

De Trillium a Central Los Cóndores: Continuidad y Cambio del Recurso de Protección Ambiental en Veinte Años de Jurisprudencia

Edesio Carrasco Quiroga

Profesor de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile
ecarrasco@scys.cl

I. Introducción

Con la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales el recurso de protección en materia ambiental, al invocarse el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, fue perdiendo su efectividad como mecanismo de control de decisiones asociadas a un proceso de evaluación de impacto ambiental de proyectos o actividades en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). La existencia de una nueva justicia especializada, sumado a los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema desde el año 2014 en adelante, que remitían el conocimiento de estas materias a nuevos tribunales, hicieron pensar que este mecanismo de control había perdido su utilidad práctica en el ámbito ambiental.

No obstante, a finales del año 2016 y durante el primer semestre del año 2017, se han dictado sentencias que conviene tener presente en relación a lo resuelto en años anteriores. En efecto, si se revisan los fallos referidos a los proyectos “Parque Eólico La Cabaña”¹, “Terminal Puerto Lirquén”², “Tronaduras Mina Invierno”³ y

1 Rodríguez Fernández, Osvaldo con Servicio de Evaluación Ambiental y otro (2016); Corte Suprema; 5 de septiembre de 2016, Rol N° 35244 – 2016.

2 Asociación Indígena Kñintu Lafken-Mapu Penco y otros con Servicio de Evaluación Ambiental región Biobío y Comisión de Evaluación Ambiental región Biobío (2017); Corte Suprema, 30 de enero de 2017, Rol N° 65349 – 2016.

3 Stipicic Escauriáza, María Javiera con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2017); Corte Suprema; 16 de marzo de 2017, Rol N° 55203 – 2016.

“Central Los Córdoros”⁴, surge la pregunta si la Corte Suprema comienza a tener una aproximación distinta respecto de esta acción constitucional.

De esta forma, el análisis de estas recientes sentencias, con sus diferencias y semejanzas en relación a lo que habían sido las tendencias anteriores, se justifica por cuatro motivos: i) permite apreciar la evolución que ha tenido el ejercicio de esta acción constitucional en el desarrollo de proyectos o actividades y su correspondiente aprobación ambiental, estando abierta la pregunta si estos últimos fallos constituyen una nueva etapa; ii) da cuenta que las garantías constitucionales que están en juego en el desarrollo de un proyecto o actividad no siempre están vinculadas a la protección del medio ambiente, sino también a la igualdad ante la ley u otros derechos fundamentales; iii) que la convivencia o dualidad entre esta acción general, de rango constitucional, bajo ciertas condiciones, y la competencia de los Tribunales Ambientales, es y será, sin perjuicio de las materias discutidas en cada sede, permanente pero acotada a ciertas materias y derechos; y, iv) que se hace necesario fijar criterios que permitan delimitar los contornos de esta dualidad institucional en el ejercicio de acciones judiciales en materia ambiental.

Se previene, por honestidad intelectual y profesional, que el autor participó en algunas de las sentencias que se comentan representando el interés del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) (2013 – 2014) o de algunas compañías en el ejercicio de la profesión (2014 en adelante). Sin embargo, más allá de haber defendido una u otra posición, esperamos que la rigurosidad y la naturaleza de este artículo no se vean afectadas por ese hecho⁵.

II. Evolución jurisprudencial

Con el objeto de determinar si estamos en presencia de una nueva etapa en materia de recurso de protección o de la continuación de la ya existente, conviene detenerse y revisar, sintéticamente, cómo ha evolucionado la forma en que los tribunales superiores de justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) han entendido el ejercicio de esta acción en relación al SEIA en aquellos casos esenciales que han determinado cada etapa.

4 Yáñez Veas, Wendy del Carmen con Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Coquimbo y Prime Energía SpA (2017); Corte Suprema; 6 de junio de 2017, Rol Nº 6121 – 2017.

5 Cada vez que se haya intervenido profesionalmente en alguna de las sentencias comentadas será debidamente indicado.

A. Primera etapa. Deferencia técnica, actos materiales que motiven una acción cautelar y la imposibilidad del reemplazo institucional

En una primera etapa, desde la entrada en vigencia del SEIA (1997) y hasta mediados de 2009, puede observarse una tendencia jurisprudencial marcada por tres tipos de razonamientos: i) deferencia técnica de los tribunales de justicia hacia las decisiones discrecionales de la Administración del Estado en estas materias, reconociendo su complejidad; ii) la resolución de calificación ambiental (RCA) no sería capaz de afectar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación al no estar, concretamente, en ejecución el proyecto o la actividad cuya legalidad se reclama; y, iii) las autoridades administrativas no pueden ser reemplazadas o sustituidas en sus decisiones, correspondiendo únicamente la revisión judicial de la arbitrariedad o ilegalidad de un acto u omisión, ya sea público o privado⁶.

Una muestra de estos razonamientos, ante decisiones técnicas complejas y ante el ejercicio de decisiones discrecionales en el SEIA, lo dio precisamente la Corte Suprema, al disponer, en el caso Trillium II, que no correspondía a los tribunales “(...) pronunciarse sobre las bondades técnicas que presenta un proyecto, que ha sido sometido a la autoridad competente, ni le corresponde referirse a las conclusiones que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia en que incide el proyecto (...)”⁷.

El mismo razonamiento se ve reforzado años después al disponerse por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, cuyo razonamiento fue confirmado por la Corte Suprema en el caso Criaderos de Pollo, que:

“(...) el organismo técnico llamado por la ley sobre esta especializada materia es la Comisión Nacional del Medio Ambiente o la Comisión Regional del Medio Ambiente, en su caso, quienes deben determinar si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes, por lo que será el organismo técnico especializado, en el ejercicio de sus funciones legales privativas, el ente que decidirá en definitiva si es o no correcta la proposición o criterio de la

6 Se deja constancia que durante este período solo en dos ocasiones fue dejada sin efecto una RCA a propósito de la interposición de un recurso de protección. Véase Sentencia Corte Suprema, dictada el 19 de marzo de 1997, Rol Nº 4658 – 1996 y Sentencia Corte Suprema, dictada el 8 de febrero de 2009, Rol Nº 89 – 2000.

7 Girardi Lavín, Guido y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (1998); Corte Suprema; 21 de septiembre de 1998, Rol Nº 2684 – 1998 (c. 1º).

empresa proponedora, lo que hará en base a las actuaciones y previsiones que la normativa ambiental establece."⁸

De esta forma, salvo que se transgredan los supuestos centrales de una decisión, como los hechos o se violente la competencia de un órgano de la Administración del Estado o la normativa aplicable a un proyecto o actividad, los tribunales reconocieron, durante este período, una experiencia técnica de la Administración pública en este materia al calificar los proyecto o actividades en el SEIA⁹.

Otra línea argumental importante durante este período está dada por la sentencia del proyecto Complejo Forestal e Industrial Itata, en la que si bien la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰ en una primera instancia acogió los recursos de protección presentados en contra del proyecto, posteriormente la Corte Suprema¹¹ revocó la sentencia y rechazó en todas sus partes dichas acciones.

La tesis central de la Corte Suprema en este caso radicó en que el recurso de protección constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar¹², por lo que una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) es:

"(...) uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto de la naturaleza, entidad e importancia del que se pretende impugnar por la presente vía, lo cual se basa en el temor de que el funcionamiento de la industria pueda producir contaminación ambiental, lo que necesariamente constituye una situación futura (...), siendo, la valoración técnica de la autoridad (...) un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho a la vida y la integridad física y psíquica

8 Dougnac Rodríguez, Fernando y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la región metropolitana (2001); Corte de Apelaciones de Santiago; 27 de noviembre de 2001, Rol N° 1688 – 2201 (c. 5°). Ésta fue confirmada por la Sentencia de la Corte Suprema, dictada el 23 de enero de 2002, Rol N° 4 – 2002.

9 Adicionales sentencias en línea con la tesis previamente expuesta, pueden encontrarse en la Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 15 de diciembre de 2000, Rol N° 24.929 – 2000, confirmada por la Corte Suprema, sentencia de 22 de enero de 2001, Rol N° 136-2001; y, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 27 de agosto de 2001, Rol N° 287 – 2001. Hay también excepciones, tales como las dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 16 de noviembre de 2000, Rol N° 2355-2000 (acumulados N° 2356 y 2357 – 2000), confirmada por la Corte Suprema y la sentencia de 11 de enero de 2001, Rol N° 4529 – 2000.

10 Heroven Martín, Cristóbal Teodoro y otros con Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (2002); Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de enero de 2002, Rol N° 1100 – 2001

11 Heroven Martín, Cristóbal Teodoro y otros con Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (2002); Corte Suprema, 19 de junio de 2002, Rol N° 764 – 2002.

12 *Ibid.* (c. 1°).

de las personas, y menos aún, que haya originado una contaminación en el medio ambiente.¹³

El criterio expuesto es repetido posteriormente, al señalarse que "(...) la comisión responsable del acto de que se trata analizó numerosos estudios, entre ellos, los referidos a la contaminación que podría generar, en el futuro, el funcionamiento del proyecto industrial de que se trata"¹⁴. Así, el fallo concluye que los recursos se habrían basado en "conjeturas basadas en el temor de que se realicen determinados actos y los efectos que ellos pudieren producir"¹⁵.

Al margen de los análisis que hizo el fallo sobre la legalidad y arbitrariedad de la decisión, la lógica que utiliza la sentencia de segunda instancia radica en que la RCA, por sí misma, es incapaz de afectar garantías constitucionales. Se trataría de situaciones futuras, de temores y conjeturas que no serían posibles de amparar por medio de una acción que tiene un "evidente carácter cautelar"¹⁶, toda vez que el acto impugnado sería uno de los cuantos requisitos para que el proyecto o actividad pueda desarrollarse, no advirtiéndose "resultados perjudiciales efectivos y concretos"¹⁷ que justifiquen la adopción de una medida de esta naturaleza.

Por último, un caso en que la Corte Suprema fijó un criterio adicional a los ya expuestos, pero en línea con lo referido a la deferencia técnica y a la importancia que le brinda a la naturaleza cautelar del recurso de protección para proteger situaciones concretas o perjudiciales, se refiere al caso Celco¹⁸. El argumento central de la sentencia de la Corte Suprema fue que a través de dicho recurso se pretendía:

"(...) que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA Xª Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución

13 Ibid. (c. 4°).

14 Ibid. (c. 8°).

15 Ibid. (c. 9°).

16 Para una revisión extensa de las implicancias de este caso, véase GALINDO VILLARROEL, Mario. El "Caso Itata": sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección. En: *Revista de Derecho Ambiental*. Nº 1, 2002, pp. 143 – 185.

17 Heroven Martín, Cristóbal Teodoro y otros con Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (2002); Corte Suprema, 19 de junio de 2002, Rol Nº 764 – 2002 (c. 11°).

18 Riesco Bahamondes, Vladimir y otros con Celulosa Arauco S.A. (2005); Corte Suprema, 30 de mayo de 2005, Rol Nº 1853–2005.

de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo.¹⁹

Este fallo no hizo más que ratificar la tendencia, ya plasmada años antes, de reconocer la separación de funciones y validar la importancia de quienes cumplían una función técnica en materia ambiental, no pudiendo sustituirse o reemplazarse a quienes cumplen esa potestad. Lo que hizo finalmente la sentencia fue ratificar, en palabras del profesor Luis Cordero, que la Administración del Estado y los procedimientos administrativos, tienen una utilidad, exponiendo que el rol de los jueces y el control judicial implican "una deferencia para con la pericia técnica administrativa, siendo la pericia en sí misma una limitación racional y profesional de la arbitrariedad"²⁰.

B. Segunda etapa. Control intenso del expediente, nueva institucionalidad ambiental y entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT

A partir del año 2009 comienza una nueva etapa²¹. Una que podríamos decir que va desde el caso "Central Campiche"²² a "Central Punta Alcalde"²³. Es decir, un período que va de junio de 2009 a enero de 2014 y que se caracteriza por un control intenso de los expedientes de evaluación ambiental, tanto en sus aspectos normados como discrecionales, y en donde la consulta indígena, dispuesta en el Convenio N°

19 Ibid. (c. 10°).

20 CORDERO VEGA, Luis. Entre la deferencia, los estándares de control de judicial y los procedimientos administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso "Celco", *Revista de Derecho Público*. Universidad de Chile, Vol. N° 67, 2005, p. 449. La misma sentencia fue comentada por DURAN MEDINA, Valentina. Comentarios a las sentencias sobre el caso Celco. En: *Revista de Derecho Público*. Universidad de Chile, Vol. N° 67, 2005, pp. 454 – 460.

21 Para una síntesis de este período y las causas que lo explican, véase CORDERO VEGA, Luis. Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la corte está revolucionando la regulación ambiental? En: *Anuario de Derecho Público*. Universidad Diego Portales, 2012, pp. 359 – 375.

22 Correa Dubri, Ricardo Gonzalo con Comisión Regional del Medio Ambiente de la región de Valparaíso (2009); Corte Suprema, 22 de junio de 2009, Rol N° 1219 – 2009. Véase el comentario de esta sentencia hecha por GUILLOFF TITUM, Matías. Campiche: La Resolución de Calificación Ambiental es revisable. *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 204 – 219.

23 Quinsacara Troncoso, Juana y otros con Comité de Ministros de la Ley de Bases del Medio Ambiente (2014); Corte Suprema, 17 de enero de 2014, Rol N° 6563 – 2013.

169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), comienza a regir en Chile, generando, también, una discusión judicial respecto de su aplicabilidad.

Precisamente a partir de la sentencia de la Central Campiche, fallo que ordenó dejar sin efecto la RCA de un proyecto por emplazarse en un área no autorizada para ello, se gatilló un proceso que aceleró la creación de una nueva institucionalidad ambiental que tecnificara la regulación, evaluación y fiscalización ambiental, concentrando, además, en tribunales especiales, el conocimiento de estas materias. No obstante, junto con la creación del SEA, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), un conjunto de sentencias comienzan a controlar fuertemente el procedimiento de evaluación ambiental en clave administrativa, aplicando sistemáticamente criterios y reglas contenidas en la ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Lo anterior no solo se explica por la entrada en vigencia de la normativa sobre procedimiento administrativo señalada, sino además porque, precisamente, la reforma a la Constitución el año 2005 en materia de recurso de protección ambiental, limitó únicamente a actos u omisiones ilegales el ejercicio de esta acción, lo que en teoría, limitó, por mandato constitucional, la revisión judicial de estas materias.

Una sentencia emblemática en tal sentido, es Central Castilla I²⁴, que validó la impugnación de actos trámites (pronunciamiento sectorial) y fijó criterios en cuanto al derecho administrativo dentro de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, determinando reglas importantes en materia de invalidación.

Una situación distinta, pero en la que la Corte Suprema dispone que la vía para evaluar un plantel de cerdos en el SEIA es un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y no una Declaración (DIA), es lo ocurrido con el plantel de cerdos de Expo - Pork²⁵, cuyo razonamiento similar ya se había utilizado en el proyecto Estación de Transferencia²⁶. Tiempo después se dictó la sentencia respecto al proyecto Central Bocamina²⁷, en que se razonó bajo la lógica referida de que un proyecto aprobado

24 Escobar Abarca, Patricio con Secretario Regional Ministerial Salud Atacama (2010); Corte Suprema, 15 de noviembre de 2010, Rol N° 7167 – 2010.

25 Sariego Abarca, Andrés Patricio y otros con Director Ejecutivo de Comisión Nacional del Medio Ambiente (2011); Corte Suprema; 18 de enero de 2011, Rol N° 5191 – 2010.

26 Manquepillan, Faumelisa con Comisión Regional del Medio Ambiente región de los Ríos (2011); Corte Suprema, 4 de enero de 2011, Rol N° 6062 – 2010.

27 Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile con Comisión de Evaluación Ambiental región del Biobío (2012); Corte Suprema 15 de junio de 2012, Rol N° 3141 – 2012.

por medio de un EIA, al modificarse posteriormente también debe seguir esa vía de evaluación ambiental, retomándose la discusión sobre si un acto trámite –como lo es la admisibilidad de un proyecto o actividad en el SEIA– es susceptible de afectar, al margen de su legalidad, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Otro tanto ocurrió con la Central Río Cuervo I²⁸, en la que se cuestionó la legalidad del Informe Consolidado de Evaluación (ICE), acto administrativo previo a la RCA, por no haber contemplado un informe técnico del SERNAGEOMIN mediante el cual se exigía un estudio de manera previa a la construcción del embalse. Por otra parte, en Central Castilla II²⁹ el máximo tribunal estimó que la cinta transportadora entre la central y el puerto no había sido evaluada ambientalmente, lo que viciaba tanto la evaluación del ambiental del puerto como la de la central termoeléctrica. En iguales términos, la Corte Suprema cuestionó la legalidad de la RCA que tuvo por aprobado el proyecto Central Pirquenes³⁰, al no disponer, la Comisión de Evaluación, de una motivación suficiente al calificar favorablemente el proyecto. Así, el control de expediente, en esta dimensión ambiental, con la intensidad que hemos sintetizado, concluye con el fallo de Central Punta Alcalde³¹, proyecto en que la Corte Suprema, sustituyendo al SEA en la evaluación ambiental de este, no sólo descartó la ilegalidad de la resolución del Comité de Ministros que calificó favorablemente el proyecto, sino además dicha resolución impuso más de quince condiciones al proyecto para que pudiese operar, lo que obligó, posteriormente, a rectificar la resolución administrativa que lo tuvo por aprobado.

Sin perjuicio de lo anterior, este período también se caracterizó por la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT y su aplicabilidad. En ese sentido, cuatro sentencias marcaron, en parte, los criterios que la Corte Suprema estimó que eran relevantes para determinar la susceptibilidad de afectación a personas, grupos o comunidades indígenas. Un primer criterio está dado por la sentencia

28 Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Servicio de Evaluación Ambiental región de Aysén (2012); Corte Suprema, 11 de mayo de 2012, Rol N° 2463 – 2012.

29 Sindicato de Pescadores Artesanales de Bahía Chasco Copiapó con Comisión Regional del Medio Ambiente región de Atacama (2012); Corte Suprema, 28 de agosto de 2012, Rol N° 1960 – 2012.

30 Presidenta Agrupación de Manipuladoras de Alimentos Las Palomitas Blancas, Carlos Enrique Belmar Fernández y Pedro Medina Reyes y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la región del Biobío (2012); Corte Suprema, 26 de noviembre de 2012, Rol N° 7071 – 2012.

31 Quinsacara Troncoso, Juana y otros con Comité de Ministros de la Ley de Bases del Medio Ambiente (2014); Corte Suprema, 17 de enero de 2014, Rol N° 6563 – 2013. Dejamos constancia que en primera instancia, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, representamos al Servicio de Evaluación Ambiental.

de la Corte Suprema que determinó que las personas, grupos, comunidades o pueblos indígenas, debían subsumir sus observaciones dentro de un proceso general de participación ciudadana, como ocurrió, por ejemplo, en el caso del Ducto de Celco³². No obstante, esta postura cambia radicalmente a partir de las sentencias de Plan Regulador de San Pedro de Atacama³³, Parque Eólico Chiloé³⁴ y Proyecto Minero El Morro I³⁵, en las que la Corte Suprema dispuso, correctamente, que la consulta indígena tiene reglas, principios y estándares distintos de aquellos contemplados en los artículos 26 al 31 de la Ley N° 19.300 y que por lo tanto está sujeta a un procedimiento distinto que debe ser respetado en caso que exista una susceptibilidad de afectación directa de los sistemas y costumbres de vida de una población protegida, confirmando la tesis central de esta etapa: se termina con la deferencia técnica hacia la Administración del Estado y comienza, por medio del recurso de protección, un control del procedimiento de evaluación ambiental y de la discrecionalidad que lo contiene, lo que gatilló, a partir de la utilización de principios (preventivo y precautorio) que muchas RCA, como actos terminales de un procedimiento, fueran ordenadas dejar sin efecto. Esta etapa se caracterizó, además, porque muchas veces, estas sentencias una vez constatada la ilegalidad, no hacían referencia a cómo esa ilegalidad afectaba de manera concreta el derecho a vivir en un medio ambiente de libre de contaminación, tal como bien lo describe Camila Boettiger a propósito del caso Castilla II³⁶.

C. Tercera etapa. Instalación de los Tribunales Ambientales, vía idónea y tutela cautelar

Una vez que entran en vigencia los Tribunales Ambientales, especialmente el Segundo –el 28 de diciembre de 2012– y en la medida que su competencia empieza a ser alegada por parte del SEA, tímidamente las Cortes de Apelaciones comienzan a disponer que la vía idónea para revisar la legalidad de la RCA es ante los Tribunales Ambientales, agotando previamente la vía administrativa³⁷. Tal es el

32 Habuelpan Guiltiraro, Javier con Comisión Regional del Medio Ambiente región de los Ríos (2010); Corte Suprema, 14 de octubre de 2010, Rol N° 4078 – 2010.

33 Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente región de Antofagasta (2011); Corte Suprema, 13 de julio de 2011, Rol N° 258 – 2011.

34 Comunidad Indígena Antulafquén de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente región de Los Lagos (2012); Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, Rol N° 10090 – 2011.

35 Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación Ambiental región de Atacama (2012); Corte Suprema, 24 de abril de 2012, Rol N° 2211 – 2012.

36 BOETTIGER PHILIPS, Camila. Puerto y Central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema. En: *Actualidad Jurídica*. N° 27, pp. 477 – 489.

37 En este sentido, véase GÓMEZ BERNALES, Gastón. Jurisprudencia medioambiental: ¿Decisionismo o racionalidad pública? En: *Sentencias Destacadas 2014. Libertad y Desarrollo*. 2015, pp. 109 – 156.

caso de la sentencia de Metales Preciosos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso³⁸ que dispuso, por primera vez, este criterio. No obstante, la primera sentencia de la Corte Suprema en la que se dispuso este razonamiento fue en el proyecto Costa Laguna³⁹. En ella, el máximo tribunal estableció dos aspectos importantes. En primer lugar, dispuso que "(...) determinar si es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental...corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional", lo que "exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar"⁴⁰. Asimismo, sentenció, transformándose en la ratio decidendi de los próximos años que:

"(...) de lo razonado se sigue que si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección intentada⁴¹."

La forma de entender el rol que cumple la justicia especializada fue constante desde abril de 2014 en adelante, dictándose decenas de sentencias que reconocieron este criterio⁴², salvo en el caso Proyecto Minero el Morro II⁴³, en que la Corte Suprema ordenó dejar sin efecto la RCA del proyecto porque el pronunciamiento de la CONADI, durante la evaluación ambiental, no había sido debidamente justificado al excluir a una comunidad indígena del proceso de consulta indígena, vulnerando, la autorización administrativa dada al proyecto, la igualdad ante la ley consagrada en la Constitución (19 N° 2), ratificando el control de expediente, al menos en este caso particular, propio de la segunda etapa descrita.

38 Aspe Olivares, Liliana Vanessa con Comisión de Evaluación Ambiental región de Valparaíso (2013); Corte de Valparaíso, 19 de julio de 2013, Rol N° 1339 – 2013.

39 Junta de Vecinos N° 11 Maitencillo Norte con Comisión de Evaluación Ambiental región de Valparaíso (2014); Corte Suprema, 29 de abril de 2014, Rol N° 2892 – 2014.

40 *Ibid.* (c. 6°).

41 *Ibid.* (c. 8°).

42 Para una revisión de esta etapa jurisprudencial, véase ZÚÑIGA URBINA, Francisco. A propósito de la "agonía" o "muerte" del recurso de protección ambiental. En: *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, N° 7, 2015, pp. 15 - 42.

43 Comunidad Agrícola Diaguita Husco Altinos y otros con Comisión de Evaluación Ambiental región de Atacama (2014); Corte Suprema, 7 de octubre de 2014, Rol N° 11299 – 2014. Dejamos constancia que en esta causa defendimos el interés del Servicio de Evaluación Ambiental en primera instancia, ante la Corte de Apelaciones de Copiapó.

En este período, considerando la particularidad del fallo citado, lo que hace la Corte Suprema es establecer que cuando se objeta la RCA por aspectos ambientales, solicitando que se revise esta –invocando el artículo 19 Nº 8 de la Constitución–, la jurisdicción especializada sería la sede (tribunales ambientales), no siendo la vía idónea el recurso de protección. No obstante, si lo que se objetaba de la evaluación ambiental del proyecto, es la falta de participación ciudadana o indígena en un proceso de consulta indígena, en ese caso, otra garantía constitucional, como lo es la igualdad ante la ley (19 Nº 2) o la libertad de culto o de conciencia (19 Nº 6), sí están en juego, siendo, en ese sentido, el recurso de protección, un medio pertinente y eficaz para garantizar la garantía constitucional privada, perturbada o amenazada, no correspondiendo que sea analizada, esa discusión, en una sede especializada, siendo admisible la eventual adopción de medidas cautelares en caso de ser necesario amparar otra garantía que no sea la de vivir en un medio ambiente libre de contaminación en el contexto del SEIA.

III. Compatibilidad del recurso de protección con la jurisdicción especializada de los tribunales ambientales

Sin perjuicio de la evolución jurisprudencial que hemos descrito, una de las preguntas que ha resurgido desde finales del año 2016 y comienzos de 2017, es la referida a la compatibilidad del recurso de protección ambiental y la existencia de tribunales especializados en materia ambiental.

La duda surge en relación a si todo lo referido a un proyecto evaluado en el SEIA puede y debe ser resuelto en una instancia especializada (Tribunales Ambientales) o si el recurso de protección, por su naturaleza cautelar, sigue conservando un espacio procesal armónico y preciso, con reglas claras de exclusión en el ámbito sustantivo, procedimental y orgánico, que permita, en ciertas y determinadas circunstancias, cumplir el rol que la Constitución le ha asignado, prevaleciendo a la revisión especial que el legislador ha creado al efecto. Lo anterior, cobra sentido ya que se han creado, especialmente en las últimas décadas, una amplísima variedad de acciones, reclamaciones, recursos, amparos y tutelas judiciales especiales en diversas materias, como la laboral, tributaria y aduanera, municipal, urbanística, protección del consumidor, salud, valores y seguros, educación, telecomunicaciones, acceso a la información, y muchos más⁴⁴,

44 Véase FERNANDOIS VÖHRIHNGER, Arturo; y, CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita, El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010 – 2015) En: *Revista Chilena del Derecho*. Pontificia Universidad Católica, pp. 66 – 68.

que no han impedido, en ciertas y determinadas circunstancias, que el recurso de protección pueda seguir cumpliendo su misión, situación que continuación se analiza.

A. Síntesis de las últimas sentencias

Desde finales del año 2016 al primer semestre de 2017, se han dictado algunas sentencias, a propósito de la revisión de la RCA de ciertos proyectos evaluados en el SEIA, que vale la pena revisar para efectos de determinar los contornos que la Corte Suprema parece estar fijando en relación a ella, siendo relevante, en tal sentido, el rol que el Ministro Sergio Muñoz ha ido cumpliendo al reintegrarse durante el segundo semestre del año 2016 a la tercera sala constitucional de la Corte Suprema.

A.1 Parque Eólico la Cabaña

En el primer caso, en Parque Eólico La Cabaña, en sentencia de 5 de septiembre de 2016, la Corte Suprema dispuso, a propósito si dicho proyecto debía evaluarse mediante una DIA o un EIA, dos cosas. La primera que "...determinar si es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental luego de que ya la autoridad administrativa con competencia técnica resolvió aprobar y, por ende, otorgar el permiso ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental, corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional."⁴⁵, reconociendo nuevamente la dimensión técnica de la evaluación ambiental y la deferencia que en tal sentido debe tener la judicatura hacia la Administración del Estado. Lo anterior, es complementado con un segundo aspecto referido al rol que tienen los Tribunales Ambientales, los que "...ejercen su jurisdicción" y "constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado"⁴⁶, disponiendo que la vía idónea para el conocimiento de dichas materia es la nueva justicia especializada, en línea con lo que había sido la tendencia hasta ese fecha.

No obstante, en esta sentencia, retomando los criterios de años anteriores, el Ministro Sergio Muñoz –quién vuelve a integrar la Tercera Sala Constitucional

45 Rodríguez Fernández, Osvaldo con Servicio de Evaluación Ambiental y otro (2016); Corte Suprema; 5 de septiembre de 2016, Rol N° 35244 – 2016 (c. 6°).

46 *Ibid.* (c. 7°).

después de haber ejercido dos años como presidente de la Corte Suprema–, previno que el recurso de protección, por el carácter conservador que ostenta, “...resguarda y ampara la vigencia efectiva de los derechos constitucionalmente garantizados...”, lo que “...obliga a adoptar las medidas que el restablecimiento del imperio del derecho exige cuando acciones u omisiones arbitrarias o ilegales importen privación, perturbación o amenaza a su respecto”, especialmente en resguardo efectivo “del ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 19 N° 2 y N° 8 de la Constitución...”. Lo anterior, a juicio del ministro, es sin perjuicio de la existencia de un “procedimiento de reclamación contemplado en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 sea obstáculo suficiente para impedir su análisis y, eventualmente, el acogimiento del recurso intentado...”, el que no “impide ni resulta incompatible con el ejercicio de otros derechos, ya sea de índole administrativa o jurisdiccional”, cuyo fundamento está en el respeto y promoción que deben todos los órganos de la Administración del Estado a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5º inciso segundo de la Constitución)⁴⁷.

La importancia de esta prevención, es que fija la posición de un Ministro importante y riguroso de la Corte Suprema, como lo es Sergio Muñoz, respecto de la forma de entender la compatibilidad del recurso de protección en relación con la evaluación ambiental de proyectos o actividades –al margen de las vías administrativas y jurisdiccionales existentes–, lo que meses después se verá reflejado en la decisión misma de dos sentencias que a continuación se sinterizan.

A.2 Terminal Penco Lirquén

En efecto, en Terminal Penco Lirquén, la Corte Suprema estimó ilegal que un proceso de consulta indígena terminara por la pérdida del objeto por presentarse antecedentes complementarios por parte del proyecto que permitían afirmar que un impacto significativo no se producía respecto de una Asociación Indígena, situación que configuró la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, llevando al SEA a terminar anticipadamente el procedimiento de consulta indígena. Como consecuencia de lo anterior, finalmente el proyecto fue calificado favorablemente obteniendo su correspondiente RCA. Ante el cierre anticipado de la consulta indígena, el máximo tribunal dispuso:

47 Ibid. Prevención primera

"(...) que la decisión contenida en el acto recurrido, no se ajusta a las especiales características que posee la Consulta Indígena, por cuanto de lo que se trata, es precisamente de implementar un proceso de participación efectiva con la Asociación Indígena supuestamente afectada, no constituyendo argumento suficiente el esgrimido por la autoridad ambiental, al sostener que de la nueva información contenida en la Adenda presentada por el titular del proyecto ha cambiado su parecer y estima actualmente que el proyecto presentado no presenta una alteración significativa del medio ambiente (...)"⁴⁸

En función de lo anterior, la sentencia añade que "De esta forma, la interrupción abrupta del proceso de consulta causa un agravio a los afectados y a toda la institucionalidad ambiental pues la Asociación Indígena, en ese escenario, no tiene posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad, tampoco podrá en su caso manifestar anticipadamente su conformidad con las modificaciones presentadas por el titular, prescindiendo de la participación y cooperación de ésta para determinar las mejores medidas que se puedan adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural"⁴⁹.

Finalmente, la decisión de la Corte Suprema concluye disponiendo que:

"(...) que tal proceder deviene en que la Resolución recurrida incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, sin que pueda terminarse anticipadamente el proceso de consulta con el sólo mérito de lo expresado por la titular del proyecto, sin tener en cuenta y hacerse cargo de las aspiraciones y formas de vida de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar el deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega un trato de iguales a dichas comunidades indígenas."⁵⁰

Teniendo presente esta ilegalidad, el fallo ordena retrotraer el procedimiento de evaluación, abrir nuevamente el proceso de consulta y cerrarlo adecuadamente

48 Asociación Indígena Kñintu Lafken-Mapu Penco y otros con Servicio de Evaluación Ambiental región Biobío y Comisión de Evaluación Ambiental región Biobío (2017); Corte Suprema, 30 de enero de 2017, Rol N° 65349 – 2016 (c. 8°).

49 *Ibid.*

50 *Ibid.* (c. 10°).

en conformidad a lo dispuesto en el fallo, teniendo en consideración los cambios de consideración que el proyecto experimentó durante la evaluación ambiental.

Sin perjuicio del voto en contra del ministro Arturo Prado, quien fue partidario de seguir reconociendo la tesis plasmada en Costa Laguna el año 2014, lo que hace la Corte Suprema por medio de este fallo es controlar, vía recurso de protección, no sólo el expediente de evaluación ambiental, sino además el de consulta indígena, el que influye decididamente en el proceso de evaluación ambiental y en consecuencia en su acto terminal, la RCA, la que se vio contaminada por la falta de fundamentación en el cierre anticipado de la consulta indígena.

Esta sentencia, redactada por el Ministro Muñoz, vuelve a lo decidido en el Morro II, en orden a reconocer, pese a que no se indica la garantía constitucional vulnerada, que un proceso de consulta indígena que no se ajusta al Convenio N° 169 de la OIT, siguiendo sus reglas, principios y estándares, es ilegal y por lo tanto, realizado de esa forma, no permite justificar adecuadamente la decisión terminal. La sentencia controla intensamente el procedimiento que afecta a una Asociación Indígena; le interesa el expediente. No le son irrelevantes las formas, aun más cuando está en juego el derecho de las comunidades a participar de un proceso de consulta indígena. La evaluación ambiental, al menos en un sentido estrecho, excluyendo el elemento cultural, no sería materia de esta discusión, sino el mecanismo de participación de la Asociación Indígena, el que no bastaría con ser otorgado (poder participar), sino además deben respetarse ciertas reglas procedimentales mínimas que, a juicio de la Corte, no fueron cumplidas correctamente al anticiparse arbitrariamente el cierre del proceso de consulta indígena.

A.3 Tronaduras en Mina Invierno

Situación distinta es la de Tronaduras Mina Invierno⁵¹. En este caso, siguiendo lo dispuesto por el artículo 30 bis de la ley N° 19.300, el SEA denegó, tanto a nivel regional como central, las solicitudes de participación ciudadana de un grupo de vecinos durante la evaluación ambiental de la DIA que evaluaba el uso de tronaduras en la extracción del mineral de Mina Invierno.

51 Stipicic Escauriaza, María Javiera con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2017); Corte Suprema; 16 de marzo de 2017, Rol N° 55203 – 2016. En este caso defendimos el interés de Minera Invierno, tanto en la Corte de Apelaciones de Santiago como en la Corte Suprema.

Ante el rechazo a abrir un proceso de participación ciudadana por parte de la Dirección Ejecutiva del SEA, debido a que la tipología del proyecto no se encuadraba dentro de aquellas que dispone el Reglamento del SEIA (D.S. N° 40/2012) para permitir esta instancia participativa, se interpuso un recurso de protección por alguno de los solicitantes, el que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Apelada la sentencia, la Corte Suprema acogió el recurso y dispuso, en síntesis, que la controversia consistía en determinar si la enumeración del artículo 94 del Reglamento del SEIA era taxativa en cuanto a los proyectos que podían tener un proceso de participación ciudadana, ante lo que concluye que la norma no dispone una tipología taxativa, al no contemplarse la palabra "únicamente" en la norma administrativa citada. Para ello, el fallo señala, citando el Acuerdo N° 10/2014 de 21 de julio de 2014 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, del Ministerio del Medio Ambiente, que lo que "pretendió el legislador, fue no limitar, a través de una disposición reglamentaria, el ámbito de aplicación de la participación ciudadana descrito en términos más amplios a través de una disposición legal"⁵².

De igual manera, la sentencia establece que el concepto de beneficio social, siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, debe entenderse como "bien que se hace o se recibe", "utilidad o provecho", "acción de beneficiar", citando como ejemplo la extracción de sustancias de una mina⁵³. Por eso, a juicio de la Corte Suprema:

"(...) tratándose de un proyecto sometido a una DIA, que versa sobre la forma de extracción de un mineral, es una actividad sometida al SEIA que generará, en mayor o menor medida, un beneficio o utilidad social, suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, por lo que debió darse lugar al proceso de participación ciudadana, por cuanto concurren las demás exigencias que ha establecido el legislador"⁵⁴.

En virtud de lo anterior, al haberse omitido el proceso de participación ciudadana, la Corte Suprema concluyó que la resolución que había denegado el proceso de participación ciudadana carecía de motivación, incumpliendo el deber de fundamentación de los actos administrativos la RCA del proyecto al no hacerse cargo de las observaciones al proyecto planteadas por los recurrentes.

52 Ibid. (c. 5°).

53 Ibid. (c. 12°).

54 Ibid. (c. 14°).

Para terminar, el fallo vuelve a plantear, pero de manera más amplia, el carácter amplio de esta acción, pero ahora bajo la lógica de la inexcusabilidad, al señalar que:

"(...) el deber de inexcusabilidad de los tribunales, reiterado expresamente en el artículo 20 de la Carta Política, al disponer que la acción constitucional de Protección es compatible con el ejercicio de otros derechos y por las vías pertinentes, impone a la jurisdicción emitir decisión respecto del recurso planteado, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico ninguna materia está exenta de acción ante los tribunales ordinarios o especiales, según corresponda, pero ello no es obstáculo para requerir de la jurisdicción el amparo de las garantías constitucionales cuando corresponda, como ocurre en el caso de autos"⁵⁵.

Se deja constancia que la sentencia concluye con dos votos de minoría de los ministros Sandoval y Lagos que, en línea con el voto de minoría de Terminal Penco Lirquén, reconocen, en líneas generales, que la vía idónea para impugnar este tipo de decisiones, es el agotamiento previo de la vía administrativa solicitando la invalidación de la RCA para luego recurrir ante los Tribunales Ambientales contemplados en la Ley N° 20.600 en función de lo que se disponga respecto de ella.

Sin perjuicio de que se ha defendido un interés en este caso y que hemos sido críticos de manera pública con esta sentencia, especialmente por su forma de razonar y los elementos que utiliza para acoger el recurso de protección⁵⁶, lo cierto es que el fallo vuelve a reconocer que en materia de participación ciudadana o cuando esté en juego el derecho asociado a participar en la toma de decisiones respecto de un proyecto o actividad en el SEIA, el recurso de protección es una vía idónea para cautelar los derechos constitucionales que puedan verse vulnerados.

Igualmente, se trata de un fallo en el que existen dos votos de minoría, por lo que demuestra que hay una tensión respecto de la forma de entender de manera unánime este criterio, el que será comentado más adelante. Por último, llama la atención que en este caso, por medio de un recurso de protección, se pretenda

55 Ibid. (c. 18°).

56 Una opinión crítica de la sentencia fue expuesta en el seminario titulado "Charla de jurisprudencia aporta al debate en torno a proyecto minero en Isla Riesco" en el Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, con fecha 7 de abril de 2017.

determinar el sentido y alcance de una norma de rango administrativo, utilizando criterios gramaticales para ello, razonamiento que está lejos del carácter cautelar que esta acción tiene.

Si hay una sede natural para definir el sentido y alcance de una norma administrativa o legal referida al SEIA, son los Tribunales Ambientales, no siendo este tipo de acción de rango constitucional la vía más idónea para que por medio de ella estas sean aclaradas o precisadas. Consideramos que en la interpretación de una norma de rango administrativo no están en juego las facultades conservativas y de tutela de derechos y garantías constitucionales, más aún cuando no se explica la falta de motivación o fundamento del acto administrativo que se objetó.

Se razona en abstracto, lo que está lejos de la naturaleza cautelar del recurso de protección, en que en base a una norma –la referida a participación ciudadana en la DIAs– de escasa densidad regulatoria, se adopta una decisión. Así, ante la interpretación de una norma de rango administrativo –razonamiento principal que utiliza el fallo– la pregunta que surge es si ante ello era necesaria una cautela urgente, extraordinaria y excepcional. No parece ser el caso. Como señalan Arturo Fermandois y Teresita Chubretovic, no resulta “compatible con el carácter extraordinario del recurso, ni con la existencia de una jurisdicción medioambiental especializada omitida, el que la ilegalidad promovida vía protección se haga consistir en una infracción de un ilícito propio y autónomo de un reglamento, ni mucho menos, una infracción de una norma administrativa infrarreglamentaria, como las instrucciones de la SMA y los instructivos del SEA”⁵⁷, más aun cuando ni siquiera el fallo aborda si el acto administrativo impugnado se ajustaba o no, en concreto, a derecho.

A.4 Central Los Cóndores

Finalmente, en Central Los Cóndores, la Corte Suprema dispone que sin perjuicio de la interposición del recurso de protección.

“(…) no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia, dentro de las cuales se encuentra –por cierto– la solicitud de

57 FERMANDOIS VÖHRIHNGER, Arturo; y, CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita, ob. cit, p. 77.

invalidación de una Resolución de Calificación Ambiental conforme se desprende de la nueva institucionalidad⁵⁸.

Asimismo, reconoce las vías de impugnación especial de naturaleza administrativa que tienen el responsable del proyecto y quienes participaron del proceso de participación ciudadana y sus observaciones no fueron debidamente consideradas. La sentencia concluye que la solicitud de invalidación es una vía de impugnación más al señalar que en la especie el artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600 faculta al recurrente como tercero que no participó en el proceso de evaluación ambiental, para solicitar a la autoridad administrativa la invalidación de la Resolución que por este acto impugna y si la decisión le fuera desfavorable, reclamar de ésta ante el Tribunal Ambiental competente⁵⁹.

Este fallo contó con el voto en contra del Ministro Sergio Muñoz, quien fue de la idea que este proyecto fuese evaluado ambientalmente nuevamente – sin indicar cómo– debido a que no consideró las emisiones de otros proyectos aprobados ambientalmente en los últimos cinco años, los que si bien podrían estar caducados, la empresa no aportó antecedente alguno que ello efectivamente haya ocurrido, lo que vicia la modelación de emisiones. De igual forma, reforzando el argumento anterior, se refiere a la situación de la Central Bocamina II, señalando que el proyecto es necesario que se evalúe bien porque es “poco probable que se fiscalice que la central de propiedad de la empresa Prime Energía SpA actúe efectivamente como una de respaldo y funcione la reducida cantidad de horas que se declara⁶⁰”, haciendo un juicio de cómo es y sería la fiscalización de este tipo de proyectos por parte de autoridad ambiental, pese a que se trata de un problema distinto al de evaluación ambiental. Por eso, a juicio del Ministro disidente, debe aplicarse el principio preventivo, debido a que las emisiones de material particulado estarán mínimamente por debajo para la declaración de una zona latente en la localidad de Los Vilos.

Para terminar, el Ministro Muñoz, en un argumento más funcional respecto del sistema recursivo en material ambiental, reconociendo los límites que impone el recurso de casación en la forma y/o fondo, señala que la Ley N° 20.600 “sólo permite deducir reclamación a determinadas personas (artículo 17) y, por otro

58 Yáñez Veas, Wendy del Carmen con Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Coquimbo y Prime Energía SpA (2017); Corte Suprema; 6 de junio de 2017, Rol N° 6121 – 2017. (c. 2°).

59 *Ibid.* (c. 2°).

60 *Ibid.*, disidencia primera.

lado, restringe el régimen recursivo contra la sentencia definitiva que se dicte, limitándolo a la interposición del recurso de casación en la forma y en el fondo, pero restringiendo el primero en cuanto a sus causales (artículo 26)", privando a las partes, bajo la interposición de dichos recursos, "de la discusión propia de esta sede, de corte eminentemente constitucional"⁶¹.

Esto, a juicio del Ministro, le restaría el control de normas constitucionales, frustrando la finalidad del recurso de protección y afectando gravemente el principio de inexcusabilidad. Esta situación, concluye el Ministro Muñoz, hace que la Corte Suprema renuncie a "ejercer sus competencias y con ello priva a los ciudadanos de una vía jurisdiccional, pero al mismo tiempo se desperfila en el ejercicio de sus facultades conservadoras de tutela de derechos y garantías constitucionales"⁶².

En este caso si bien el máximo tribunal sigue, en líneas generales, la tesis referida a la vía idónea, reconociendo a los Tribunales Ambientales como la sede para discutir este tipo de asuntos, el voto de minoría del Ministro Muñoz es particularmente interesante pues reconoce las limitaciones del recurso de casación, al marginarse la discusión constitucional que pueda existir en torno a un proyecto. En tal sentido, la disidencia del Ministro razona sobre la base de que toda discusión referida a un proyecto en el SEIA tendría un carácter constitucional, situación que no siempre es así, constitucionalizando problemáticas que muchas veces dicen relación con problemas de legalidad, tal como lo es el régimen recursivo para impugnar la RCA de un proyecto y la vía idónea para su evaluación, en las que no siempre hay un derecho constitucional, en concreto, privado, perturbado o amenazado. Creemos que las facultades de la Corte Suprema no se verían afectadas, porque ante lo que resuelva el Tribunal Ambiental competente podrá interponerse el recurso de casación, en cualquiera de formas, para discutir, efectivamente, problemas de legalidad, lo que permite racionalizar el debate y hacerlo más democrático aun, al permitir a dos tribunales dirimir la interpretación correcta respecto de normas previamente dictadas y conocidas por todos elaboradas por el Presidente de la República y el Congreso Nacional, como órganos colegisladores. Compartimos con el Ministro Muñoz que el recurso de protección no puede quedar al margen de la discusión ambiental, pero no siempre es necesario adoptar una cautela urgente al otorgarse un permiso o autorización

61 *Ibid.*, disidencia cuarta.

62 *Ibid.*, disidencia sexta.

de funcionamiento, toda vez que los proyectos toman muchas veces en años en entrar en funcionamiento.

B. Ausencia en la definición de un criterio y límites del recurso de protección

El recurso de protección es una herramienta eficaz para la protección de derechos fundamentales y rápida para la solución de este tipo de conflictos. Por eso, cuando no existían Tribunales Ambientales, el espacio natural para resolver las disputas de naturaleza ambiental, por su naturaleza contenciosa – administrativa, era el recurso de protección.

Considerando el nuevo escenario institucional – jurisdiccional, ¿qué rol debe cumplir esta acción constitucional en materia ambiental y especialmente en las disputas propias del SEIA? ¿Es una acción complementaria o alternativa a la vía administrativa y judicial que la ley N° 20.600 ha dispuesto? Y de cumplir ese rol, ¿qué criterios debiésemos considerar para darle ese carácter?

Si bien el criterio institucional utilizado por la Corte Suprema ha sido recurrente desde el año 2014 en adelante, también se advierten situaciones de excepción y vacilación. Igualmente, en uno y otro caso, en general, hay votos de minoría, por lo que un acuerdo unánime sobre la pertinencia de esta acción constitucional para impugnar la legalidad de una RCA sigue siendo un asunto todavía en desarrollo, lo que conspira contra criterios que permitan predecir, con cierta estabilidad, no el resultado respecto de la legalidad de un proyecto previamente evaluado en el SEIA, sino una cuestión previa: las acciones y recursos que pueden ser usados para impugnar una RCA.

Naturalmente han pasado más de cuatro décadas desde el Acta N° 3, de 1976, que creó el recurso de protección, y por lo tanto, sin dejar de reconocer la importancia en la protección de derechos que ha tenido esta acción en las últimas décadas, la pregunta que debemos hacernos es cuál es el lugar de esta acción en materia ambiental, especialmente en lo referido al SEIA, considerando el nuevo modelo institucional que concluyó a finales del año 2012 con la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales.

En ese sentido, el ministro Sergio Muñoz, quien integra la Tercera Sala Constitucional, ha dado algunas claves al explicar que al restringirse a las ONG como legitimados activos ante los Tribunales Ambientales, la consecuencia sería

mantener “aplicable la acción constitucional de protección, la que sigue siendo ejercida por las ONGs directamente o en representación de los afectados, a lo cual se suma su mayor rapidez”, pese a que pueden comparecer igualmente en calidad de *Amicus Curiae*⁶³, indica.

Sin perjuicio de esta última posición, creemos que las ONG u organizaciones académicas o sin fines de lucro, no han estado al margen de poder recurrir en representación de comunidades o vecinos, ya sea por medio de la acción de protección o por la vía de recursos de reclamación administrativos agotando la vía administrativa previa para luego reclamar judicialmente ante el Tribunal Ambiental competente, habiendo sido parte activa dichas organizaciones de la discusión que se ha dado ante esta nueva justicia especializada.

Lo complejo ha sido delimitar los contornos de esta acción constitucional existiendo otra institucionalidad creada al efecto, y además tener una predicción jurisprudencial más o menos permanente que no dependa de la integración de quienes integran la sala constitucional que resuelve este tipo de disputas. En esos términos, debe tenerse presente que la ley N° 20.600 no modificó la Constitución en lo referido al recurso de protección de carácter ambiental (artículo 20 inciso segundo). Tampoco definió un modelo que ordenara el régimen recursivo en caso que se hubiese interpuesto el recurso de protección. Esta ley simplemente entregó una parcela o competencias específicas de asuntos de naturaleza ambiental a los Tribunales Ambientales, tal como lo dispone el artículo 17 del cuerpo legal citado, siendo una de ellas aquella referida al control de legalidad de una RCA. No todo lo referido a la protección del medio ambiente quedó bajo el control de legalidad de estos tribunales especiales.

En consecuencia, nada impide que esta acción pueda ser ejercida en resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando entre particulares pueda existir una necesaria tutela en tal sentido.

Lo mismo podrá decirse si durante el proceso de evaluación ambiental –no habiéndose dictado la RCA– se produce una ilegalidad flagrante que merite una tutela urgente que no pueda ser, posteriormente, corregida en las instancias administrativas correspondientes mediante la interposición de los recursos

63 MUÑOZ GAJARDO, Sergio. El acceso a la justicia ambiental, discurso presentado en el Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental, organizado por el Segundo Tribunal Ambiental. En: *Revista de Justicia Ambiental*. N°6, 2014, pp. 33 – 34.

generales o especiales que la ley dispone, situación que deberá ser analizada en el caso concreto. Asimismo, en caso de aquellos actos u omisiones, al margen del SEIA o en contravención a este, que afecten el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, también podrá, eventualmente, ser necesaria una tutela urgente por medio del recurso de protección, pudiendo cumplir esta acción esa función, ello sin perjuicio de las acciones que la SMA disponga, lo que podría permitir concluir que esa situación estaría bajo el imperio del derecho, hecho que deberá ser analizado también en el caso concreto.

Por último, no puede olvidarse que la potestad invalidatoria de la Administración del Estado podrá ser siempre ejercida a petición de parte o de oficio, existiendo la posibilidad de reclamar judicialmente del acto administrativo que se pronuncie respecto de esa solicitud ante el Tribunal Ambiental competente (artículo 17 N° 8 de la ley N° 20.600 en relación al artículo 53 de la Ley N° 19.880), posibilitando así un control intenso y completo de la RCA de un proyecto, sin la urgencia y excepción que el recurso de protección tiene, pero en ningún caso restringiendo o limitando desproporcionadamente el acceso a la justicia y a una tutela efectiva en cuanto a la legalidad del acto administrativo cuya invalidación se solicita, siempre que sea conciliable con las acciones especiales que la propia ley N° 20.600 ya dispone.

Por todo lo anterior, el recurso de protección es y seguirá siendo una vía para asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero en lo referido al SEIA creemos que, mientras no exista una reforma legislativa que lo armonice adecuadamente con el régimen recursivo dispuesto en la Ley N° 20.600, corresponderá a la Corte Suprema ir fijando sus contornos, tal como lo ha hecho hasta ahora, permitiendo una convivencia armónica de ambos modelos de control judicial, garantizando, por una parte el acceso a la justicia, y por otro, ordenando el sistema de impugnación de RCAs que evite la litigación excesiva y temeraria, generando los incentivos correctos para el control del SEIA en todas sus dimensiones.

IV. Conclusiones

Los criterios que ha utilizado la Corte Suprema para controlar la legalidad de una RCA en virtud de la interposición de un recurso de protección han sido variados. De hecho, distintas etapas jurisprudenciales han ido entendiendo de manera distinta la forma en que el control de las RCAs debe efectuarse. En esos términos, ante la pregunta de si estamos o no en presencia de una nueva etapa desde el momento en que los Tribunales Ambientales entraron en vigencia, creemos que es prematuro adelantarlos. Las últimas sentencias dan cuenta de una mirada que no es uniforme respecto de su comprensión en estas materias y por lo tanto debemos esperar como se decanta un criterio que permita configurar la mantención del escenario actual o sí, efectivamente, surge una nueva etapa. En cualquier caso, no habiendo cambios legislativos, el ejercicio del recurso de protección está y seguirá vigente, debiendo el modelo recursivo administrativo y judicial especial contemplado en la ley N° 20.600, convivir adecuadamente con esta dualidad recursiva, generando los incentivos adecuados para racionalizar correctamente el control judicial de decisiones en el marco del SEIA.