

Consulta de pertinencia y fiscalización ambiental: una propuesta de armonización

*Jaime Phillips Letelier**
*Felipe Pavez Torrealba***

RESUMEN

Este artículo estudia la naturaleza jurídica y efectos de las declaraciones de pertinencia ambientales. La opinión predominante afirma que se trata de meras opiniones no vinculantes. Se rebate esta posición mostrando que estos instrumentos tienen una importante función en la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, para afirmar que tienen una obligatoriedad limitada o relativa. Se propone, desde un enfoque responsivo, una reinterpretación de las normas que consagran las potestades del Servicio de Evaluación Ambiental y de la Superintendencia del Medio Ambiente para armonizar la relativa obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia con los poderes de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Pertinencia ambiental; fiscalización; seguridad jurídica

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae, Chile. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4054-3187>. Correo electrónico: jphillips@uft.cl.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Profesor de Metodología de la Investigación, Universidad Finis Terrae, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8138-029X>. Correo electrónico: fpavez@uft.cl.

Este artículo forma parte del proyecto FONDECYT Regular 2021 N° 1210112 titulado "La función de fiscalización administrativa: potestades, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno" a cargo del profesor Jaime Arancibia Mattar del que Jaime Phillips Letelier es coinvestigador.

Agradecemos los comentarios del investigador responsable del proyecto. Agradecemos también al Programa de Derecho y Medio Ambiente de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en las personas de Ricardo Irrazábal y Pierangela Cervellino, por sus sugerencias y participación en el encuentro organizado pertinente al tema del artículo, así como los comentarios de Edesio Carrasco, Javier Herrera, María Luisa Baltra, Ignacio Covarrubias, Ivette Esis, Javiera Corvalán, Francisca Ávila, Ítalo Montes, Denise Lara, Ian Henríquez, Pier Pigozzi y Alejandro Leiva. Damos las gracias también a la ayudante de investigación Jirhé Miranda por su valiosa asistencia. Finalmente, agradecemos el constante aliento y apoyo de las profesoras Ángela Arenas y Carolina Riveros.

Artículo recibido el 29.4.2022 y aceptado para su publicación el 12.9.2022.

*Environmental pertinence and inspection:
a proposal for armonization*

ABSTRACT

This paper addresses the legal nature and effects of environmental pertinence declarations in the Chilean Environmental Assessment System. The mainstream opinion asserts that these declarations are non-binding decisions. The paper argues that these instruments have an important role in the administration of the SEIA, which should lead to the recognition of their having a relative binding effect. It proposes, drawing from a responsive regulation approach, a reinterpretation of the legal norms that establish the powers of the Chilean Environmental Evaluation Service and the Chilean Superintendency of the Environment in order to harmonize the relative bindiness of the pertinence declarations with the inspection powers of the Environmental Surveillance Agency.

Environmental pertinence; Inspection; Legal Certainty

INTRODUCCIÓN

Nacidas como una práctica administrativa¹, las consultas de pertinencia buscan brindar seguridad acerca de qué proyectos o modificaciones están jurídicamente obligados a ingresar al SEIA². Esto condujo a la dictación de un instructivo respecto de consultas de pertinencia por parte del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), al alero de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (CGR); para finalmente ser recogidas en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental del año 2013³.

A pesar de su importancia práctica, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias señalan que las respuestas a estas consultas son una “mera opinión” no vinculante. Así, no tienen efecto respecto de los derechos y obligaciones que existen en el contexto del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), ni alteran los deberes la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Sin embargo, otra corriente, minoritaria, argumenta en favor de una mayor obligatoriedad que deriva de estos instrumentos, para dotarlas de mayor estabilidad; lo que también se ha hecho presente en proyectos de ley⁴.

En este trabajo nos proponemos resolver esta discrepancia haciendo una reinterpretación de las normas de derecho medioambiental que regulan esta institución. Teniendo en cuenta las necesidades ambientales y económicas detrás del diseño institucional⁵, argumentaremos que considerar a las declaraciones de pertinencia como meras opiniones

¹ URIARTE e INSUNZA, 2021, p. 4. Ver también, BERTAZZO, 2019, pp. 128-120.

² ARELLANO y SILVA, 2014, pp. 449-450.

³ URIARTE e INSUNZA, 2021, pp. 4-5.

⁴ Libertad y Desarrollo, 2018, p. 28. Ver también, Mensaje Presidencial, Boletín 11747-03.

⁵ AYRES y BRAITHWAITE, 1992, p. 4; MONTT, 2010, pp. 10-14.

no vinculantes le resta aptitud al SEA para cumplir con la función que le encomienda el ordenamiento jurídico y desincentiva la cooperación de los particulares sujetos a su autoridad. Sin embargo, también afirmaremos que una obligatoriedad formal o absoluta de las declaraciones de pertinencia negativas puede generar problemas, pues limitaría los poderes de fiscalización y sanción de la SMA en desmedro del principio precautorio.

Para lograr un equilibrio, se afirmará la hipótesis de que las declaraciones de pertinencia tienen un efecto vinculante relativo o limitado. Este efecto vinculante no impide que la SMA ejerza sus poderes de fiscalización respecto de actividades que hayan sido objeto de una declaración de pertinencia. Pero, al ejercer sus poderes de fiscalización, la SMA tendrá el deber de determinar si el titular del proyecto se ajustó a lo consultado en el procedimiento de pertinencia. En tal caso, la SMA estará vinculada por la declaración de pertinencia salvo que: (1) no exista correspondencia entre el proyecto fiscalizado y lo consultado en el procedimiento de pertinencia o (2) en caso de considerar que la declaración de pertinencia fue emitida en forma contraria a derecho.

Para conseguir lo anterior, nuestro trabajo utilizará una metodología dogmática de análisis normativo y doctrinal. También, se analizará la jurisprudencia judicial y administrativa mediante una selección cualitativa de las causas más relevantes de los Tribunales Ambientales y de la Corte Suprema, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.417, bajo los títulos “declaración de pertinencia” y “consulta de pertinencia”, en la base de datos Vlex.

El artículo tiene la siguiente estructura. Primero, se analiza el estado del arte en materia de pertinencia ambiental en dos partes: (i) se estudia su concepto y naturaleza jurídica, y (ii) se presenta la discusión acerca de sus efectos jurídicos. Segundo, se realizan críticas al actual estado del arte con miras a proponer bases de mejora. Tercero, se hacen propuestas para armonizar una obligatoriedad relativa de las declaraciones de pertinencia con los poderes de fiscalización de la SMA. Se finaliza con unas breves conclusiones.

I. LA PERTINENCIA AMBIENTAL

1. *Concepto y naturaleza*

La pertinencia de ingreso al SEIA es un procedimiento administrativo de tipo consultivo⁶. Cuatro elementos caracterizan este tipo de procedimientos: (1) la existencia de un órgano administrativo, (2) un particular que se propone realizar una actividad, (3) la presentación de una consulta de la actividad que el particular se propone realizar antes de su ejecución, y (4) la respuesta del organismo. Estos elementos conforman el núcleo dogmático de esta institución⁷.

⁶ BERMÚDEZ, 2014, p. 295.

⁷ VERGARA, 2014, pp. 974-977.

Este análisis nos permite identificar las normas aplicables a esta institución. Se trata de un procedimiento y acto administrativo regulados por la Ley 19.880. En cuanto acto, es de aquellos conocidos como “dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 19.880⁸, y tiene sustento en dos normas generales: el artículo 19 N° 14 de la Constitución (norma que consagra el derecho de petición) y el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880, que establece un derecho general de los particulares frente a la Administración de recibir información de los requisitos jurídicos o técnicos que rigen los proyectos o actividades que los particulares se propongan realizar⁹.

La legislación suele consagrar mecanismos específicos de consulta a la Administración¹⁰. En el caso de la pertinencia ambiental se ha estimado que la legislación no consagra de modo expreso el mecanismo consultivo. Más bien nació como una práctica cuando el titular de un proyecto tenía dudas de si tenía obligación de someterse al SEIA antes de ejecutarlo; para luego ser recogida en el artículo 26 del Reglamento del SEIA.

El procedimiento concluye con un acto denominado “declaración de pertinencia”. Esta contiene un pronunciamiento del SEA acerca de si el titular de un proyecto tiene la obligación de someterse al SEIA antes de ejecutarlo o de modificarlo¹¹. Nosotros clasificamos las posibles respuestas en dos tipos: son positivas cuando se declara que existe la obligación de ingresar al SEIA y negativas cuando se declara que tal obligación no existe. También en la práctica ambiental se puede hablar de “pertinencias indirectas” para referirse a las consultas de modificaciones a actividades que ya cuentan con una RCA y simplemente de “pertinencias” para referirse a proyectos nuevos.

2. *Discusión en relación con sus efectos jurídicos*

Existen dos vertientes de opinión respecto de cuáles son los efectos jurídicos de las declaraciones de pertinencia. La opinión predominante señala que son una mera opinión no vinculante. Otra opinión, más bien minoritaria, pone énfasis en el hecho de que son actos administrativos y que operan en la práctica como una especie de acto de autorización y que generan ciertos derechos o, al menos, un cuadro de confianza legítima.

Para la primera corriente, las declaraciones de pertinencia no gozan de imperatividad y exigibilidad, sino que son una simple opinión no vinculante que no genera derechos¹². Esto porque solo se refieren a antecedentes presentados por el proponente de una actividad, los que pueden resultar ser incompletos, parciales o no coincidir con lo ejecutado. Así, nada impide que el SEA luego cambie de opinión si lo estima

⁸ ARELLANO y SILVA, 2014, pp. 448-461.

⁹ BERTAZZO, 2019, p. 129; ARELLANO y SILVA, 2014, p. 450. Ver también, HERRERA, 2014, p. 62.

¹⁰ Por ejemplo, artículo 18 N° 2, Decreto Ley 211 de 1973; Artículos 6 y 26 *bis*, Código Tributario; artículo 6°, Ley 10.336 de 1954.

¹¹ Segundo Tribunal Ambiental, 23.11.2018, rol R-198-2018, considerando 34°; Segundo Tribunal Ambiental, 23.11.2018, rol R-198-2018, considerando 31°.

¹² Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019, considerando 8°.

procedente¹³. En consecuencia, una declaración de pertinencia no puede entenderse como una modificación o permiso para operar sin una RCA¹⁴, ni tampoco suspende los efectos de estas resoluciones¹⁵. En el mismo sentido, la declaración de pertinencia tampoco exime de cumplir con lo resuelto en un programa de cumplimiento emanado de la SMA¹⁶.

No existe disposición normativa que otorgue efecto obligatorio a la declaración de pertinencia. Además, se desprende del artículo 26 del Reglamento del SEIA que la SMA puede requerir el ingreso de un proyecto o actividad no obstante lo que disponga el SEA en una consulta de pertinencia¹⁷.

Siguiendo este razonamiento, la CGR ha sostenido que los cambios al Reglamento del SEIA rigen *in actum*, de manera que un proyecto que tenía una pertinencia negativa puede terminar debiendo someterse al SEIA en virtud de un cambio reglamentario¹⁸. Por esto, la declaración de pertinencia sería un acto que puede verse alterado por modificaciones legales o reglamentarias sobrevinientes. Menos aún puede la declaración de pertinencia ser exigida como antecedente para el otorgamiento de permisos sectoriales, pues es posible que los antecedentes objeto de consulta luego “no se ajusten a la realidad”¹⁹. En este sentido, la SMA siempre puede ordenar el ingreso de un proyecto o su modificación si estima que requiere una RCA²⁰.

Según este criterio los poderes de fiscalización y correctivos de la SMA se imponen siempre a las declaraciones de pertinencia²¹. De hecho, las normas que establecen la consulta de pertinencia son “sin perjuicio” del artículo 3º letra i) de la Ley 20.417 que permite a la SMA requerir el ingreso al SEIA de una actividad no evaluada ambientalmente (aunque tenga una declaración de pertinencia favorable)²², lo que también se suele señalar en cada una de las cartas de pertinencia. Por esto, la declaración de pertinencia no es “resolutoria”, pues “podría ser superada por hechos sobrevinientes, pero también por una diferente valoración del caso por parte de la Superintendencia”²³.

Por esto, se habla de un acto de “mero” juicio, constancia o conocimiento²⁴, dando a entender que se trata de una opinión insignificante o sin importancia²⁵, y que se trata

¹³ BERTAZZO, 2016, p. 49.

¹⁴ Tercer Tribunal Ambiental, 23.03.2015, rol R-22-2015, considerando 25º.

¹⁵ Tercer Tribunal Ambiental, 10.02.2020, rol R-64-2018, considerando 173º.

¹⁶ Tercer Tribunal Ambiental, 31.03.2020, rol R-18-2019, considerando 31º.

¹⁷ Tercer Tribunal Ambiental, 28.10.2021, rol R-28-2020, considerando 43º.

¹⁸ Contraloría General de la República, 2.10.2014, N° 75903N14. Ver también, Contraloría General de la República, 5.8.2016, N° 58037N16.

¹⁹ Contraloría General de la República, 23.4.2020, N° 8242N20.

²⁰ Contraloría General de la República, 3.2.2020, N° 2731N20.

²¹ Arellano y Silva, 2014, pp. 472-473.

²² Artículo 26, Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

²³ BERTAZZO, 2019, p. 130.

²⁴ ARELLANO y SILVA, 2014, p. 459 y 461.

²⁵ Real Academia Española de la Lengua, “mero”, 2^{da} acepción. Disponible en: <https://dle.rae.es/mero>.

de un acto administrativo no decisorio ni exigible²⁶. Una declaración de pertinencia, con menor razón, restringe o modifica la operatividad de una RCA, ni permite soslayar la evaluación ambiental cuando la ley lo requiere²⁷. Como máximo, si se hace buen uso del mecanismo, la declaración a lo más tendrá el valor de una importante “fuente autoritativa”²⁸.

La segunda corriente de opinión aboga por una mayor obligatoriedad de estos instrumentos. Pone énfasis en el carácter de acto administrativo de estas decisiones, que gozan de una presunción de legalidad²⁹. Se trata de actos cuya invalidación puede ser solicitada por terceros, pues, en definitiva, les puede causar perjuicio al eximir a un proyecto de ingresar al SEIA³⁰. Incluso la Corte Suprema ha argumentado que la declaración de pertinencia negativa es un “acto de contenido favorable”, de manera que no está permitida su simple revocación por medio del artículo 61 de la Ley 19.880 y para su invalidación es necesaria la audiencia previa de quien la obtuvo en su favor³¹.

En esta línea la CGR ha señalado que la declaración de pertinencia puede ser mirada como una “aprobación” para efectos de admitir a trámite una solicitud de otorgamiento o modificación de una concesión de telecomunicaciones, en términos del artículo 14 de la Ley 18.168³². Incluso ha señalado que es posible utilizarla como antecedente para otorgar la recepción definitiva de un inmueble³³. Adicionalmente, ha resuelto que una declaración de pertinencia, al ser un acto administrativo formal, puede ser objeto de recursos administrativos³⁴ (aunque los tribunales ambientales han señalado que no son competentes para conocer de impugnaciones contra la resolución que resuelve dichos recursos³⁵).

Herrera sostiene que la pertinencia negativa consiste en la declaración de que un proyecto o actividad no tiene la carga de someterse al SEIA³⁶. Este efecto lo conceptualiza como un derecho adquirido para el titular del proyecto y una confianza legítima de los terceros (por ejemplo, contratistas que colaboran con el proyecto o actividad objeto de consulta), de no tener que pasar al SEIA o ser sancionados por la SMA.

Sin embargo, tal derecho o cuadro de confianza legítima sería de carácter “precario”, pues una variación respecto de lo consultado podría desencadenar una orden de ingreso

²⁶ PRIETO, 2013, p. 188; ARELLANO y SILVA, 2014, p. 462. Ver también, Corte Suprema 03.01.2018, rol 165-2017, considerando 6°.

²⁷ ARELLANO y SILVA, 2014, pp. 451, 453-454 y 466-471.

²⁸ BERTAZZO, 2019, p. 130-131.

²⁹ Tercer Tribunal Ambiental, 30.03.2020, R-16-2019, considerando 22°.

³⁰ Tercer Tribunal Ambiental, 15.07.2021, rol R- 41-2021, considerando 7°. Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019.

³¹ Corte Suprema, 28.12.2020, rol 43.799-2020, considerando 7°.

³² Contraloría General de la República, 5.11.2020. N° E49295N20.

³³ Contraloría General de la República, 29.6.2014, N° 23683N17. Ver también, Contraloría General de la República, 2.8.2021, N° E126162N21

³⁴ Contraloría General de la República, 1.2.2013, N° 7620N13. Ver también, Contraloría General de la República, 9.4.2014, N° 25269N14.

³⁵ Tercer Tribunal Ambiental, 8.3.2017, rol R-49-2017, considerando 7°.

³⁶ HERRERA, 2014, pp. 66-67, 80-81

al SEIA por parte de la SMA³⁷. Finalmente, Bermúdez sostiene que la única forma de solucionar el problema derivado de un cambio de criterio respecto de una pertinencia negativa sería aplicar, de modo riguroso, los principios de coordinación administrativa y de protección de la confianza legítima³⁸.

II. PROBLEMAS DE LA COMPRESIÓN ACTUAL

1. *Buscando certeza y flexibilidad*

La opinión predominante resulta problemática porque no tiene en cuenta que el procedimiento de pertinencia persigue dos efectos prácticos importantes: brindar certeza jurídica a los proponentes y otorgar flexibilidad en la ejecución de los proyectos.

¿Por qué para conseguir certeza? Este instrumento ha sido utilizado por particulares y autoridades sectoriales para salir de la incertidumbre de si un proyecto o actividad debe someterse al SEIA. Técnicamente la declaración de pertinencia negativa no es una autorización administrativa, sino que es un acto que declara si acaso determinado proyecto debe someterse por ley al SEIA. En caso de una respuesta negativa, el proponente adquiere certeza de que la ley le da sustento jurídico al proyecto (sin mediar una autorización propiamente tal), fenómeno conocido como “legalización *ope legis*”³⁹.

A pesar de esto, la pertinencia negativa ha sido mirada como una especie de “permiso ambiental” o “autorización”⁴⁰, tal como lo insinuó la CGR en un pronunciamiento⁴¹. Esto se explica porque la pertinencia negativa, en cierto sentido, “da luz verde” a un proyecto, porque saca al proponente de un estado de incertidumbre. En tal sentido, la Corte Suprema ha considerado que la carta de pertinencia constituye una “aceptación” y una “autorización” para llevar a cabo una prueba piloto de un plan para hacerse cargo de impactos no previstos en una evaluación ambiental previa⁴².

Incluso también determinadas autoridades han intentado exigir la tramitación de declaraciones de pertinencia como requisito previo al otorgamiento de permisos sectoriales, con el propósito de superar la incertidumbre de si un proyecto debe someterse o no al SEIA. Sin embargo, la CGR ha sido enfática en que no procede realizar tal exigencia y que solo deben exigir aquellos antecedentes previstos en su legislación sectorial específica⁴³.

³⁷ HERRERA, 2015, p. 69.

³⁸ BERMÚDEZ, 2014, pp. 295-296.

³⁹ ARANCIBIA, 2020, p. 25.

⁴⁰ RETAMAL 2015 p. 517; ARELLANO y SILVA, 2014, p. 458.

⁴¹ Contraloría General de la República, 5.11.2020. N° E49295N20.

⁴² Corte Suprema, 6.11.2014, rol 15.737-2014, considerando 18°.

⁴³ Contraloría General de la República, 29.6.2014, N° 23683N17; Contraloría General de la República, 2.8.2021, N° E126162N21; Contraloría General de la República, 1.10.2015, 78159N15; Contraloría General de la República, 19.12.2016, 90563N16; Contraloría General de la República, 23.4.2020, N° 8242N20.

También la consulta de pertinencia ha sido usada para flexibilizar la aplicación de una RCA⁴⁴. Un proyecto apto para causar impacto ambiental que cumple con alguna de las tipologías del artículo 10 de la Ley 19.300 solo puede ser ejecutado dentro de los términos de la RCA. A su vez, esta autorización solo puede ser modificada en virtud del procedimiento previsto para ello⁴⁵. Esto introduce rigidez en el desenvolvimiento de los proyectos. Por esto, frente a la necesidad de modificar un proyecto, se estableció la práctica de solicitar declaraciones de pertinencia de modificaciones, con el propósito de poder implementarlas sin un cambio a la RCA. Esto sería posible en el caso de modificaciones que no sean “de consideración”, según lo define el Reglamento del SEIA⁴⁶.

Se podría criticar este uso de la “pertinencia indirecta” señalando que no es posible admitir que la declaración del SEA modifique o interprete una RCA. Sin embargo, hay quienes señalan que las declaraciones de pertinencia contienen una verdadera interpretación de las RCA y de la normativa ambiental respectiva⁴⁷. Esto es atendible porque es difícil, al decidir sobre la pertinencia de ingresar una modificación al SEIA, escindir en la práctica lo decidido en la RCA de la modificación que se pretende hacer, pues en definitiva hay que evaluar el impacto ambiental del conjunto de la actividad sometida al juicio de la autoridad.

Con esto, se puede decir que los principales beneficios de contar con un procedimiento de pertinencia ambiental es justamente conseguir certeza jurídica y flexibilidad para ejecutar los proyectos⁴⁸. Lo que es tan real que incluso se ha considerado que estos actos dan lugar a la afectación de derechos o intereses de grupos determinados⁴⁹. En este contexto, la opinión predominante limita en gran medida la posibilidad de conseguir certeza y flexibilidad porque (i) no se permite que una autoridad sectorial la exija como antecedente para tomar una decisión y (ii) porque la declaración de pertinencia queda desprovista de valor frente a una futura fiscalización por parte de la SMA.

Desde un enfoque responsivo⁵⁰, pensamos que la consideración de la pertinencia ambiental como una opinión no vinculante le resta a este mecanismo su aptitud para brindar certeza jurídica y flexibilidad. Esto porque la amenaza de que la declaración de pertinencia será desconsiderada por la SMA se cierne siempre sobre las autoridades sectoriales y los titulares. Así, no se incentiva la cooperación con la autoridad de quienes, en principio, están dispuestos a considerar la opinión del SEA antes de ejecutar un proyecto o modificarlo. Por ello, pensamos que es necesario afirmar una mayor obligatoriedad de

⁴⁴ PRIETO, 2013, p. 188.

⁴⁵ Artículo 25 *quinquies*, Ley 19.300, de 1994.

⁴⁶ Artículos 2° letra g), Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

⁴⁷ CARRASCO y HERRERA, 2014, p. 642.

⁴⁸ ARELLANO y SILVA, 2014, p. 464.

⁴⁹ Corte Suprema, 16.03.2022, rol 84.513-2021; Corte Suprema, 24.10.2019, rol 21.432-2019; Corte Suprema, 3.7.2020, rol 36.413-2019; Corte Suprema, 14.5.2020, rol 36.416-2019; Corte Suprema, 28.12.2020, rol 43.799-2020; Corte Suprema, 9.7.2019, rol 3470-2018; Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019.

⁵⁰ BRAITHWAITE, 2002, p. 120.

estos instrumentos en línea con la opinión minoritaria, pero sin darle un valor absoluto de cara a las potestades de la SMA.

2. *La pertinencia ambiental como medida de protección*

Siguiendo con la idea de que la declaración de pertinencia tiene un efecto práctico importante, constatamos que la Corte Suprema la utiliza en el contexto de acciones de protección para resguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Por ejemplo, en la causa “Garín con Municipalidad de Papudo” la Corte Suprema ordenó que el proyecto “Punta Puyai” debía ingresar al SEIA por la vía de una consulta de pertinencia⁵¹. Mientras, en “Larrea y otros con Inmobiliaria Mirador S.A. y otro” la Corte Suprema ordenó la suspensión de la ejecución de un proyecto inmobiliario mientras no existiese una declaración de pertinencia negativa firme o una RCA favorable⁵². Asimismo, en “Comité de Defensa del Parque Canelo-Canelillo y Valores Patrimoniales con Municipalidad de Algarrobo y otros” los vecinos de la referida comuna interpusieron un recurso de protección a causa de un proyecto consistente en la construcción de una línea de 17 quioscos emplazado en una zona típica, lo que concluyó en una orden de ingresar una consulta de pertinencia⁵³.

La jurisprudencia citada muestra que nuestro máximo tribunal considera que la orden de ingresar una consulta de pertinencia es una medida apta para dar protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Asimismo, como señala Bertazzo, la decisión de ordenar ingresar una consulta de pertinencia le permite a la Corte Suprema evadir el tener que interferir de modo excesivo en una materia de competencia de una autoridad especializada⁵⁴, ya que así será el SEA quien decida si el proyecto deberá ser evaluado o no.

De este modo, la Corte Suprema considera la declaración de pertinencia como una herramienta útil para proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sin embargo, si la declaración de pertinencia fuese una opinión jurídica no vinculante, en estricto rigor, tampoco debiese ser considerada como un trámite que pueda lesionar o proteger derechos fundamentales. Esto, porque al no ser vinculantes, pueden ser ignoradas por los actores del sistema.

En este contexto, ¿qué debiesen hacer los tribunales? Una solución coherente sería dejar de lado la orden de ingresar una consulta de pertinencia como medida de protección

⁵¹ Corte Suprema, 24.12.2018, rol 15.499-2018, considerando 15°. Ver también, Corte Suprema, 24.12.2018, rol 15.500-2018 y Corte Suprema, 24.12.2018, rol 15.501-2018.

⁵² Corte Suprema, 15.5.2020, rol 27.564-2020. Ver también, Corte Suprema, 14.3.2018, rol 45.059-2017 en que dos integrantes de la sala estuvieron de acuerdo con ordenar el ingreso de una consulta de pertinencia respecto de un proyecto de extracción de áridos.

⁵³ Corte Suprema, 8.2.2021, rol 144.089-2020.

⁵⁴ BERTAZZO, 2019, p. 131.

y, en lugar de ello, disponer que la SMA realice fiscalizaciones en terreno para determinar si un proyecto o actividad debe ingresar al SEIA⁵⁵.

Sin embargo, pensamos que no necesariamente en todos los casos debiésemos optar por esta solución. Una mayor obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia es más coherente con el uso que está haciendo de ellas la Corte Suprema. Lo anterior, no impide que, en ciertos casos, sea más útil acudir a la SMA para lograr una mejor tutela de ese derecho. Por esto, como propondremos más adelante, es necesario comprender de mejor manera el rol y momento en que actúan el SEA y la SMA, y cómo deben coordinarse para cumplir mejor su función.

3. *La pertinencia negativa como “acto favorable”*

Una reciente línea jurisprudencial ha destacado el carácter de acto administrativo de las declaraciones de pertinencia para sostener que son decisiones amparadas por la presunción del artículo 3° de la Ley 19.880. Se trata de actos administrativos que, dependiendo del caso, puede tener efectos calificables como “favorables” o “desfavorables”. Los primeros son aquellos que “amplían la esfera jurídica del interesado (actos favorables) y otros la reducen (actos desfavorables o de gravamen)”⁵⁶.

Tal tendencia se origina en “Weber McKay con Servicio de Evaluación Ambiental de Aysén”. En esta oportunidad se realizó una consulta de pertinencia para rehabilitar un proyecto hidroeléctrico. El SEA declaró que el proyecto no debía someterse al SEIA. Vecinos del lugar solicitaron la invalidación de la declaración, pues consideraban que el proyecto sí debía ingresar al SEIA. Esta solicitud fue rechazada. Respecto de ese acto, se interpuso la reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley 20.600.

En contra de la reclamación, el SEA argumentó que, al tratarse solo de una opinión no vinculante, la declaración de pertinencia no tendría la aptitud para afectar los derechos o intereses de terceros. De esta manera, quienes solicitaron la invalidación no tenían la calidad de interesados requerida por el artículo 21 de la Ley 19.880 para participar en un procedimiento administrativo. Por tanto, los reclamantes no tenían legitimación ni para solicitar la invalidación de la declaración de pertinencia ni para entablar luego una reclamación en contra de la decisión de no invalidar.

El tribunal ambiental resolvió que las declaraciones de pertinencia eran actos administrativos susceptibles de ser invalidados conforme con el artículo 53 de la Ley 19.880⁵⁷. De ello se desprende que la declaración de pertinencia negativa sería un acto favorable, pues su invalidación dejaría al descubierto la obligación de ingresar al SEIA. Esto implica que tanto las declaraciones de pertinencia como el acto que las invalida

⁵⁵ BERTAZZO, 2019, p. 133-134.

⁵⁶ VALDIVIA, 2018, p. 213.

⁵⁷ Tercer Tribunal Ambiental, 15.7.2021, rol R-41-2020, considerando 6°, con apoyo en Tercer Tribunal Ambiental, 30.3.2020, rol R-16-2019, considerando 22°. Sin embargo, la reclamación fue desechada por aplicación de la teoría de la invalidación impropia.

pueden afectar derechos o intereses⁵⁸. Por esto, solo se podría dar lugar a la invalidación “previa audiencia del interesado”⁵⁹, siendo tal persona quien la obtuvo a su favor.

Un interesante fallo de la Corte Suprema señaló también que la pertinencia negativa era un “acto de contenido favorable”. Se trata de la causa “Germán Ribba con Servicio de Evaluación Ambiental de La Araucanía”. En ella, el titular de un proyecto ingresó una consulta de pertinencia para realizar una modificación al mismo. Esta fue resuelta en sentido negativo. Luego, la autoridad cambió de opinión y dejó sin efecto la resolución porque estimó que, en realidad, los cambios sí eran de consideración bajo ciertos supuestos, y concluyó que debían pasar al SEIA.

En este proceso, parte de la discusión consistió en si la autoridad ejerció su potestad de invalidación o de revocación⁶⁰. La Corte Suprema razonó señalando que la declaración de pertinencia de este caso era claramente un acto de “contenido favorable” que solo podía ser dejado sin efecto mediante la potestad de invalidación, mas no la de revocación. Esto porque la pertinencia negativa permite al titular del proyecto ejecutarlo solo contando con los permisos sectoriales, a diferencia de la pertinencia positiva, que ordena acudir al SEIA⁶¹.

No obstante, el máximo tribunal estuvo persuadido de que la potestad ejercida fue la de invalidación. Por tanto, consideró que la decisión del SEA fue antijurídica por haber faltado la audiencia requerida por el artículo 53 de la Ley 19.880. En forma adicional, rechazó el argumento del recurrente en torno a que la falta de la susodicha audiencia no le causaba perjuicio al interesado, ya que el evidente contenido favorable de la pertinencia negativa dejaba patente que sí era necesario su emplazamiento previo⁶².

Esta sentencia apunta hacia reconocer una mayor obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia. Podría decirse que lo dicho en torno al contenido favorable como límite a la revocación fue solo señalado como “a mayor abundamiento” u *obiter dicta*, pues finalmente la Corte concluyó que la potestad ejercida fue la de invalidación. Sin embargo, la existencia de ese efecto favorable es materialmente relevante para sostener que la falta de la audiencia de invalidación sí le causó un perjuicio al titular del proyecto y el acto de invalidación era anulable en términos del artículo 13 de la Ley 19.880.

Tal línea argumentativa conduciría a entender que los efectos de las declaraciones de pertinencia negativas son “derechos adquiridos”. Esto impediría que el SEA las pueda revocar por razones de mérito, oportunidad o conveniencia⁶³, lo que sin duda es positivo. Pero habría que preguntarse cómo compatibilizar la existencia de este derecho adquirido con los poderes de fiscalización y sanción de la SMA. En este sentido, una

⁵⁸ En este sentido, ver Corte Suprema, 14.1.2014, rol 9012-2013 y Primer Tribunal Ambiental, 2.8.2019, rol R-15-2018, confirmada por Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019.

⁵⁹ Artículo 53, Ley 19.880, 2003.

⁶⁰ Tercer Tribunal Ambiental, 30.3.2020, rol R-16-2019, considerandos 10° al 14° y 18°.

⁶¹ Corte Suprema, 28.12.2019, rol 43.799-2020, considerandos 6° al 10°.

⁶² Corte Suprema, 28.12.2019, rol 43.799-2020, considerandos 11° al 14°.

⁶³ FLORES, 2016, pp. 210-215.

armonización permitiría equilibrar también los fines de dar seguridad y flexibilidad, con el principio precautorio.

III. PERTINENCIA Y FISCALIZACIÓN: UNA ARMONIZACIÓN

Las críticas formuladas en la sección anterior ponen al descubierto tres problemas. Primero, que la falta de obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia impide que sirvan como un mecanismo útil para brindar seguridad y flexibilidad a la ejecución de proyectos. Segundo, que la misma carencia mencionada les resta eficacia como mecanismo para proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No obstante lo anterior, y en tercer lugar, una excesiva obligatoriedad podría ir en desmedro del principio precautorio al restringir en demasía los poderes de la SMA⁶⁴.

Para solucionar estos problemas descartaremos la opinión mayoritaria referente a la naturaleza y efectos de las declaraciones de pertinencia. A la luz de un enfoque responsivo afirmaremos que la respuesta a una consulta de pertinencia impera, obliga y es exigible⁶⁵. Sin embargo, las mencionadas cualidades hay que entenderlas en concordancia con las potestades fiscalizadoras de la SMA y su rol en el diseño institucional. Para lo anterior, propondremos dos cosas. Primero, cuál es la naturaleza jurídica de una declaración de pertinencia. Segundo, cuál es el ámbito de competencia del SEA y de la SMA respecto de los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental. Lo anterior permitirá, en tercer lugar, determinar cómo debiesen coordinarse el SEA y la SMA en la gobernanza de proyectos que fueron objeto de declaraciones de pertinencia.

1. *La pertinencia como consulta hipotética*

Las declaraciones de pertinencia no tienen solamente un fundamento remoto en el artículo 19 N° 14 de la Constitución y el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880, sino que consideramos que es posible encontrar sustento para ellas en la Ley 19.300. Hasta ahora no se ha reparado lo suficiente en que se dirigen al SEA en su calidad de organismo administrador del SEIA⁶⁶. Siguiendo su tenor literal, la palabra “administrar”, utilizada por la Ley 19.300, significa “gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan”⁶⁷. Esto, naturalmente, trae aparejado el definir qué proyectos o actividades se encuentran bajo el ámbito de dicho sistema; aplicando la normativa ambiental.

Tratándose de declaraciones de voluntad en ejercicio de una potestad pública con sustento en la legislación sectorial, ¿qué razón habría para considerarlas “opiniones no

⁶⁴ URIARTE e INSUNZA, 2021, pp. 14-15.

⁶⁵ SOTO KLOSS, 1996, pp. 157-165.

⁶⁶ Artículos 8°, inciso final, y 81, letra a), Ley 19.300, 1994. Ver también, Prieto, 2013, p. 188.

⁶⁷ Real Academia Española de la Lengua, voz “administrar”, 1ª acepción. Disponible en: <https://dle.rae.es/administrar>.

vinculantes”? Se trata de actos administrativos formales de contenido declarativo. Si la respuesta es negativa, luego, al titular no le asiste la obligación de ingresar al SEIA. Si es positiva, se encuentra obligado a requerir la autorización para ejecutar el proyecto⁶⁸. No existen razones para restarles eficacia vinculante porque son actos fruto de una competencia legalmente establecida.

Más bien existen buenas razones para afirmar su obligatoriedad. Ello concuerda con la idea de que el SEA no las puede revocar por razones de mérito y que su invalidación requiere la audiencia del interesado afectado. Por ello también es lógico que se puedan interponer recursos administrativos contra estos actos, teniendo los afectados por el proyecto objeto de pertinencia legitimación para ello. También ello es más concordante con la función que tiene el SEA, la finalidad de este instrumento y la utilidad práctica que presta.

Lo anterior no significa que deban tener una obligatoriedad formal o absoluta. Por esto, es necesario precisar más su naturaleza y función. Básicamente, estas declaraciones buscan determinar si un proyecto o actividad realiza alguno de los supuestos del artículo 10 de la Ley 19.300 y si son “susceptibles de causar impacto ambiental”. Radica la relevancia de lo anterior en que la declaración de pertinencia es un pronunciamiento que se realiza respecto de una formulación teórica o hipotética de un proyecto o modificación que se pretende realizar. No se refiere a actividades en curso que estén causando actualmente un impacto ambiental, porque, si el mecanismo tiene por objeto sacar al titular de una situación de incertidumbre, luego, lo lógico es que la actividad no esté en ejecución.

Esto es producto del rol administrador del SEA: su función es preventiva y predictiva⁶⁹. Su actividad se relaciona con la evaluación de potenciales impactos ambientales en forma previa a la ejecución de una actividad. Por su parte, la SMA se ocupa de verificar en terreno cómo se están ejecutando los proyectos o actividades en la práctica, ya sea para ordenar su ingreso al SEIA, para imponer sanciones, aprobar programas de cumplimiento, entre otras funciones.

Considerar lo anterior es importante para entender dentro de qué límites opera la obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia, lo que será analizado en la sección siguiente. Sin embargo, lo anterior no es un obstáculo para afirmar su obligatoriedad como actos administrativos de carácter declarativo que, ajustándose al principio de juridicidad, imperan, obligan y son exigibles.

Podría argumentarse en contra de lo dicho que es preciso distinguir entre las declaraciones de pertinencia referidas a proyectos nuevos o las recaídas en modificaciones respecto de proyectos que ya cuentan con una RCA⁷⁰. Sin embargo, pensamos que no hay diferencias sustanciales en este punto. En el caso de un proyecto nuevo el rol del SEA es verificar si es susceptible de causar impacto ambiental y si está dentro de algún supuesto del artículo 10 de la Ley 19.300. En tal situación, el uso de buena fe del procedimiento

⁶⁸ ARANCIBIA, 2020, p. 7.

⁶⁹ CARRASCO, 2018, p. 16.

⁷⁰ PRIETO, 2013, pp. 188-189.

de pertinencia implica que el titular del proyecto no está ejecutando la actividad; pues si estuviese seguro de que no es necesaria la evaluación ambiental, no haría la consulta. De este modo, en principio, la consulta debiese ser hipotética.

En el caso de las pertinencias indirectas, la situación es distinta, pero sin que cambie su carácter hipotético. Al presentarse una consulta de pertinencia relativa a una modificación de un proyecto que ya cuenta con una RCA, para resolver si un cambio es de “consideración” pensamos que es necesario interpretar el reglamento del SEIA a la luz del artículo 10 de la Ley 19.300⁷¹. En esa dirección, la pregunta que el SEA debe responder es si la modificación propuesta, inserta ya en un proyecto listado en el artículo 10 de la Ley 19.300, genera algún impacto ambiental adicional de relevancia distinto a los ya evaluados previamente.

Así, la consulta también es hipotética porque el uso de buena fe del instrumento implica que no se está implementando. Y tampoco este proceder introduce modificaciones a la RCA, solo flexibiliza su aplicación, pues el cambio no debiese generar nuevos impactos ambientales relevantes.

2. *Hipótesis versus realidad: el rol de la SMA*

Las superintendencias son los organismos fiscalizadores por antonomasia. La fiscalización está vinculada con la comprobación, inspección, y medición de objetos o actividades, para verificar su conformidad a derecho⁷². En el caso particular de la SMA, su actividad fiscalizadora se relaciona con asegurar de que los distintos proyectos o actividades cumplan con los instrumentos de gestión ambiental y en evitar la elusión al SEIA⁷³.

La actividad fiscalizadora de la SMA se despliega en terreno más allá de la sola revisión de antecedentes⁷⁴. Esta es la única forma coherente de entender las potestades de las letras i) y j) del artículo 3° de la Ley 20.417. Dichas normas permiten a la SMA requerir el ingreso de proyectos o actividades que “debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Esto, porque siendo la RCA una autorización administrativa, el momento en que un proyecto o actividad debe someterse al SEIA es en forma previa a su ejecución. Por tanto, aquel proyecto o modificación que “debió someterse” al SEIA es aquel que está en ejecución sin la debida autorización.

El argumento más importante para sostener la no obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia es que, finalmente, es la SMA la que debe determinar si un proyecto o actividad debe someterse al SEIA. Sin embargo, pensamos que la existencia de esta potestad no impide que la declaración de pertinencia pueda ser considerada como obligatoria, si se consideran las funciones que cumple cada organismo.

⁷¹ Artículo 2°, letra g), Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

⁷² VERGARA, 2020, pp. 150-151.

⁷³ Artículo 3°, Ley 20.417, 2010.

⁷⁴ Corte Suprema, 17.5.2021, rol 154.803-2020, considerando 7°.

La función del SEA se cumple tomando decisiones con una mirada prospectiva y preventiva. La SMA fiscaliza y sanciona con una mirada retrospectiva y precautoria. En este contexto, el principal recelo hacia admitir la obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia negativas consiste en resolver el problema de cómo evitar que al amparo de uno de estos actos se realicen actividades distintas a las consultadas.

Solo una obligatoriedad “formal” o absoluta de las declaraciones de pertinencia conduciría a ese resultado injusto. La naturaleza hipotética de tales actos administrativos implica que su declaración amparará solamente a aquellos proyectos o actividades cuya ejecución práctica se corresponda con la consultada. De lo contrario, se estaría actuando fuera de los términos de la declaración, como si nada se hubiese consultado.

Lo anterior permite profundizar la tesis de que las declaraciones de pertinencia son actos administrativos declarativos de una determinada situación jurídica. Esto concuerda con (i) la idea de considerar a las declaraciones de pertinencia como actos administrativos que emanan de la potestad del SEA de administrar el SEIA, (ii) con su propósito de brindar seguridad y flexibilidad a los titulares de los proyectos y (iii) con su carácter de mecanismo para proteger el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; todo dentro de su naturaleza hipotética y sin darles una eficacia absoluta de cara a los poderes de fiscalización de la SMA.

Por lo anterior, para afirmar y proteger los efectos jurídicos de las declaraciones de pertinencia de modo razonable, no hace falta sostener que ellas producen “derechos adquiridos” o una “confianza legítima” respecto del titular o terceros, pero son “precarias” respecto de la SMA cuando lo ejecutado no se ajusta a lo consultado⁷⁵. Más bien, son plenamente decisorias y vinculantes, pero dentro de su propia naturaleza. Un proyecto que fue objeto de una pertinencia negativa no está protegido por tal acto administrativo si se extralimita de lo consultado, simplemente porque la actividad desplegada no es alcanzada por sus efectos jurídicos al estar fuera de sus propios términos.

3. *Coordinación entre el SEA y la SMA*

La legislación vigente no establece una jerarquía entre el SEA y la SMA. Por esto, no es posible afirmar una primacía formal de las decisiones de un organismo por sobre otro, como hace la opinión mayoritaria que resta valor a las declaraciones de pertinencia principalmente porque la SMA puede luego fiscalizar y ordenar el ingreso al SEIA de un proyecto. Así, tiene razón Bermúdez al señalar que la mejor forma de solucionar este problema es aplicando los principios de protección de la confianza y de coordinación⁷⁶. No existiendo jerarquía entre ambos organismos⁷⁷, deben llevar adelante una coordinación de tipo horizontal⁷⁸, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 18.575.

⁷⁵ HERRERA, 2014, p. 69.

⁷⁶ BERMÚDEZ, 2014, pp. 295-296.

⁷⁷ CORDERO, 2012, p. 30.

⁷⁸ CORDERO, 2007, p. 283; GÓMEZ, 2021, p. 66.

Pensamos que este es el tipo de coordinación que se debe producir porque no existe un organismo que tenga poder jerárquico pleno sobre ambos, al ser los dos servicios descentralizados. La posición de uno no vincula al otro, pero tampoco debe existir indiferencia pues ambos deben ajustar su actuación a la normativa legal y reglamentaria ambiental. De este modo, los actos válidos de uno y otro organismo deben ser respetados, y las posiciones de ambos deben, en primer lugar, integrarse en la motivación de sus actos⁷⁹. Por esto, la existencia de estas declaraciones recaída en algún proyecto no impide que la SMA ejerza sus poderes de fiscalización *in situ*.

Sin embargo, para respetar la obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia, el deber de fiscalización de la SMA se especifica: no consiste solo en determinar si el proyecto o actividad debía ingresar al SEIA, sino que también se debe determinar si, aquello que está en ejecución, se corresponde con lo consultado al SEA. De este modo, lo que se propone es una coordinación preventiva entre ambos organismos⁸⁰.

Pueden verificarse muchas situaciones en que esta coordinación sea necesaria por distintas razones. Existen casos en que se discute ante los tribunales ambientales si un proyecto se ajustó o no a lo consultado en un procedimiento de pertinencia. Por ejemplo, en una oportunidad la Corte Suprema ordenó retrotraer un procedimiento sancionador porque no quedó suficientemente acreditada la elusión al SEIA al no haberse demostrado la variación respecto de lo consultado en una pertinencia indirecta⁸¹; también el 2° Tribunal Ambiental ha cuestionado que la SMA adopte medidas provisionales sin dar consideración al pronunciamiento emitido por el SEA luego de una consulta de pertinencia⁸². Pero también han existido casos en que la SMA ha detectado variaciones respecto de lo consultado en procedimientos de pertinencia⁸³.

Teniendo en cuenta el universo de casos posibles, pensamos que para lograr una coordinación efectiva entre el SEA y la SMA que afirme una obligatoriedad relativa de las declaraciones de pertinencia habría que distinguir dos casos. Primero, el de un proyecto o actividad que fue objeto de una declaración de pertinencia en sentido positivo. En esa hipótesis la SMA debe ordenar el ingreso al SEIA del proyecto e iniciar el procedimiento sancionador correspondiente si verifica que la actividad realizada se corresponde con aquella que el SEA estimó que debía pasar a evaluación ambiental. Adicionalmente, si el proyecto o actividad no se corresponde con lo consultado, la SMA podrá ordenar el ingreso e iniciar un procedimiento sancionador si estima que la actividad en ejecución debió pasar por el SEIA.

⁷⁹ HARRIS, 2021, p. 3.

⁸⁰ HARRIS, 2021, p. 4-5.

⁸¹ Corte Suprema, 9.7.2019, rol 3470-2018, considerandos 23° al 26° (ver también sentencia de reemplazo).

⁸² 2° Tribunal Ambiental, 15.03.2019, rol R-198-2018, considerando 49°.

⁸³ SMA, 18.12.2020, Res. Ex. N° 1, rol D-169-2020, N° 56 y 57; SMA, Res. Ex. N° 1, rol D-126-2019, N° 238 al 242. En ambos casos, se trata de resoluciones que inician procedimientos sancionadores donde, entre otras cosas, se analiza la adecuación de un proyecto a lo consultado al SEA en el procedimiento de pertinencia. Sin embargo, como ocurre en muchos casos, el asunto terminó en la aprobación de un programa de cumplimiento.

Segundo, el de un proyecto o actividad que fue objeto de una declaración de pertinencia en sentido negativo. En tal caso, la fiscalización de la SMA debe tener por objeto determinar si lo que se está ejecutando corresponde, ahora en concreto, con aquello consultado y respecto de lo cual el SEA se pronunció en sentido negativo. En caso de no existir correspondencia, la actividad en ejecución no estará protegida por los efectos de la declaración (debido a su naturaleza hipotética) y, por tanto, la SMA podrá ordenar el ingreso al SEIA si lo estima conforme a derecho.

En caso de existir correspondencia, la SMA deberá coordinarse con el SEA si tiene una discrepancia respecto de si el proyecto o su modificación debió ingresar al SEIA. Esto se podría realizar informalmente de manera que ambos organismos puedan unificar su criterio, para evitar interferencias en las funciones. Lo anterior podría dar lugar a que el SEA ejerza sus poderes de revisión respecto de la declaración de pertinencia dando lugar a una subsanación, aclaración o rectificación de la declaración⁸⁴. En segundo término, alternativamente, la SMA podría iniciar un procedimiento para ordenar el ingreso del proyecto al SEIA. Para adoptar la decisión deberá responder fundadamente al informe emitido por el SEA⁸⁵. En este caso, la decisión de la SMA se podría imponer no por tener la última palabra en el asunto, sino en el entendido de que el SEA erró al declarar que el proyecto o su modificación no debían ingresar al SEA siendo, por tanto, un acto administrativo *ab initio* nulo⁸⁶.

Frente a esta situación, el titular afectado podría reclamar en contra de la decisión de la SMA ante el tribunal ambiental para que decida si, finalmente, cuál criterio es el que debe predominar aplicando la Ley 19.300 y el reglamento del SEIA⁸⁷. No se verificaría aquí una contienda de competencia⁸⁸, sino una diferencia en la calificación jurídica del proyecto o de interpretación de las normas que regulan la obligación de ingresar a evaluación ambiental. Por esto, las diferencias de opinión entre ambos organismos debiesen resolverse ante la justicia ambiental aplicando las normas sectoriales y no haciendo primar de modo absoluto las decisiones de uno por sobre otro.

Si se ordena el ingreso de un proyecto que contaba con una pertinencia negativa, hay que preguntarse si, además de ello, la SMA debiese imponer una sanción administrativa. Aquí se debería considerar la eventual existencia de una legítima expectativa del titular del proyecto⁸⁹. Lo que justificaría la protección de dicha expectativa es que el titular del proyecto observó lo decidido por la autoridad, de manera que tal esperanza no puede ser frustrada sin buenas razones⁹⁰. Ello muestra que estamos frente a un ciudadano que,

⁸⁴ Artículos 13 y 62, Ley 19.880, 2003.

⁸⁵ Artículo 3° letra i) y j), Ley 20.417, 2010; artículo 37, Ley 19.880, 2003.

⁸⁶ Soto KLOSS, 2012, pp. 511-511.

⁸⁷ Artículo 56, Ley 20.417, 2010; artículo 17 N° 3, Ley 20.600, 2010.

⁸⁸ HARRIS, 2021, p. 5.

⁸⁹ BERMÚDEZ, 2014, p. 498. Una solución análoga en BERMÚDEZ, 2014, p. 476.

⁹⁰ PHILLIPS, 2020, pp. 205-215.

en principio, está dispuesto a cooperar con la autoridad, si solicitó una declaración de pertinencia y se ajustó a la hipótesis presentada⁹¹.

Así, se trata de una situación de menor gravedad que el caso de una “elusión cruda”, es decir, aquella que se verifica sin mediar un uso de buena fe del mecanismo de consultas de pertinencia. En tal caso, siguiendo a Gómez⁹², un enfoque responsivo sugiere que la SMA debiese promover una autorregulación forzada por medio de una orden de ingreso al SEIA y no imponer una sanción administrativa adicional al titular del proyecto por no ser ello eficaz y conducente a cumplir los objetivos regulatorios en esta materia.

Por último, así como el artículo 3° de la Ley 20.417 establece una coordinación entre el SEA y la SMA por medio del trámite de solicitar un informe, nada impide que, en casos difíciles, el SEA también solicite informes a la SMA al resolver consultas de pertinencia. Lo anterior está permitido por las normas generales del procedimiento administrativo que atribuyen a los informes un valor no vinculante, aunque se deba dar una respuesta razonada⁹³. Esto permitiría también una mejor coordinación entre ambos servicios.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis realizado en este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La existencia de los poderes de la SMA para ordenar el ingreso de un proyecto o actividad al SEIA no debe llevar a reducir a las declaraciones de pertinencia a “meras opiniones no vinculantes”. Se trata, más bien, de actos administrativos que contienen una declaración de que un determinado proyecto o actividad le asiste o no la obligación de someterse al SEIA, y que dicha declaración está dotada de una obligatoriedad limitada o relativa.
2. La pertinencia ambiental es un procedimiento administrativo de carácter consultivo e hipotético. Encuentra su sustento jurídico en el artículo 19 N° 14 de la Constitución y en el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880. Pero tiene un fundamento jurídico inmediato en los artículos 8°, inciso final, y 81, letra a), de la Ley 19.300 que consagran la potestad del SEA de “administrar” el SEIA. Se puede concluir que tal potestad naturalmente comprende la de declarar qué proyectos o actividades están jurídicamente obligados a someterse a dicho sistema en aplicación de la legislación ambiental.
3. Del carácter hipotético de la declaración de pertinencia se desprende que tiene una eficacia jurídica relativa. No produce una obligatoriedad formal, sino que sus efectos se extienden solo sobre aquellos proyectos o actividades que se ejecuten

⁹¹ SOTO DELGADO, 2016, pp. 199-200.

⁹² GÓMEZ, 2021, pp. 219-222.

⁹³ HERRERA, 2014, pp. 72-73.

conforme con lo consultado. Esto, porque de lo contrario se impediría en demasía el ejercicio de los poderes de la SMA de ordenar el ingreso de proyectos que satisfacen alguno de los supuestos del artículo 10 de la Ley 19.300. De este modo, una declaración de pertinencia negativa no impide que la SMA fiscalice y eventualmente ordene el ingreso al SEIA de un proyecto o actividad que no concuerde con lo consultado al SEA.

4. Al momento de fiscalizar un proyecto o actividad que cuenta con una declaración de pertinencia, la SMA debe, en primer lugar, verificar si lo que se está ejecutando corresponde con lo consultado. De no existir correspondencia, la SMA puede ordenar el ingreso si lo estima procedente de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 19.300 y su reglamento, e incluso iniciar un procedimiento sancionador por elusión al SEIA. De existir correspondencia, es necesario distinguir entre la pertinencia positiva y negativa. Si fue positiva, la SMA puede ordenar inmediatamente el ingreso del proyecto al SEIA e iniciar un procedimiento sancionador. En caso de ser negativa la pertinencia, si la SMA estima que el proyecto debió ingresar al SEIA tiene dos alternativas: (1) coordinarse con el SEA para que ejerza sus poderes de subsanación y aclaración, y así solucionar la discrepancia, o (2) ordenar el ingreso del proyecto al SEIA en el entendido de que la declaración de pertinencia respectiva fue otorgada antijurídicamente. En este último caso, el titular del proyecto podrá impugnar la orden ante los tribunales ambientales para que se decida qué organismo tenía razón a la luz del artículo 10 de la ley 19.300 y su reglamento.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANCIBIA Mattar, Jaime, 2020: "Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32, pp. 5-36.
- ARELLANO, Gustavo y Silva, Carolina, 2014: "Consulta de pertinencia de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental: un problema práctico-jurídico", en Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte (editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación?*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 447-478.
- AYRES, Ian y Braithwaite, John, 1992: *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press.
- BERTAZZO, Silvia, 2019: "Altos de Puyai, ¿una revolución en el sistema de evaluación de impacto ambiental? (Comentario a fallos roles N° 15.499-2018, N° 15.500-2018 y N° 15.551-2018, de la Corte Suprema), en *Sentencias destacadas 2018. Una mirada desde la perspectiva de las Políticas Públicas*, Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo, pp. 115-141.
- BERTAZZO, Silvia, 2016: "El patrimonio cultural y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 23, pp. 41-57.
- BRAITHWAITE, John, 2002: *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York, Oxford University Press.
- CARRASCO Quiroga, Edesio, 2018: *Sistema de evaluación de impacto ambiental. Análisis y resolución de casos prácticos*, Santiago: Ediciones Der.
- CARRASCO Quiroga, Edesio y Herrera Valverde, Javier, 2014: "La interpretación de la resolución de calificación ambiental", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, pp. 635-671.

- CORDERO Quizacara, Eduardo, 2012: "La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía", en *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, Unidad de Servicios Gráficos de la CGR, pp. 15-33.
- CORDERO Quizacara, Eduardo, 2007: "El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, pp. 269-298.
- FLORES Rivas, Juan Carlos, 2016: "La potestad revocatoria de los actos administrativos", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24 N° 1, pp. 191-222.
- GÓMEZ González, Rosa, 2021: *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ González, Rosa, 2021: "Coordinación en materias de ordenación territorial, permisos urbanísticos y medio ambiente en Chile: problemáticas y desafíos" en *La gobernanza del territorio: cooperación interadministrativa, participación ciudadana y derechos de las minorías*, Barcelona, Bosch Editor, pp. 61-92.
- HARRIS Moya, 2021: "La coordinación administrativa de los Ministros de Estado", Asesoría técnica parlamentaria, enero 2021. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30364/1/Informe_BCN.pdf.
- HERRERA Valverde, Javier, 2014: "Regulación jurídica y efectos de las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", en *Administración y derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de derecho a la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 61-87.
- LIBERTAD y Desarrollo, 2018: "Modernización del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", num. 299, p. 28.
- MONTT Oyarzún, Santiago, 2010: "Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales", Documento de Trabajo # 4, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile. http://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento_de_trabajo_4_Autonomia_responsividad_Montt.pdf
- PHILLIPS Letelier, Jaime, 2020: *La protección de expectativas en el derecho administrativo. Una propuesta para la aplicación del principio de protección de la confianza*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PRIETO Pradenas, Magdalena, 2013: "Las consultas de pertinencias de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental como herramienta de flexibilización del acto administrativo ambiental", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8, pp. 181-196.
- PROYECTO de ley de fomento a la inversión privada, Boletín 11747-03.
- RETAMAL Valenzuela, Jorge, 2015: "Labor minera y protección del medio ambiente: criterios para una redefinición", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, N° 1.
- SOTO Delgado, Pablo, 2016: "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo al régimen sancionatorio ambiental", *Ius et Praxis*, año 22 N° 2.
- SOTO Kloss, Eduardo, 2012: *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago: Legal Publishing Chile.
- SOTO Kloss, Eduardo, 1996: *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- URIARTE, Ana Lya y Insunza, Ximena, 2021: "Análisis de las consultas de pertinencia y vero del proyecto pro inversión", *Perspectivas CDA* #3, pp. 1-18. Disponible en [https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_\(3\)_2021/index.html](https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_(3)_2021/index.html). [Fecha de consulta: 15.10.2021].
- VERGARA Blanco, Alejandro, 2014: "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los "núcleos dogmáticos", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 3, pp. 957-991.

VERGARA Soto, Andrés, 2020: "Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32, pp. 145-165.

Normas jurídicas citadas

- DECRETO 100, fija el texto refundido de la Constitución Política de la República, publicado el 22 de septiembre de 2005.
- LEY 20.600, crea los Tribunales Ambientales, publicada el 28 de junio de 2012.
- LEY 20.417, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero de 2010.
- LEY 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.
- LEY 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.
- LEY 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, publicada el 5 de diciembre de 1986.
- DECRETO Ley 830, Código Tributario, publicado el 31 de diciembre de 1974.
- DFL N° 1, fija texto refundido coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, publicado el 7 de marzo de 2005.
- DECRETO 2421, fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, publicado el 10 de julio de 1964.
- DECRETO 40 del Ministerio del Medio Ambiente, aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, sentencia de 16 de marzo de 2022, rol 84.513-2021
- CORTE Suprema, sentencia de 17 de mayo de 2021, rol 154.803-2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 8 de febrero de 2021, rol 144.089-2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 28 de diciembre de 2020, rol 43.799-2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 15 de mayo de 2020, rol 27.564-2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 3 de julio de 2020, rol 36.413-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 14 de mayo de 2020, rol 36.416-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 16 de diciembre de 2019, rol 25.054-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de octubre de 2019, rol 21.432-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 9 de julio de 2019, rol 3470-2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de diciembre de 2018, rol 15.501-2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de diciembre de 2018, rol 15.500-2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de diciembre de 2018, rol 15.499-2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 14 de marzo de 2018, rol 45.059-2017.
- CORTE Suprema, sentencia de 3 de enero de 2019, rol 165-2017.
- CORTE Suprema, sentencia de 6 de noviembre de 2014, rol 15.737-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 14 de enero de 2014, rol 9012-2013.
- PRIMER Tribunal Ambiental, sentencia de 2 de agosto de 2019, rol R-15-2018.
- SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de noviembre de 2018, rol R-198-2018.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 28 de octubre de 2021, rol R-28-2020.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 15 de julio de 2021, rol R-41-2020.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 31 de marzo de 2020, rol R-18-2019.

- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 30 de marzo de 2020, rol R-16-2019.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 10 de febrero de 2020, rol R-64-2018.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 8 de marzo de 2017, rol R-49-2017.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de marzo de 2015, rol R-22-2015.
- CONTRALORÍA General de la República, 2 de agosto de 2021, dictamen E126162N21.
- CONTRALORÍA General de la República, 5 de noviembre de 2020, dictamen E49295N20.
- CONTRALORÍA General de la República, 23 de abril de 2020, dictamen 8242N20.
- CONTRALORÍA General de la República, 3 de febrero de 2020, dictamen 2731N20.
- CONTRALORÍA General de la República, 29 de junio de 2014, dictamen 23683N17.
- CONTRALORÍA General de la República, 19 de diciembre de 2016, dictamen 90563N16.
- CONTRALORÍA General de la República, 5 de agosto de 2016, dictamen 58037N16.
- CONTRALORÍA General de la República, 1 de octubre de 2015, dictamen 78159N15.
- CONTRALORÍA General de la República, 2 de octubre de 2014, dictamen 75903N14.
- CONTRALORÍA General de la República, 9 de abril de 2014, dictamen 25269N14.
- CONTRALORÍA General de la República, 1 de febrero de 2013, N° 7620N13.
- SUPERINTENDENCIA del Medio Ambiente, 18 de diciembre de 2020, Res. Ex. N° 1, rol D-169-2020. Disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2369>.
- SUPERINTENDENCIA del Medio Ambiente, 30 de septiembre de 2019, Res. Ex. N° 1, rol D-126-2019. Disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2010>.