos administrativos ambientales distintos de la RCA. No hay duda que el sistema recursivo actual está diseñado para atacar actos administrativos terminales, como la RCA, pero, si bien esa es la regla general, existen excepciones y este proyecto no admite esa posibilidad. Es muy probable que al eliminar la posibilidad de impugnar actos o tramites se interpongan acciones distintas (protección, posesorias u otras) desvirtuando la unicidad deseada. Un ejemplo palmario de lo anterior es el denominado término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental por falta de “información relevante y esencial” (IRE). Es posible que existan buenas razones para poder reclamar de lo resuelto por la Administración, sin embargo, el actual proyecto no permite esta impugnación y, al menos en nuestra opinión, resulta pertinente tanto que el titular de un proyecto, como los potenciales afectados por el mismo, puedan reclamar ante la justicia por un término anticipado carente de motivación o –todavía más complejo- por no hacer uso de una herramienta debiendo hacerlo.

En definitiva, si bien en un principio la idea de unificar la actual dispersión de acciones –reclamación e invalidación- en una sola podría haber sido positiva, si con ello se garantiza un mejor acceso a la justicia ambiental, la propuesta del Ejecutivo constituye un retroceso, pues regula las distintas reclamaciones separadamente, y aquella relativa a los terceros absolutos, que podría ser la “compensación por la eliminación de la invalidación”, tal como se analizará a continuación, no sólo restringe la legitimación activa sino que también se limita a la RCA.

22. Véase letras b) y c) del artículo tercero del proyecto de ley (Modificación a la Ley 20.600)

23. Letra d) del artículo tercero del proyecto de ley (Modificación a la Ley 20.600): 8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que califique favorablemente un determinado proyecto o actividad, de acuerdo a las causales contempladas en los artículos 16 y 19 de la ley N° 19.300. Podrá interponer la reclamación cualquier persona natural o jurídica directamente afectada en un interés legítimo ambiental de carácter específico, ya sea individual o colectivo, en el plazo de 30 días. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Dirección Macrozonal. Si el proyecto hubiere sido calificado por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, será competente el Tribunal Ambiental correspondiente a la macrozona centro.



El proyecto también establece un nuevo recurso denominado “recurso de aclaración”, el que puede interponerse en sede administrativa “con el sólo fin de realizar una revisión material y de congruencia que permita aclarar la resolución recurrida en esos términos, sin que ello importe una revisión de la evaluación de impacto ambiental”. La incorporación de un recurso de aclaración -a fin de aclarar pasajes oscuros del acto administrativo-, como único recurso administrativo posible, seguramente será la nueva válvula de escape del sistema y desnaturalizará el recurso del mismo nombre consagrado en la Ley N°19.880. Es necesario asumir condiciones reales de impugnación para evitar que a través de mecanismo inidóneos se atente contra la coherencia del sistema.

De igual manera, el denominado recurso general en contra de actos administrativos de carácter ambiental que contemplen recurso de ilegalidad en su propia ley²⁴ parece a priori una buena idea, pero al igual que en el caso anterior los requisitos adicionales le restan todo este mérito. En efecto, esta reclamación de cualquier acto administrativo de carácter ambiental exige que su propia normativa establezca un reclamo de ilegalidad ante los tribunales ambientales, por lo que en la práctica no tendrá casi aplicación. En otras palabras, no hay mejora del estado actual, incluso puede considerarse un retroceso puesto que esta “reclamación general” no contem-

pla las posibilidades que se han abierto por la invalidación ambiental y difícilmente su interpretación alcance para incluir dichas hipótesis, toda vez que el requisito de explicitación tanto del reclamo como de la competencia la tornan casi inutilizable.

Por último, la modificación relativa a la potestad invalidatoria, esto es, la prohibición de su uso en materia ambiental también es restrictiva y no se entiende su exclusión en materia ambiental ni su viabilidad constitucional. Recordemos que en la actualidad la Ley N°20.600 contempla la denominada “invalidación ambiental”, que habilita a reclamar en sede judicial “en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental”. Desde la entrada en vigencia de la nueva judicatura ambiental, esta acción ha sido motivo de sucesivos debates jurídicos, con muy disímiles resultados, lo que ha provocado un escenario jurídico incierto respecto de su aplicabilidad, pero de lo que no hay duda es que esta es la acción que han utilizado los “terceros absolutos”²⁵ porque tanto el titular como los observantes PAC cuentan con una acción específica (artículos 20, 29 y 30 bis) que excluye la vía de la invalidación, y en caso que el proyecto se aprobase, deberían accionar por el reclamo general, con todas las restricciones ya expuestas.

Es por ello que no se comprende la eliminación de esta potestad-deber, en la que el proyecto es muy claro al señalar que “Los órganos de la Administración del Estado no podrán, ya sea de oficio o petición de interesado, ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 respecto de las resoluciones de calificación ambiental, de las resoluciones que resuelvan el procedimiento del artículo 25 quinquies, así como cualquier otra resolución dictada dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. En el fondo, el proyecto, sin mayor justificación elimina la posibilidad que tiene la Administración de ejercer su autotutela respecto de una serie de actos administrativos ambientales.

24. Véase letra d) del artículo tercero del proyecto de ley (Modificación a la Ley 20.600)

“Conocer de las reclamaciones interpuestas en contra de un acto administrativo de carácter ambiental no indicado en los numerales anteriores. El plazo para la interposición de la acción será de 30 días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos, y en que en las respectivas leyes que regulen dichos instrumentos se establezca un reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que haya dictado el acto impugnado.”

25. El “tercero absoluto” es, de acuerdo con los fallos de la Corte Suprema, quien justificando un interés legítimamente protegido en el caso de que se trate, no es ni el titular del proyecto ni una persona que haya participado en el proceso de participación ciudadana.



Claro está, que esta prohibición en nada ayuda a solucionar la temática de la invalidación propia e impropia. Además, no se comprende la viabilidad que prospere una modificación como ésta, pues implica cercenar las competencias de los órganos con competencia ambiental, ya que ellos se transformarían en los únicos órganos del Estado que no podrían ejercer la potestad de contra imperio, es decir, la invalidación, la corrección de ilegalidades fuertes. Si lo que se busca es la seguridad jurídica, es claro que el remedio no es la disminución de potestades públicas ni la discriminación entre órganos del Estado.

En definitiva, “Un mayor y equitativo acceso a la justicia ambiental” debería propender al establecimiento de un reclamo de ilegalidad general contra los actos del SEA con legitimación amplia (símil de la reclamación actualmente existente en contra de los actos de la Superintendencia del Medio Ambiente), todo lo cual no ocurre en este proyecto, pues se persiste en el establecimiento de una serie de recursos distintos y sobre actos determinados: i) Para el titular respecto de la RCA; ii) para el observante PAC respecto de la RCA; iii) para el tercero absoluto respecto de la RCA, iv) reclamo general de ilegalidad “restrictivo”; v) aclaración para puntos oscuros y vi) eliminación de la potestad invalidatoria.

Pierde nuevamente el Ejecutivo la oportunidad de hacerse cargo del problema del sistema recursivo de una manera coherente proponiendo cambios en aspectos procesales que garanticen un mejor desenvolvimiento de las partes, una mayor claridad respecto de las potestades de los tribunales ambientales en relación con la Administración, fijar coherentemente su estándar de revisión y mejorar el sistema recursivo- actualmente limitado a algunas causales-, todo ello teniendo en cuenta el carácter especializado de la judicatura.

Otras reformas al SEIA

1. Revisión de la RCA.²⁶ La propuesta extiende la revisión de las RCA a las DIA además de los EIA,

26. Reemplaza el actual artículo 25 quinquies de la LBGMA, disposición que establece actualmente el procedimiento de revisión de las RCA, exclusivamente respecto de los EIA, en caso de verificarse una variación sustantiva de las variables ambientales evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento, o su no verificación.

establece que ésta se puede solicitar sólo por el titular del proyecto y por la SMA –impidiendo hacerlo al “directamente afectado” como se contempla actualmente en la legislación- y mantiene la revisión sólo respecto de las variables ambientales evaluadas que no se comporten de acuerdo a lo proyectado –es decir, no extiende la revisión a la generación de efectos o impactos no previstos durante la evaluación-. A su vez, incorpora plazos y etapas dentro del procedimiento de revisión de la RCA.

Sin perjuicio que se trata de una modificación legal necesaria, el alcance de esta no es el adecuado y contradice los propios objetivos del proyecto de ley. En efecto, en vez de ampliar, reduce espacios de participación ciudadana, al impedir al directamente afectado solicitar la revisión.²⁷ Por otra parte, la propuesta de modificación legal no incorpora como causal de inicio de un procedimiento de revisión de la RCA, la generación de “efectos o impactos no previstos” en la evaluación ambiental- entendidos estos como variables que no han sido consideradas en la evaluación ambiental del proyecto, lo que en la práctica obliga a hacerse cargo de estas situaciones siempre en un contexto sancionatorio y no en instancias evaluativas. Sin lugar a dudas, en ciertos casos la ocurrencia de efectos no previstos constituirá una infracción o incumplimiento de la RCA –por ejemplo, cuando no se adoptan medidas idóneas y oportunas para hacerse cargo de los mismos o cuando no se informa inmediatamente a la autoridad, en conformidad con lo establecido en la propia RCA- pero igualmente se requerirá una revisión de la RCA para incorporar la evaluación de dichos impactos y la adopción de las medidas correspondientes.

Dentro de los aspectos positivos de esta propuesta se puede destacar la regulación de plazos y etapas dentro del procedimiento y la extensión de la revisión de las RCA a las DIA, lo que permitiría abordar aspectos relacionados con las obligaciones de “seguimiento” no sólo respecto de los EIA.²⁸

27. Se podría sostener, sin embargo, que de acuerdo con la Ley N°19.880 sobre Procedimiento Administrativo, el interesado podría igualmente intervenir en el procedimiento, pero ya no podría solicitar su inicio.

28. El “plan de seguimiento” constituye uno de los contenidos exigidos por la ley para los EIA, obligación que no se encuentra replicada en los contenidos de las DIA, sin perjuicio que las RCA incorporan obligaciones de seguimiento en ambos casos.



Sin embargo, el Ejecutivo nuevamente pierde una oportunidad al no proponer un mecanismo de revisión que permita dar respuestas a otras hipótesis que día a día tensionan el SEIA. Podría listarse una serie de hipótesis, pero no de manera taxativa, y dejar abierta la posibilidad de incorporar cláusulas de actualización de la RCA cada 5 años para que estos instrumentos puedan adecuarse a las realidades que van experimentando procesos productivos por cambios de tecnologías, por una parte, y los ecosistemas donde están emplazados y la regulación ambiental, por otra.

2. Divisibilidad de la RCA.²⁹ Se introduce una disposición legal que permite la divisibilidad de las RCA en aquellos casos en que sea posible diferenciar los impactos ambientales en la propuesta de división así como las medidas y condiciones asociadas y su seguimiento ambiental. Establece, a su vez, la responsabilidad solidaria entre los nuevos titulares respecto a las posibles infracciones cometidas con anterioridad a la división de la RCA original.

Esta reforma permitiría transparentar una práctica de los titulares pero resguardando y delimitando su responsabilidad frente a la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones emanadas de la RCA. Debiera, sin embargo, mantenerse siempre en el SEA la potestad para decidir si procede y determinar el alcance preciso de la división a través de un procedimiento administrativo especial y acotado.³⁰

3. Cambio de titularidad y seguimiento de las RCA.³¹ El proyecto de ley modifica la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente

29. La regulación actual no establece expresamente la posibilidad o imposibilidad de dividir las obligaciones que están contenidas en una RCA entre dos o más titulares, sin embargo, existe una práctica privada creciente de reestructurar la titularidad de las obligaciones contenidas en las RCA a través de acuerdos privados, sin autorización o al margen de la Administración.

30. Cabe señalar que el SEA se manifestó en contra de la divisibilidad de la RCA en el contexto de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación Ambiental.

31. El cambio de titularidad de las RCA actualmente se solicita al SEA en virtud de una norma reglamentaria (artículo 163 Reglamento SEIA) y, respecto a la modificación de obligaciones de seguimiento contenidas en la RCA, se ha entendido que esta es competencia de la misma autoridad que dictó el acto administrativo en cuestión (RCA).

otorgándole competencias para “evaluar, mantener o modificar aspectos referidos al seguimiento de las RCA” y para “pronunciarse respecto de las solicitudes de cambio de titularidad de las RCA”.

Esta reforma viene a hacerse cargo de dos situaciones que en la actualidad debe resolver el SEA, sin perjuicio que se trata de aspectos vinculados a la etapa de ejecución de un proyecto, en que es la SMA la que tiene competencias de fiscalización y seguimiento de la RCA, por lo que se trata de una modificación correcta, aunque solo relativa a quién detenta competencias.

4. Certificación de DIA.³² El proyecto de ley deroga los artículos 18 ter y 18 quater de la Ley N°19.300, eliminando la posibilidad de los titulares de DIAs de someterse a un proceso de “evaluación y certificación de conformidad” respecto del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y de las condiciones sobre las cuales se califique favorablemente el proyecto.

No hay en el proyecto justificación alguna para la eliminación de la certificación, la que nunca ha operado en la práctica. Es cierto que la regulación actual de la certificación es compleja y con muchas carencias y contradicciones y, dada su falta de aplicación, no es posible a priori hablar de sus bondades. Sin embargo, es razonable pensar que un instrumento como la certificación podría aportar ventajas en algunas materias de evaluación ambiental, por ejemplo, en actividades o fases de proyectos que podrían tener una tramitación más estandarizada. De esta manera, podría el proyecto haber aprovechado la oportunidad para repensar la certificación y así obtener provecho de ella.

5. Tipologías de ingreso. El proyecto de ley busca ampliar y adecuar el listado de tipologías de actividades y proyectos que deben ser evaluados en el marco del SEIA, ejemplo de la ampliación son la incorporación de las “plantas desaladoras y desalinizadoras”, y de adecuación, la modificación del literal relativo al transporte por “Aeropuertos, terminales

32. Mecanismo agregado por la Ley N°20.417 de 2010 mediante la incorporación de los artículos 18 ter y 18 quater de la LBGMA, que hasta la fecha no han tenido aplicación.



de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas y autopistas”.

No obstante, aunque parezca positivo a priori estas modificaciones, es preciso hacer nuevamente presente que no hay justificación para incorporar estas propuestas y no otras. Un ejemplo de ello es que las actividades relativas a la extracción de áridos no tienen ningún tipo de aggiornamiento, y analizando la jurisprudencia de los tribunales ambientales, es claro señalar que muchas de las acciones de reparación por daño ambiental han tenido como causa base los efectos de la extracción. Asimismo, en el caso de las “centrales o plantas generadoras de energía eléctrica”, la propuesta introduce una incertidumbre pues su ingreso dependerá de los impactos que produzca el tipo de tecnología que utilicen”. Esta indeterminación puede ser muy nefasta, si consideramos que gran parte de los proyectos judicializados en la última década, han tenido su origen en proyectos energéticos.

6. Otorgamiento de PAS al interior del SEIA. El proyecto de ley introduce una modificación al artículo 8 de la Ley 19.300, incorporando una disposición que señala que todos los permisos ambientales sectoriales que deban emitir los OAECA respecto de proyectos sometidos al SEIA serán otorgados por la Comisión de Evaluación Macrozonal, mediante la RCA favorable, quedando exentos de toda otra tramitación sectorial posterior. Luego, aclara, que se otorgarán dentro del SEIA siempre que sean compatibles con los plazos y procedimientos del mismo.

La idea del SEIA como una “ventanilla única” para los permisos ambientales constituye una aspiración que ha acompañado a este instrumento de gestión ambiental desde sus orígenes y se ha transformado en una eterna promesa incumplida para los titulares de proyectos. No se ve cómo en este caso resulte algo distinto, ya que precisamente el problema que ha existido siempre consiste en que hay muchos de estos permisos que obedecen a plazos y requisitos que no son consistentes con los plazos y procedimientos del SEIA.

7. Pertinencia de ingreso. El proyecto de ley incorpora un artículo (11 quater) que permite consultar al SEA si un proyecto o actividad, o una modifica-

ción a un proyecto, sea que cuente o no con RCA debe ingresar al SEIA. El pronunciamiento del SEA será vinculante para efectos del seguimiento, fiscalización y sanción ambiental.

Claramente esta modificación tiene por finalidad dar certeza a los titulares y regulariza un mecanismo sobreutilizado en la actualidad. A nuestro juicio la propuesta es deficitaria pues permite que a través de antecedentes proporcionados por los incumbentes y sin participación de los otros OAECAS se determine la existencia de impactos ambientales, así como su magnitud. Es evidente que se necesita una mejora al mecanismo utilizado en la actualidad, pero éste no puede ser a costa de restringir las potestades de otros organismos, por ejemplo, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

III. Conclusiones

En definitiva, el proyecto de ley enviado por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera al Congreso para reformar el SEIA no cumple con los objetivos declarados en el mensaje.

En primer lugar, en relación con la reforma al diseño institucional del SEA, es preciso señalar que no existen fundamentos unívocos para sostener que la eliminación del componente político de las decisiones ambientales se trata de algo deseable, pues es inherente a las decisiones administrativas. En todo caso, las modificaciones propuestas no dejan fuera este componente; y si bien aseguran una mejora en términos de conocimientos de los integrantes, su designación sigue radicada en las autoridades políticas. En el mismo sentido, el diseño macrozonal no tiene un fundamento claro, toda vez que el proceso evaluativo sigue desarrollándose a nivel regional, pudiendo resultar, en definitiva, más engorroso y no cumplir con el anhelo de descentralización.

En segundo lugar, respecto de la participación ciudadana, la incorporación de la PAC anticipada si bien es preliminarmente un avance, su consagración en las modificaciones propuestas no cumple con los estándares necesarios para garantizar que se trate realmente de un relacionamiento temprano. El resultado de este procedimiento y su posterior “autorización” por los Tribunales Ambientales carecen



de una justificación y le hacen perder fuerza. Adicionalmente, la reducción de plazos en la etapa de participación ciudadana formal se opone a los objetivos declarados y no se prevén mecanismos para combatir la asimetría posicional de los ciudadanos respecto de los titulares. Si bien la eliminación del concepto de carga ambiental en las DIAs es una buena noticia, el aumento en el número de personas naturales y jurídicas también parece contrario a una profundización del acceso a la justicia.

En tercer lugar, relacionado con el sistema recursivo, la propuesta incentiva a que la judicatura tenga un rol más preponderante en la evaluación de los proyectos, toda vez que se elimina la etapa recursiva administrativa, lo que puede terminar colapsando no sólo a los tribunales ambientales, sino que también al sistema mismo. Asimismo, no hay simplificación de las reclamaciones puesto que se sigue con la lógica de consagrar reclamaciones distintas para el titular, los observantes PAC y los terceros absolutos respecto de las RCAS y un reclamo de ilegalidad general para los otros actos administrativos ambientales, cada uno con una configuración distinta y legitimaciones activas restrictivas. La eliminación de la invalidación en materia ambiental no se comprende y evidencia una búsqueda de garantizar o consolidar situaciones jurídicas, despojando a la Administración de herramientas propias y necesarias para el desempeño de su labor.

Por último, las demás modificaciones propuestas y que fueran brevemente reseñadas si bien permiten en ciertos y determinados casos resolver materias que han devenido en problemas en la operatividad del SEIA no se encuentran lo suficientemente desarrolladas como para apreciar sus bondades y tienen un claro sesgo a favor de los titulares, sin tener en cuenta que el bien jurídico protegido es el medio ambiente. Ejemplo claro de ello es la modificación propuesta para la consulta de pertinencia o la revisión de RCA.

Con todo, y a modo de complemento, es necesario advertir que la pretensión de solución de los problemas ambientales no puede restringirse a sucesivas reformas al SEIA, sino que necesariamente debe abordar una mirada integral de los instrumentos regulatorios y, por lo tanto, es imperioso resolver el

déficit normativo, dictándose más normas de calidad y de emisión así como regulaciones sobre uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables, definiéndose instrumentos claros para el uso del territorio y creando mecanismos institucionales para la defensa de los intereses de los ciudadanos, entre otros. Solo así podremos saldar la deuda pendiente en materia ambiental.

Autores

Dominique Hervé Espejo, Profesora asociada e investigadora en derecho ambiental de la Universidad Diego Portales. Es abogada de la Universidad de Chile, LLM del University College London y Doctora en Derecho de la P.Universidad Católica de Valparaíso. Fue Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente entre 2014 y 2018.

Ximena Insunza Corvalán, Profesora Asistente de Derecho Ambiental e investigadora del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Es Abogada de la Universidad de Chile, LL.M. McGill University y Magister en Políticas Públicas, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Fue Ministra Suplente del Segundo Tribunal de Santiago entre 2015 y 2018.

Pie de imprenta

Fundación Friedrich Ebert en Chile
Hernando de Aguirre 1320 | Providencia |
Santiago de Chile.

Responsable
Simone Reperger
Representante de FES-Chile
www.fes-chile.org

Edición de contenido:
Fernando Krauss Ruz y Rodrigo Pizarro Gariazzo

Fundación Friedrich Ebert en Chile

La Fundación Friedrich Ebert (FES), fundada en 1925 en Alemania, es una institución privada de utilidad pública comprometida con las ideas de la Democracia Social. Lleva el nombre del primer presidente del Estado alemán elegido democráticamente, Friedrich Ebert, y es portadora de su legado en cuanto a la configuración política de la libertad, la solidaridad y la justicia social. A este mandato corresponde la Fundación en el interior y exterior de Alemania con sus programas de formación política, de cooperación internacional y de promoción de estudios e investigación.

Las opiniones expresadas en esta publicación no reflejan, necesariamente, los puntos de vista de la Friedrich-Ebert-Stiftung.

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de la FES.

ISBN: 978-956-7630-77-6