

La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile

Prevention as a principle of the environmental impact assessment system in Chile

Ezio Costa Cordella*

Universidad de Chile, Chile

Abogado, Universidad de Chile.
Director Ejecutivo de la Corporación FIMA
e Investigador del Centro de Regulación y
Competencia (RegCom) de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Chile.
costa@fima.cl

RESUMEN

La prevención está presente en el derecho ambiental chileno desde sus orígenes y se pone de manifiesto de manera especial en lo que se refiere al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Es en efecto la prevención, en la forma del Principio Preventivo, la que da buena parte del sustento lógico a la existencia de este sistema de evaluación, por lo que su observancia es clave para el éxito del mismo. Esto ha sido reconocido recientemente por nuestras Cortes a propósito de varios casos de gran connotación y especial en relación a una controversial práctica de la administración consistente en imponer como medida en las Resoluciones de Calificación Ambiental la realización de estudios que debían conformar parte integrante de la evaluación ambiental, contraviniendo este espíritu preventivo.

Palabras clave: Principio preventivo, protección ambiental, sistema de evaluación de impacto ambiental, Prevención, Derecho Ambiental Chileno.

* Agradezco la ayuda de María Victoria Galleguillos Alvear y los consejos y reflexiones de Fernando Dougnac Rodríguez.



SUMMARY

Prevention is one of the basis of Chilean environmental law. The Environmental Assessment System (SEIA) is an example of this preventive logic, as its own existence is connected with the need to prevent negative environmental impacts. Recently, the prevention principle has been on the centre of several decisions from the Supreme Court regarding relevant environmental cases, recognizing that this principle is indeed a basis of the system and thus that it is not possible to approve projects before having all the required information, being illegal to set in the approval resolution the obligation of the proponent to do further studies, which was a controversial practice of the Environmental Assessment Agency.

Keywords: Prevention Principle, Prevention, Environmental Impact Assessment System, Chilean Environmental Law, Environmental Protection.



1. El Principio Preventivo

En Chile la prevención es un elemento implícito tanto en la Constitución (art. 19 N° 8) como en diversas normas infra constitucionales (Ley N° 19.300, Código Sanitario, Ley de Protección de la Agricultura, D.L. 3557, del año 1980, etc.). No obstante, ha existido debate sobre el alcance y aplicación del principio preventivo en su formulación propia del derecho ambiental. En este trabajo se analizará cual es la posición que el Principio Preventivo ha tomado en el Régimen Ambiental Chileno, en especial en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y con cuidadosa atención a la evolución de esa posición en los últimos años.

Siguiendo a Philippe Sands, es reconocible el Principio Preventivo en la Declaración de Río de 1992, donde, en su principio 11, se establece el compromiso de los Estados de "... promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente."¹ Para Sands, además, el Principio Preventivo sería una manifestación de la soberanía nacional, dado que se busca prevenir la producción de daño ambiental, a la vez que el Estado está obligado a tomar o arbitrar las medidas necesarias para anticiparse a la producción de ese daño². En nuestra Constitución, esto se reconoce expresamente en el artículo 19 N° 8 cuando en ella se expresa el deber del Estado de "... tutelar la preservación de la naturaleza", lo que incluye la protección del "Patrimonio Ambiental".

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece igualmente importante considerar que el medio ambiente no solo pertenece a una nación sino que es patrimonio de la humanidad entera, de tal forma que si bien la prevención supone una manifestación de la soberanía nacional, es a su vez una manifestación del rol del Estado como garante de la dignidad humana y del lugar que los Estados ocupan dentro del régimen ambiental internacional. Se ha reconocido en la protección ambiental local, una obligación para la comunidad internacional en su conjunto, especialmente en consideración de los impactos globales de las actividades con potencial dañino para el medio ambiente.

Ahora bien, el Principio Preventivo alcanza muchas otras acciones, además de la

1 Declaración de Río, Principio 11 "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo".

2 SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. London, Cambridge University Press, Segunda edición, 2003, p. 246.



protección ambiental, a través de la evaluación ambiental de proyectos, y el efecto de las normas de calidad y de emisión, el establecimiento de áreas protegidas, las listas de especies protegidas, la zonificación y otras regulaciones que también son influidas fuertemente por el concepto de prevención.

Concordando con lo expresado, para Sands, "... el Principio Preventivo está apoyado por una larga lista de normas domésticas de protección ambiental, que establecen procesos de autorización, así como la adopción de compromisos nacionales e internacionales en relación con estándares ambientales, acceso a la información ambiental y la necesidad de llevar adelante procedimientos de evaluación ambiental en relación con ciertas actividades. El principio de prevención puede, por lo tanto, tomar diferentes formas, incluido el uso de sanciones y la aplicación de normas de responsabilidad"³.

En la misma línea, De Sadeleer estima que la prevención no puede asegurarse con normas de responsabilidad, sino que debe buscarse la misma a la base de las convenciones que busquen proteger el medio ambiente, haciendo hincapié en que la proliferación de mecanismos de protección ambiental está íntimamente relacionada con dicha búsqueda⁴.

A continuación veremos cómo este principio de derecho ambiental internacional fluye hacia nuestra legislación y jurisprudencia.

2. El Principio Preventivo en la Ley 19.300

En nuestra legislación el principio preventivo o principio de prevención es básico en la protección ambiental y observamos su presencia en múltiples manifestaciones. Una de ellas, y que ha tenido un rol principal en nuestro derecho ambiental, es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). En el mensaje de la Ley 19.300 se observa la incorporación de este principio al sistema. Se lo define de la siguiente manera: "El Principio Preventivo: mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos"⁵. Luego, y en relación al SEIA se dice en el Mensaje: "Con estos instrumentos, [Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y Declaración de Impacto Ambiental (DIA)] se pretende evitar

3 SANDS, Philippe. op. cit., p. 247.

4 DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. London, Oxford University Press, 2002, p.65.

5 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 19.300, p. 14.

que se sigan instalando procesos productivos que puedan causar graves deterioros al medio ambiente"⁶.

La doctrina nacional ha definido el Principio Preventivo como aquel que busca evitar impactos previsible, o, al decir de Guzmán Rosen "persigue en lo esencial adoptar medidas anticipatorias que permitan evitar o aminorar las consecuencias adversas para el medio ambiente como producto de la actividad humana"⁷.

Para Astorga Jorquera, en tanto, es el principio que "pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, justificados jurídicamente –impacto ambiental- o antijurídicos –daño ambiental-"⁸.

Además, para algunos autores este principio es el único recogido de manera medianamente satisfactoria en la Ley 19.300. En palabras de Riesco Bahamondez: "[C]on el objeto de proteger intereses como un medio ambiente saludable, nuestro ordenamiento jurídico contempla un sistema de autorizaciones o permisos de funcionamiento, por los cuales se vincula la autoridad con el administrado de manera permanente, sometiéndolo a un plan de seguimiento o fiscalización que en caso de las Resoluciones de Calificación Ambiental de los proyectos sometidos al SEIA se encuentra recogido por el artículo 64 de la ley 19.300"⁹.

Por su parte, y a propósito de un posible cambio en los supuestos de hecho de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), nos ilustra Sepúlveda Solar al señalar que siendo el procedimiento de evaluación un instrumento preventivo, uno de sus fundamentos sería "... la toma de decisiones con bajo nivel de incertidumbre, en base a un proceso de análisis, predicción y evaluación de los impactos ambientales de un proyecto determinado"¹⁰.

Para Guzmán Rosen, además del SEIA, el Principio Preventivo también se vería manifestado en otros instrumentos de gestión ambiental de la Ley 19.300, como la

6 Ídem, p. 15.

7 GUZMAN, Rodrigo. *Derecho Ambiental Chileno*. Santiago, Planeta Sostenible, 2012, p.89.

8 ASTORGA, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno*. Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 21.

9 RIESCO, Vladimir. "Presencia y Eficiencia de los principios precautorio y preventivo en el SEIA chileno". En: *Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario*, Santiago, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2006. p. 114.

10 SEPÚLVEDA, Doris. *Invalidez Sobreviniente. El caso de la Resolución de Calificación Ambiental*. Santiago, Legal Publishing, 2012.



educación e investigación, las normas de calidad y emisión, los planes de manejo, la Evaluación Ambiental Estratégica y la responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental¹¹.

En el caso del SEIA, además del reconocimiento expreso en el Mensaje de la ley y del que por su parte hace la doctrina, la existencia del Principio Preventivo como guía se puede observar en la lectura de los artículos que definen el ingreso de un proyecto al SEIA y los instrumentos mediante los cuales es posible obtener una resolución de calificación ambiental.

Las definiciones del artículo 2° de la ley nos ilustran en este sentido, las que son complementadas en los artículos 8, 10 y siguientes. Así entonces:

A) Art. 2 letra j) *"Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes"*.

B) Art. 2° letra f) *"Declaración de Impacto Ambiental: el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes"*.

C) Art. 2° letra i) *"Estudio de Impacto Ambiental: el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos"*.

D) Artículo 8°, inciso primero:- *"Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley"*.

11 GUZMÁN, Rodrigo. Op. Cit. p.89.

En todas las definiciones anteriores podemos observar la existencia del Principio de Prevención como su fundamento, en términos como "... la actividad que se pretende realizar...", "... antecedentes fundados para la predicción...", etc. El sistema mismo se estructura sobre la idea de que antes de llevar a cabo un proyecto, este debe necesariamente evaluarse. Vale decir, se estructura sobre la prevención.

Siendo que el sistema se estructura sobre la base de la prevención, es lógico que esto se extienda a los dos instrumentos de presentación de proyectos, al sistema y sus procedimientos. Sin embargo, la presencia del Principio es aún más fuerte en el caso de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).

Se explica lo anterior, en parte, porque mientras los EIA buscan comprender acabadamente los efectos de un proyecto, las DIA básicamente son una declaración jurada de que el proyecto que se presenta, a pesar de requerir ingreso al SEIA, no requiere de una evaluación intensa y se puede hacer fe en lo presentado por el titular. Es una declaración jurada en que el titular dice: "mi proyecto está en el listado del número 10° de la ley 19.300, pero juro que no tiene ninguno de los efectos del artículo 11°".

Esto es importante porque, fundamentalmente, es en torno a los impactos del artículo 11^{o12} que gira la evaluación ambiental. Ellos son, precisamente, los impactos que se intentan prevenir o mitigar, compensar y reparar, sin perjuicio de los análisis y reparos que la autoridad pueda y deba hacer a las DIA.

Así el artículo 12°, al establecer las materias que deben ser abarcadas por los Estudios de Impacto Ambiental, señala entre ellas, en su letra c): "Una descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que dan origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).", mientras en su letra d),

12 Los efectos, características o circunstancias a los que se refiere el artículo 11 son los siguientes:

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
- d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.



expresa como requisito de ingreso de los EIA: "Una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo. Cuando el proyecto deba presentar un Estudio de Impacto Ambiental por generar alguno de los efectos, características o circunstancias señaladas en la letra a) del artículo 11°, y no existiera Norma Primaria de Calidad o de Emisión en Chile o en los Estados de referencia que señale el Reglamento, el proponente deberá considerar un capítulo específico relativo a los potenciales riesgos que el proyecto podría generar en la salud de las personas."

Entretanto, el artículo 12° bis, que establece los requisitos de las Declaraciones de Impacto Ambiental, expresa que deben incorporarse: "Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental,"¹³.

En la lógica preventiva, quien propone un proyecto debe estar consciente de los efectos que dicho proyecto tiene, de tal forma que de manera previa a la construcción y ejecución del mismo, debe estar en posición de señalar a la autoridad los pormenores de dichos efectos, características y circunstancias.

De la definición de Estudio de Impacto Ambiental y especialmente del requisito de la letra d) del artículo 12 que dice relación con expresar en él una predicción y evaluación del impacto ambiental, se infiere claramente que este debe considerar todos los efectos o características conocidos para proyectos de la naturaleza del que presenta. Incluso, la lógica indica que si la experiencia demuestra que en un proyecto de la misma naturaleza que el presentado a evaluación se dan determinados efectos ambientales que el proponente dice que no se presentarán en el suyo, debe demostrar fehacientemente esta afirmación.

La pregunta que antes quedaba sin respuesta era que pasaba con los impactos de un proyecto que no eran previstos por su EIA, es decir que ni el proponente ni la autoridad habían podido prever su existencia. Dicha pregunta fue contestada por la ley 20.417, con

13 A pesar de que generalmente se haya visto a la DIA como el instrumento de ingreso general de proyectos, la verdad es que la clave preventiva del procedimiento invierte esa lógica, e incluso podría argumentarse que el instrumento de ingreso por regla general es el EIA. La excepción es la DIA, siempre y cuando el proponente logre demostrar que no se dan las condiciones que señala la ley para ingresar por EIA. Esta es una obligación absoluta que recae en el proponente y que debe ser cuidadosamente observada por el evaluador ambiental. Si no llega a ese convencimiento debe exigir que se cumpla la regla general de un EIA.

la introducción del artículo 25 quinquies a la Ley 19.300¹⁴ y especialmente con su artículo 3° letra h), que otorga a la Superintendencia de Medio Ambiente la facultad de suspender transitoriamente la autorización de funcionamiento de un proyecto que se encuentre generando un efecto no previsto en su evaluación con consecuencias graves e inminentes para el medio ambiente. Entendemos que dicha transitoriedad debiera mantenerse hasta que sea ingresada la modificación al SEIA y aprobada, ya sea como modificación o como ampliación del proyecto por la autoridad ambiental. Solo así se cumple con el objetivo preventivo de la evaluación ambiental. La novedad importante de la modificación en comento consiste en que si el impacto no previsto no fue advertido por el sistema preventivo del SEIA, el proyecto debería ser objeto de una paralización y sometido a nueva evaluación. Hay, por lo tanto, un incentivo fuerte a cumplir previamente, esto es durante la primitiva evaluación, con las exigencias de la Ley 19.300, dado los altos costos que una paralización y reevaluación posterior pudiera significar.

Que el castigo sea la suspensión, en lo que nos interesa, es lo más relevante, pues a través de ella no solo hay un reproche a la actividad antijurídica y falta de diligencia y cuidado del proponente—lo que podría traducirse en multas, por ejemplo, sino que, lo más grave, es que se puede detener la actividad hasta que esta sea nuevamente evaluada, y por lo tanto hasta que se prevengan efectivamente los efectos que no fueron objeto de la evaluación respectiva.

Por último, la lógica del sistema de responsabilidad por daño ambiental es también preventiva, función que es inherente al sistema mismo¹⁵ y esto se observa principalmente en la diferencia entre daño ambiental e impacto ambiental¹⁶.

En efecto, la diferencia entre un impacto sobre el medio ambiente jurídicamente permitido—al que llamamos impacto ambiental- y uno que es antijurídico—al que llamamos

14 Artículo 25 quinquies.- La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880. El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20.

15 HERVÉ, Dominique. "La regulación de la responsabilidad por daño a la biodiversidad. Iniciativas en el marco de la convención y su protocolo de biodiversidad". *Biodiversidad y Globalización. Oportunidades y Desafíos para la Sociedad Chilena*, Eugenio Figueroa y Javier Simonetti (Editores), Santiago, Editorial Universitaria, 2003, pp.117-137.

16 Coincidiendo en este sentido con Astorga, ob. Cit.



daño ambiental- es por una parte la intensidad del impacto, y por otra la existencia de un permiso previo legalmente otorgado para la producción de ese impacto. Esta distinción se hace evidente cuando observamos el concepto de daño de la Ley 19.300¹⁷. Existiendo daño, y por lo tanto antijuricidad, existe posibilidad de reacción y sanción por parte del ordenamiento.

Guzmán Rosen vincula los conceptos de daño e impacto de tal forma que este último es el género y el daño es una especie¹⁸. Coincidimos, en todo caso, en considerar que un mismo hecho puede ser daño o impacto y que la posibilidad de reacción jurídica -en la que identifico el daño- se observa cuando hay un impacto que habiendo mandado ser mitigado, compensado o reparado, no lo fue, así como cuando hay un impacto que debió haber sido observado en el proceso de evaluación y no lo fue¹⁹.

Esta distinción es muy relevante cuando nos enfrentamos a impactos ambientales respecto de los cuales no hay normas de emisión ni de calidad, ni que son abordados por planes de prevención o descontaminación o normas sobre protección, preservación o conservación ambientales. Esto por cuanto mientras en caso de existencia de los instrumentos antes reseñados, operará como umbral de cumplimiento la norma respectiva, en los casos no regulados, el umbral no está fijado y por lo tanto la autorización de funcionamiento (RCA) se pone jurídicamente en ese lugar, funcionando como umbral de cumplimiento y por lo tanto como elemento diferenciador entre el impacto y el daño ambiental, todo ello en cumplimiento del mandato superior establecido en la Constitución de la obligación del Estado de proteger el medio ambiente.

Así entonces, el sistema de responsabilidad, especialmente en relación con los impactos no regulados, tiene parte de su fundamento en el mismo SEIA, en la medida que si dicho sistema legitimase de manera legal un determinado impacto, entonces difícilmente podríamos señalar que enfrentamos un daño ambiental. Ello es sin perjuicio de la facultad de revisión que el juez podría tener respecto del otorgamiento del permiso. Un impacto evaluado correctamente por el SEIA y consignado correctamente en la RCA no sería objeto de reproche en la medida que no sería daño ambiental, sino impacto, y en ese sentido el sistema de responsabilidad descansa, al menos en este sentido, en la lógica preventiva del SEIA.

17 Art. 12, letra e), Ley 19.300: "Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes."

18 GUZMÁN, Rodrigo. Ob. Cit., p. 60.

19 GUZMÁN, Rodrigo. Ob. Cit., p. 61.

3. El Principio Preventivo en la Jurisprudencia del SEIA

De largo se venía sosteniendo por recurrentes en causas ambientales que a la hora de resolver evaluaciones ambientales y asimismo al momento de controlarlas judicialmente, debía tenerse en consideración el Principio Preventivo, y que éste significaba que todos los estudios sobre características relevantes y potenciales impactos de un proyecto se realizaran con anterioridad a que este fuera aprobado. Este argumento venía a hacer frente a una práctica más o menos habitual de la administración, que aprobaba proyectos pero en la RCA de los mismos mandaba al titular a hacer estudios sobre algunos impactos que no habían sido evaluados durante el procedimiento.

La discusión se centraba en la evidente falta de sentido de presentar estudios sobre determinados impactos *con posterioridad* a la aprobación de un proyecto, además de lo irracional que resultaba que la autoridad ambiental hubiere certificado previamente en la RCA que el proyecto cumplía "...con todos los requisitos ambientales..." (inciso 2º del art. 24 de la Ley 19.300). En la lógica preventiva y como hemos venido desarrollando, los estudios son una herramienta para que la autoridad pueda *predecir*, con determinada certeza, los impactos ambientales de un proyecto y sobre esa predicción, solicitar las medidas e imponer las obligaciones que considerara pertinentes a efecto de mitigar o compensar dichos impactos, cuestión que debe hacer la propia RCA. Luego, solicitar como medida *a posteriori* realizar un estudio sobre alguna característica o efecto del proyecto aprobado, pone en evidencia que el titular no ha cumplido con el artículo 12 de la Ley 19.300, al no presentar una predicción de impactos o una línea de base adecuadas a la obligación legal.

Durante años también, el reproche de recurrentes en contra de estas RCA no fue tenido en cuenta por las Cortes, principalmente por consideraciones de *deferencia a experto* y la mantención de la idea de que estas materias estaban dentro de la discrecionalidad administrativa, de tal forma que no podían ser controladas por el juez.

En este sentido, Galindo Villarroel en su artículo sobre el caso Itata²⁰ en el año 2003, da cuenta de la primera fisura en esta protección de la administración en relación con el control judicial, pues en este caso la Corte de Apelaciones de Concepción acoge un recurso de protección haciendo control intenso de la discrecionalidad administrativa. Sin

20 GALINDO, Mario. "El caso Itata: sobre el control de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección". *Revista de Derecho Ambiental N°1*, Universidad de Chile, 2003. pp. 143-167.



embargo, la lógica de la sentencia se pierde luego cuando el fallo no es confirmado por la Corte Suprema.

Esa grieta se hizo mucho más profunda en 2009, cuando acertadamente la Corte Suprema acogió un recurso de protección en contra de la central Campiche²¹, introduciéndose profundamente en las consideraciones administrativas y "técnicas" del proyecto. Así lo hacen ver Cordero Vega y Dougnac Rodríguez, al dar cuenta de cómo el caso Hidroaysén, continuando la lógica de Campiche a comienzos de 2012, deja atrás el concepto de deferencia y termina abriéndose al control intenso de discrecionalidad²².

La grieta advertida por Galindo Villarroel en 2003, que se profundizó en 2009 con el caso Campiche y posteriormente en el caso Hidroaysén, se hizo insostenible. Lo ilógico del planteamiento sustentado hasta esa época, quedó ante la opinión pública y la letrada, de manifiesto.

Esto era especialmente cierto tratándose de Recursos de Protección, pues éstos son arbitrios constitucionales que persiguen resguardar una determinada garantía constitucional, precepto superior a cualquier ley, siendo esencial para ese resguardo y protección de los afectados, que se conozcan todos los impactos de un determinado proyecto, y además, se analice en profundidad el actuar de la administración en el mismo, a través de un "control intenso de discrecionalidad".

De ahí que, entonces, la barrera artificialmente armada se rompió, borrándose junto con ella, la supuesta deferencia a experto, la que tuvo, entre otros efectos, el de haber mantenido al Principio Preventivo fuera de las decisiones de las Cortes.

Esto se evidencia en los fallos sucesivos de 2012, como veremos.

4. El Principio Preventivo en las Cortes

Derribada la barrera de la "deferencia debida o deferencia a experto", el juez tuvo que construir una manera de razonar dentro del SEIA que le permitiera hacer un examen de la discrecionalidad de la administración. En este trabajo el Principio Preventivo encontró

21 Corte Suprema, 22 de junio de 2009, Rol Nº 1.219-2009.

22 CORDERO, Luis. "¿Qué nos dejó HidroAysén?". El Mercurio Legal, 10/04/2012, citado por Dougnac Rodríguez, Fernando, "El Resguardo Jurisprudencial del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación Comentario y Análisis de algunos Fallos Recientes". *Revista Justicia Ambiental*, Santiago, FIMA vol. 4, 2012. p. 269.

tierra fértil a la vez que el juez halló una base sólida desde donde comenzar su raciocinio. El SEIA tiene como principal tarea prevenir los efectos (impactos) que un proyecto puede tener sobre el medio ambiente, y por lo tanto requiere que ellos sean puestos a la vista de la administración por parte del titular; que sean analizados por los servicios correspondientes; que sean calificados jurídicamente como corresponda de acuerdo a la ley; y que sean finalmente visados, todo ello manteniendo la justa razonabilidad y proporcionalidad en el establecimiento de las condiciones de aprobación, sin perder nunca de vista la obligación constitucional del Estado de tutelar la preservación del medio ambiente.

La discusión ya había sido planteada algunas veces ante las altas cortes cuando en el año 2012, la Corte Suprema en el fallo Hidroaysén la puso en el tapete a través del voto de minoría, redactado en dicha oportunidad por los Ministros Araneda Briones y Brito Cruz y siguiendo el que había sido el voto de minoría del Ministro Crisosto Greisse en el fallo de primera instancia del Recurso de Protección, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La Ministra Araneda Briones expresa en su voto de disidencia que la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén ha cometido una ilegalidad "... al dejar de aplicar el texto expreso de la ley y obviar los principios que la rigen, otorgando una calificación favorable a un proyecto que no cumple con la obligación que prescribe el artículo 12 letras d) y e) de la Ley N° 19.300 y que obliga a considerar una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo; como también las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente..."²³.

Considera la Ministra que dicha ilegalidad se manifestaría en que "... se ha permitido que su titular pueda obtener una calificación favorable sin que haya cumplido con el deber legal de identificar previamente el riesgo y así proponer la medida indispensable de mitigación o eliminación..."²⁴, cosa que se manifestaría respecto de 3 impactos del proyecto: la afectación del Parque Nacional Laguna San Rafael, los fenómenos GLOF en los lagos glaciares Cachet 2 y Arco y en la afectación al Huemul.

Sobre este último impacto, el considerando 8° del voto disidente de la Ministra Araneda Briones es un excelente ejemplo de razonamiento desde el Principio Preventivo,

23 Corte Suprema, 4 de abril de 2012, Rol N° 10.220 – 2011 (C. 3°).

24 Ibidem, (C. 7°).



pues señala que "... En efecto, el proyecto reconoce la afectación de esta y otras especies... La medida compensatoria propuesta por el titular y aceptada por la Comisión, consiste en la realización de un estudio de cérvidos, cuyo objeto es contribuir al conocimiento de la biología de las dos especies de cérvidos nativos presentes en el sur de Chile, el huemul y el pudú, con el propósito de favorecer su conservación. Además, se propone la creación de un área de conservación de 11.560 hectáreas, y que el estudio aludido cuente con la aprobación de la autoridad competente, previo al inicio de las obras. De la lectura de la medida propuesta, puede advertirse que, pese a que se reconoce la afectación de la especie, la cual sabido es se encuentra en vías de extinción, se propone la realización de un estudio que busca en definitiva su conservación. Ello, a juicio de quien discrepa, debió realizarse en forma previa con el objeto que todas las autoridades con competencia ambiental pudieren pronunciarse acerca del estudio en cuestión, de sus resultados y de las medidas que conforme a él, resulten pertinentes para evitar el daño a la especie aludida y así dar debido cumplimiento al literal e) del artículo 12 de la Ley 19.300, pues no puede aceptarse la realización de un estudio a posteriori para recién allí determinar cómo se puede conservar la especie; ello no es aceptable..."

La misma lógica es aplicada en el voto disidente del Ministro Brito Cruz, donde él expresa que "... resulta particularmente grave la conducta reprochada a la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén de calificar favorablemente el Proyecto Hidroeléctrico de que se trata, estableciendo una serie de condiciones a cumplir a futuro..."²⁵. Señala el Ministro que dichas condiciones inaceptables son la realización de un análisis de vaciamiento de lagos interglaciares y el análisis geomorfológico fluvial.

Se basa para lo anterior en el Principio Preventivo, según señala en su disidencia: "... También el Mensaje Presidencial abordó los principios que sustentan al proyecto presentado, dentro de los cuales especial relevancia tiene el "Principio Preventivo" que se concreta a través de diversos instrumentos dentro de los cuales se considera el "Estudio de Impacto Ambiental" y así se dijo categóricamente que "En virtud de estos últimos, se diseñarán, previamente a la realización del proyecto, todas las medidas tendientes a minimizar el impacto ambiental, o a medirlo, o incluso, a rechazarlo. En seguida, ya el texto de la Ley N° 19.300, nos entrega una serie de conceptos que permiten concluir que los condicionamientos de estudios futuros no son permitidos..."

En su considerando 3° expresa el Ministro que "... en consecuencia, no puede

25 *Ibidem*, (C. 1°)

aceptarse que se haya permitido que dicha obligación se cumpla en el futuro, porque ello significa entonces que tales circunstancias han quedado al margen de la evaluación y se entrega la competencia para conocer de ellas a la Dirección General de Aguas y a la Dirección de Obras Hidráulicas que son órganos distintos al que prevé la ley como entidad de evaluación cual es la Comisión de Evaluación Ambiental...²⁶.

Remata el Ministro con una consideración de gran importancia en cuanto a la aplicación del Principio Preventivo se trata: "4.- Que si bien el fallo del cual se disiente cita diversos artículos que se han interpretado como permisivos de condicionamientos futuros, tal interpretación resulta errónea a la luz de los principios rectores de la legislación y de las normas citadas en forma previa."²⁷.

Ese fallo tendría 2 votos a favor de los recursos y 3 en contra de los recursos de protección, pero, meses después, la visión de la Corte en relación con el Principio Preventivo continuaría su evolución. En efecto, en el caso Río Cuervo se da vuelta el resultado y la Tercera Sala de la Corte Suprema resuelve el caso mediante la aplicación del Principio Preventivo, por una mayoría de 3 votos contra 2.

En ese fallo la Corte analiza el principio señalando que "Sexto: Que en lo que interesa a esta decisión, resulta trascendente detenerse en el Principio Preventivo."²⁸. Para luego expresarla necesidad de que los estudios de suelo solicitados por SERNAGEOMIN durante la evaluación ambiental sean incorporados de manera previa a la decisión y no como una condición a posteriori. Analizado el expediente administrativo en ese sentido y comprobado que el estudio no se encuentra incorporado en el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante ICE) que sirve de base a la decisión de la Comisión de Evaluación Ambiental, indica:

"Noveno: Que en estas circunstancias, el ICE adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación del SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental."

Vale la pena señalar que el voto de minoría consignado en esta oportunidad, no se sustentó en interpretaciones relativas a este principio, sino en cuestiones más bien

26 *Ibidem*, (C. 2°)

27 *Ibidem*, (C. 4°)

28 Corte Suprema, 11 de mayo de 2012, Rol N° 2.463 - 2012 (C. 6°).



procesales-administrativas, al considerar que el ICE no es un acto administrativo terminal y por lo tanto no podía ser desafiado mediante un Recurso de Protección.

Durante el 2012 el principio seguiría abriéndose camino en la Corte Suprema, pues luego del fallo de Río Cuervo siguieron los de Bocamina II, Dunas de Con-Con y Castilla II, los cuales recogen este principio como uno de los ejes fundamentales en la decisión.

La importancia de los precedentes jurisprudenciales es tan fuerte, que la Corte Suprema en el caso Dunas de Concón²⁹ (27 de julio de 2012) falla en virtud del Principio Preventivo con la misma base que en el fallo de Río Cuervo. En efecto, el considerando Cuarto de la sentencia es una copia exacta del considerando Sexto de la Sentencia de Río Cuervo, antes citada. El único problema en estos dos considerandos es que lamentablemente en su redacción se confunden los conceptos de Principio Preventivo y Principio Precautorio, aunque quitando los nombres, queda claro a cuales principios se refiere el autor³⁰.

Poco menos de un mes antes del fallo Dunas de Con-Con, en Bocamina II la Corte Suprema ordenó hacer un Estudio de Impacto Ambiental para la expansión de la central termoeléctrica Bocamina. Dicha expansión había sido aprobada por el SEA luego de la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental, acto que fue declarado arbitrario y carente de razonabilidad, sobre la base, principalmente, del Principio Preventivo, como expresó la sentencia en su considerando sexto.

"SEXTO: La necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en

29 Corte Suprema, 27 de julio de 2012, Rol N° 2.138 – 2012.

30 Señala el fallo: "El Principio Preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el Principio Preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren." Sin embargo, y como se establece generalmente en la doctrina, es el principio precautorio el que actúa ante incertidumbres científicas, mientras el principio preventivo normalmente lo hace en relación con conocimientos científicos afianzados.

nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental, al igual como se hizo al momento someter a ese procedimiento los proyectos originales, y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente."³¹.

Por último, y de manera más profusa, el Principio Preventivo es analizado por la Corte en el fallo Castilla II³², de 28 de agosto de 2012. En ese fallo se cuestionaba la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó la construcción de la Central Termoeléctrica Castilla, en la III región. Los puntos sobre los que principalmente discurrió la sentencia fueron el fraccionamiento del proyecto (se presentaron separadamente una central y un puerto que serviría para abastecerla, sin presentarse a evaluación el transporte de materiales entre ambos puntos), y el cambio de calificación del SEREMI de Salud, que habiendo previamente señalando que dicha central era considerada como "contaminante" a la luz de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y luego le cambia la calificación a "molesta".

Sin querer adentrarme en demasía en dicha sentencia, de la cual se podría escribir todo un artículo aparte, lo que resulta interesante destacar aquí es el tratamiento que se le dio al Principio Preventivo y que está ligado a todos los temas de fondo que ella trata, siendo en realidad sustento de todos los cuestionamientos administrativos que la Corte realiza en el fallo.

En primer lugar, el considerando vigésimo octavo señala que por consideración al Principio Preventivo, no es soslayable en la evaluación ambiental dejar de lado la interconexión entre el puerto y la central, pues en ella hay potencialidad de impacto ambiental³³.

31 Corte Suprema, 15 de junio de 2012, Rol N° 3.141 – 2012 (C. 6°).

32 Corte Suprema, 28 de agosto de 2012, Rol N° 1.960 – 2012.

33 Vigésimo octavo: Que en la perspectiva de lo razonado, singular importancia cobra uno de los principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual "se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la 26ª que se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos".

En efecto, la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas, pues no puede soslayarse que la interconexión comprende la transferencia de Petróleo Diesel y Carbón, ambos combustibles altamente contaminantes y susceptibles de alterar el medio ambiente por donde circularán.



Luego, en una lógica muy similar a la de Río Cuervo, y considerando que al Puerto Castilla se le había aprobado con la condición de determinados permisos futuros, la Corte vuelve sobre el Principio Preventivo señalando que como la manifestación de él es que los estudios sean previos a la aprobación de los proyectos, malamente podría considerarse que se está cumpliendo con la ley cuando se exigen estudios después de otorgada la RCA. En efecto, el considerando trigésimo tercero expresa que: "Que sin perjuicio de lo anterior, esta Corte Suprema considera útil recalcar la importancia como ya se dijo de uno de los principios rectores de la Ley N° 19.300 cual es, el Principio Preventivo, por el que se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. Así, en la historia de la Ley N° 19.300 páginas 14 y 15, se dice dentro de este contexto que para cumplir con este principio la ley contempla una serie de instrumentos, entre ellos, el sistema de impacto ambiental.", para luego señalar: "Por ello, resulta prístino que lo que la ley busca es que un determinado proyecto se presente en todas sus variables a la evaluación de la autoridad ambiental, de tal suerte que todos los permisos ambientales que la actividad requiera, deben obtenerse con antelación a la calificación y no después de ella, como ha ocurrido en la especie con el Pas 72, pues no es factible aceptar que la calificación de un proyecto se sujete a la condición de obtener de las autoridades determinados permisos o aprobaciones futuras, como ocurre en el caso de autos..."³⁴.

En lo relativo al cuestionamiento del cambio de calificación industrial de contaminante a molesta, la Corte vuelve a citar el principio, en su considerando quinquagésimo: "e) Que frente a una decisión técnica que considera diversos aspectos para resolver la calificación de una actividad, y no sólo las mediciones basadas en modelaciones y que estima, además, que el proyecto debe ser calificado como "contaminante" porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población, se preferirá ésta, por sobre la decisión técnica que tacha de erróneo el procedimiento de cálculo efectuado a las modelaciones y que no se pronuncia sobre los demás argumentos entregados por la autoridad ambiental que emitió la primera decisión. Que lo anterior se sustenta en la aplicación del Principio Preventivo que ha inspirado a la Ley N° 19.300 al que ya se ha hecho referencia en esta sentencia. Resulta pertinente acotar sobre este punto que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore como ocurre en este caso con los elementos de trazas. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros

34 *Ibidem*, (C. 33°).

o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño³⁵.

Y remata más adelante con una consideración obvia, pero no por ello menos necesaria: "f) En efecto, la finalidad de la ley es evitar que se produzcan los problemas ambientales y no intentar superarlos una vez producidos."³⁶.

Finalmente, es útil destacar que si bien es cierto los primeros fallos que acogieron esta doctrina fueron fallos de mayoría donde se destacaron fuera de los Ministros ya aludidos, ello fue avanzando hacia fallos por unanimidad, lo que pareciera demostrar que poco a poco esta doctrina se ha ido afincando en nuestro más alto tribunal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012 es meridianamente clara en demostrar la absoluta vigencia y validez del Principio Preventivo en el derecho ambiental chileno y en especial en el SEIA y la ubicación de este como una de las piedras angulares del procedimiento de evaluación, a tener en cuenta por todos los actores en dicho proceso.

35 *Ibidem*, (C. 50°).

36 *Ibidem*.



Conclusiones

La prevención de los daños ambientales es globalmente considerada como uno de los objetivos principales del derecho ambiental y se reconoce a la prevención, en general, como un principio del derecho ambiental y fuente, por lo tanto, de las normas que rigen esta rama del derecho.

Este principio se puede manifestar de diversas formas y en particular a través de procedimientos administrativos creados para evaluar de manera previa los proyectos que pudieran producir impactos ambientales, que en nuestro caso es el SEIA, creado por la Ley 19.300.

Dado que las normas del SEIA provienen de conceptos de prevención y se fundan en ellos, en la aplicación de dichas normas se debe mantener ese Principio Preventivo como uno de los rectores, como una guía a la hora de interpretar pasajes que no resulten absolutamente claros, y en especial, como una de las motivaciones de la administración para tomar una decisión.

Este concepto de prevención, elevado justamente a la categoría de principio por su importancia en cualquier razonamiento de derecho ambiental, debe ser observado durante todo el procedimiento de evaluación y su cumplimiento es una de las claves que tendrá en consideración el juez al efectuar la revisión judicial de la aprobación de un proyecto.

En este sentido, prácticas como la aprobación de proyectos estableciendo como medida posterior la realización de estudios, no es coherente con el sentido del SEIA y del Principio de Prevención, como lo han venido reconociendo en el último tiempo las Cortes, reavivando la vigencia de un principio que se encuentra, sin lugar a dudas, en el núcleo de nuestro derecho ambiental.