

Informe N° 47

¿Está judicializado el SEA por el recurso de protección?

NOVIEMBRE 2022

www.observatoriojudicial.org

Introducción

El Servicio de Evaluación de Ambiental (“SEA”) es una pieza clave dentro de la institucionalidad ambiental y el desarrollo económico del país. Dicho organismo está a cargo del procedimiento que determina el impacto ambiental de una actividad o proyecto, es decir, su potencial afectación al medio ambiente. Todo proyecto que por ley deba someterse al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, sólo podrá ejecutarse si cuenta con el pronunciamiento ambiental favorable¹. He ahí la importancia de este organismo en el desarrollo económico; basta mirar el tipo de proyectos que requieren evaluación: proyectos de explotación forestal y minera, instalaciones fabriles, puertos marítimos y centrales generadoras de energía mayores a 3 MW, entre otros.

Por su importancia ambiental y económica, la tramitación de proyectos ante el SEA debe contar con reglas lo más claras y precisas posibles, en otras palabras, seguridad jurídica. Sin embargo, es un hecho conocido que contra las actuaciones y resoluciones del SEA se presentan recursos de protección (“RP”), cuyo principal objetivo es, por lo general, dejar sin efectos resoluciones de calificación ambiental (“RCA”) favorables a proyectos o invalidar procedimientos de EIA. Por ejemplo, ONGs ambientalistas o comunidades indígenas han utilizado la acción constitucional para frenar la ejecución de proyectos mineros².

El problema surge cuando el recurso de protección se utiliza fuera de sus márgenes de acción cautelar urgente, para impugnar al SEA. En efecto, el RP al no estar diseñado para la discusión técnica de problemas ambientales, introduce un factor de incerteza, ya que altera el funcionamiento de los normales mecanismos de impugnación medioambiental. A lo anterior, se suma que la tercera sala de la Corte Suprema, en casos de alto interés público, ha acogido recursos de protección contra el SEA dejando sin efecto RCA favorables a proyectos de inversión, en base a lo que el profesor Luis Cordero ha denominado un control intenso de discrecionalidad, es decir, “la revisión judicial no solo verifica la idoneidad formal del acto, sino que sostiene su resolución sobre el control del expediente administrativo”³.

Estos casos emblemáticos y sus efectos sobre la seguridad jurídica ambiental, plantean la pregunta sobre el impacto del RP en el SEA y sus procedimientos. Este impacto puede analizarse, por lado en una dimensión cuantitativa, es decir, determinando la relación entre el número de procedimientos de evaluación ambiental y el número de recursos de protección interpuestos, así como el resultado de dichas acciones en los tribunales. Por otra parte, bajo una perspectiva cualitativa, que analiza la jurisprudencia de los tribunales respecto a los RP contra al SEA.

El presente informe desarrollará el impacto del RP sobre el sistema de evaluación ambiental en esta doble dimensión. Para lograr lo anterior, primero se analizarán las estadísticas sobre el número de ingresos y resultados sobre los procedimientos de evaluación ambiental ante el SEA durante el período 2018-2021. En segundo lugar, se analizarán los recursos de protección interpuestos y

¹ El artículo 8° de la Ley General de Bases del Medio Ambiente (“LGBMA”), establece que un proyecto o actividad que requiere evaluación no podrá ejecutarse hasta contar con el pronunciamiento favorable del SEA.

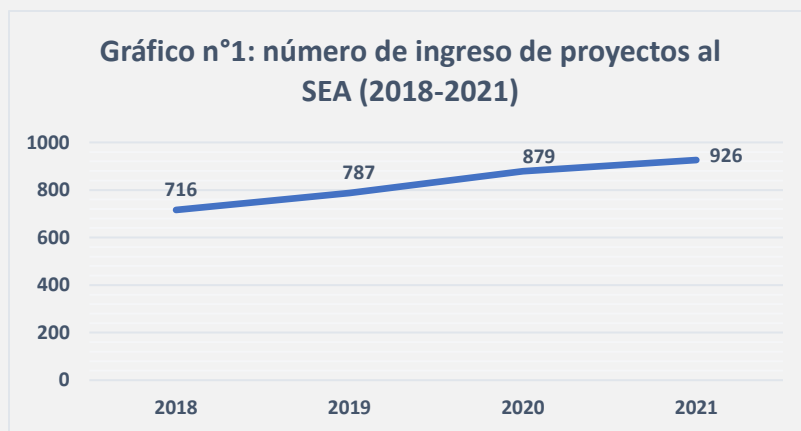
² Consultar causas rol n°157.875-2019 ICA Santiago y rol n°3106-2019 ICA Antofagasta.

³ Luis Cordero Vega. “Corte Suprema y medio ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?” *Anuario de Derecho Público UDP* (2012). 375.

fallados contra el SEA durante el período 2018-2021⁴. Por último, se desarrollarán algunas reflexiones finales. A modo de adelanto, los datos muestran que el número de recursos de protección contra el SEA es bajo, sin embargo, su uso parece estar ligado más a una estrategia procesal que a una real vulneración de derechos fundamentales, lo cual genera un daño en la necesaria certeza jurídica ambiental, toda vez que la Corte Suprema no ha definido una jurisprudencia clara sobre la procedencia del RP en materia ambiental.

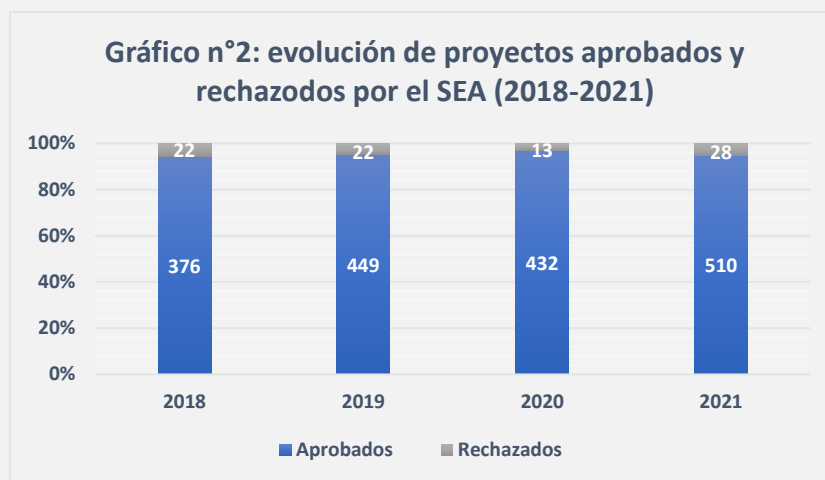
I. EL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL EN NÚMEROS (2018-2021)

Durante el período 2018-2021 ingresaron 3.308 proyectos para ser calificados por el SEA (gráfico n°1). Para comprender la magnitud económica que representan los proyectos ingresados al SEA durante el período estudiado los proyectos ingresados sumaron una inversión por US\$ 177.627.540.000. A su vez para diciembre de 2021 se encontraban 506 proyectos en evaluación por un total de US\$ 38.621.340.000.



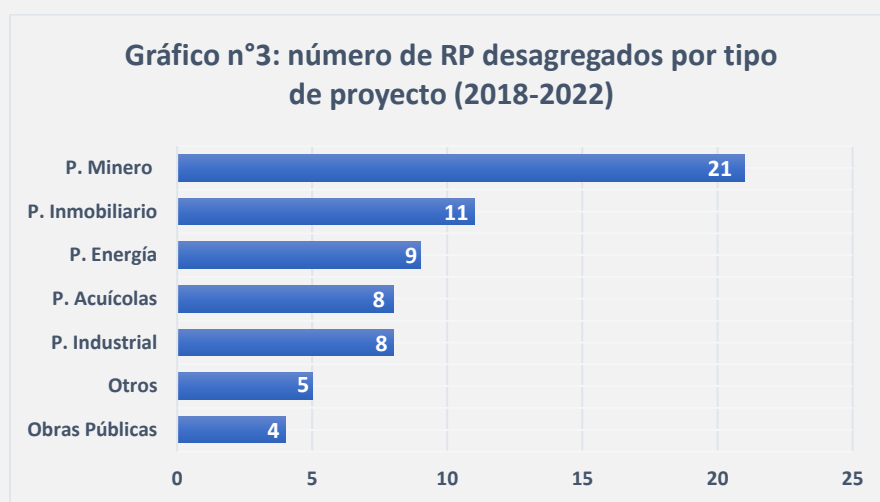
En cuanto a los términos durante el período 2018-2021 finalizaron 2.617 procedimientos, de las cuales: 1.769 recibieron una RCA favorable, 85 recibieron una RCA negativa y en 763 casos sus titulares se desistieron del proyecto. Es destacable que casi la totalidad de los proyectos fueron calificados con una RCA favorable. En efecto, el 95% de los casos el Servicio de Evaluación Ambiental dictó una RCA positiva (gráfico n°2). En términos económicos los proyectos aprobados representan una inversión de US\$ 83.691.112.000.

⁴ Los roles de los recursos de protección se obtuvieron mediante solicitud de transparencia N°AW004T0005989 al Servicio de Evaluación Ambiental.



II. DIMENSIÓN CUANTITATIVA DEL RECURSOS DE PROTECCIÓN ANTE EL SEA (2018-2021)

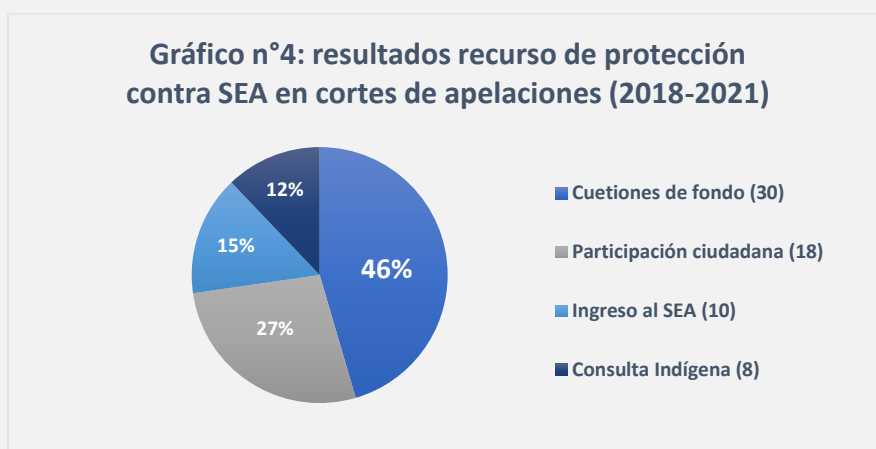
Durante el período 2018-2021 se interpusieron 66 recursos de protección contra el SEA. Esto es un dato indicativo, ya que descarta una litigación masiva contra el SEA mediante RP. Al contrario, es un fenómeno excepcional, en el cual sólo el 3,5% de los proyectos que han sido calificados fueron impugnados vía recurso de protección. El tipo de proyecto más impugnados vía RP fueron los relacionados con minería (32%), seguidos por el sector inmobiliario (17%) y energía (14%).



Respecto al tipo de recurrente se observa que el 97% de los recursos provienen de la sociedad civil. El otro 3% corresponde a dos recursos de protección, donde uno fue deducido por una Municipalidad y el otro fue interpuesto por un parlamentario. En cuanto a la sociedad civil, se observa que un 42% de los RP provienen de particulares o grupo de particulares, un 26% son deducidos por comunidades indígenas, un 17% por junta de vecinos y un 9% por ONGs.

En cuanto a los motivos que fundamentan los recursos de protección se pueden clasificar en cuatro categorías:

- 1) Un 46% de los RP tienen su fundamento en lo que podríamos denominar cuestiones de fondo, es decir, el reclamante señala que el actuar del SEA es ilegal, porque su decisión carece de una adecuada ponderación técnica, o bien, se afirma que los antecedentes evaluados son insuficientes⁵.
- 2) Un 27% de los RP tiene son presentados por materias relacionadas con la negativa del SEA de abrir un proceso de participación ciudadana para que terceros realicen observaciones al proyecto en evaluación⁶.
- 3) Un 15% de los RP tienen su fundamento en materias relacionadas con el ingreso de un proyecto al SEA, o bien, con la modalidad de evaluación. En estos casos los recurrentes alegan contra la negativa del SEA a que un determinado proyecto deba someterse al proceso de evaluación ambiental. También se recurre alegando que un proyecto que ingreso bajo la modalidad de Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”), en realidad debe someterse a un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) que es más exigente⁷.
- 4) Un 12% de los RP tienen su fundamento en la supuesta omisión del SEA en realizar una consulta indígena⁸.



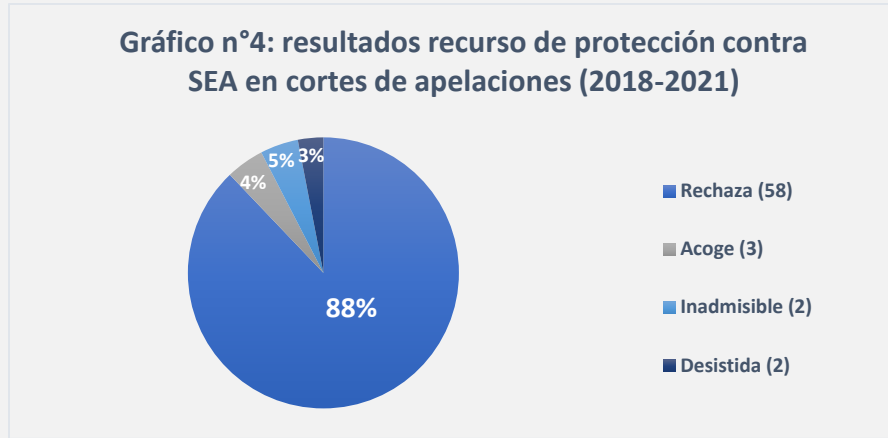
En cuanto a los resultados de los RP hay que analizar su resultado en las cortes de apelaciones y Corte Suprema (“CS”). Es un dato positivo que prácticamente la totalidad de las causas en las cortes de apelaciones son rechazadas (88%). En efecto, durante el período 2018-2021 se han acogido solo 3 recursos, mientras que en 58 ocasiones el tribunal rechazó la acción de protección.

⁵ Ver causas rol n°1.825-2021, ICA La Serena y rol n°8.543-2019, ICA Antofagasta.

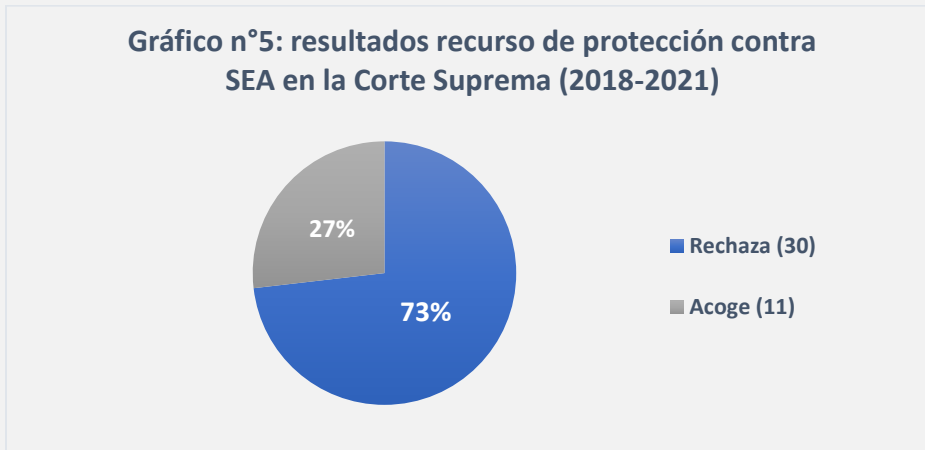
⁶ Ver causas rol n°181.268-2019, ICA Santiago y rol n°8.495-2021, ICA Antofagasta.

⁷ Ver causas rol n°17.201-2019, ICA Valparaíso y rol n°107-2019, ICA Copiapó.

⁸ “La consulta a pueblos indígenas en el SEIA aplica lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. 6.1. a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Se busca llegar a acuerdo o lograr consentimiento con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (GHPI) afectados, sobre impactos del proyecto y medidas” (obtenido en: <https://www.sea.gob.cl/participacion-ciudadana-y-consulta-indigena/que-es-la-consulta-indigena-en-el-seia>).



En cuanto a los resultados en la CS, durante el período 2018-2021 la tercera sala ha resuelto un total de 41 causas. Para comprender los resultados en la Corte Suprema se debe distinguir si confirma o revoca la decisión de la ICA. En los casos que la ICA rechazó el RP, la tercera sala confirmó la decisión en 30 oportunidades, mientras que en otra 8 revocó. En los casos que la ICA acogió el recurso, la CS confirmó en las 3 ocasiones. Por tanto, durante el período 2018-2021 la tercera sala de la Corte Suprema rechazó el 73% de las veces el RP (gráfico n°3).



III. DIMENSIÓN CUALITATIVA DE LOS RECURSOS DE PROTECCIÓN CONTRA EL SEA (2018-2021)

Según vimos en el apartado anterior, la regla general es que tanto las cortes de apelaciones, como la Corte Suprema rechazan los recursos de protección contra el SEA. El principal argumento de los jueces es que existe un procedimiento especial de reclamación administrativa, junto con un procedimiento judicial ante los tribunales ambientales. En ese sentido, la acción de protección no es la vía idónea para impugnar las actuaciones del SEA en un doble sentido: primero, su propia naturaleza cautelar no permite una efectiva discusión de alta especialización técnica ambiental. En segundo lugar, precisamente dada la complejidad ambiental, el legislador estableció un foro especial para resolver las cuestiones técnicas de fondo o relativas a la participación ciudadana, consulta indígena e ingreso de proyectos a evaluación.

Un ejemplo de esta jurisprudencia es un fallo de fines del 2021, en el cual la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó un recurso de protección interpuesto contra el SEA por motivo de una RCA favorable para sondeos mineros. El fallo es sumamente ilustrativo, porque desarrolla tres argumentos que muestran lo improcedente del RP: primero, existe una jurisdicción especializada para resolver los conflictos ambientales, segundo el RP es una acción de naturaleza cautelar y no de lato conocimiento y tercero, el uso del RP responde a una maniobra procesal del recurrente para obtener un resultado favorable que en sede ambiental fue denegado o probablemente sería denegado:

La acción deducida no resulta congruente con los fines de un régimen de tutela de urgencia de rango constitucional, que requiera de la inmediata reacción de los órganos jurisdiccionales para el restablecimiento del imperio del derecho, toda vez que el acto que se reclama se encuadra dentro del estatuto jurídico que regula los procesos destinados a velar por la protección ambiental a la que se encuentra obligado el Estado por mandato constitucional y legal

[...] adicionalmente, ha de considerarse que el acto contra el cual se dirige la presente acción, cuenta con una extensa fundamentación, emanada de autoridad competente y especializada, lo que impide que esta Corte entre a calificar el mérito o razones por la cuales se adoptó la decisión de rechazar la solicitud de suspender los efectos

[...] tanto más, cuanto que, adicionalmente, existen las vías jurisdiccionales especiales para atacar las decisiones adoptadas por la administración en el marco de los conflictos ambientales.

[...] de lo expuesto en el recurso, así como de lo oído en estrados, se puede colegir que lo que se pretende por esta vía es eludir las consecuencias de la decisión adoptada [...] utilizando el presente mecanismo excepcional, en paralelo al administrativo previamente elegido; con lo cual, evidentemente, se distorsiona todo el entramado institucional que regula la protección del medio ambiente en nuestro país. De igual modo se puede advertir que se busca anticipar por esta vía paralela, el resultado final que se pretende conseguir con la reclamación deducida en sede administrativa⁹.

Este último aspecto que resalta la corte de apelaciones de Valparaíso parece ser uno de los principales motivos que animan la interposición de recursos de protección contra el SEA. Es decir, los recurrentes, con tal de asegurar un resultado favorable a su pretensión de fondo, utilizan todos los medios legales que disponen, excediendo la naturaleza cautelar del RP. En ese sentido, el RP se convierte en un medio más para lograr el objetivo de invalidar una actuación del SEA que es contraria al interés del reclamante —pretensión legítima, pero que debe discutirse en la instancia procesal correspondiente— y no tanto por la real existencia de una amenaza o vulneración a algún derecho fundamental. Un dato que refuerza esta idea es que en algunas ocasiones los tribunales han rechazado el RP, porque este perdió su oportunidad, debido a que el propio SEA acogió un

⁹ Sentencia rol n°42824-2021, ICA Valparaíso.

recurso de reposición interpuesto en sede administrativa¹⁰, o bien, el proceso de reclamación sigue pendiente de ser resuelto¹¹.

En base a lo anterior, existe una amplia jurisprudencia que es clara en rechazar el recurso de protección como vía para impugnar las actuaciones del SEA. En efecto, la legislación ambiental es generosa en consagrar tanto al titular del proyecto, como a terceros afectados, recursos administrativos y judiciales para velar por sus derechos e intereses. Sin embargo ¿por qué esta jurisprudencia no logra arraigar en la esfera medio ambiental? Una posible respuesta es la ambigüedad de la tercera sala de la Corte Suprema, la cual no ha definido una jurisprudencia consistente respecto a la procedencia del recurso de protección contra el SEA.

Es sintomático de esta ambigüedad que el año 2021 la Corte Suprema en junio rechazó un recurso de protección interpuesto por una comunidad indígena que alegaba la ilegalidad de una RCA favorable, porque la comunidad no habría sido incluida en el proceso de consulta indígena. La CS desestimó la acción bajo el argumento que desde la dictación de la ley 20.600, la sede natural para la discusión sobre la legalidad de una RCA son los tribunales ambientales previo agotamiento de los recursos administrativos. Sin embargo, en ese mismo fallo los jueces reivindican que la Corte Suprema pueden ejercer un control sustantivo del SEA. Por tanto, si bien la CS establece que prima la jurisdicción especial, al mismo tiempo reivindica su potestad para controlar las decisiones del SEA:

Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que éstas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad —oportunidad en que evidentemente es procedente la acción de protección—, no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley N°20.600 de 2012, creara los Tribunales Ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto (...) Es, ante esa jurisdicción especial, y por esa vía, entonces, donde debe instarse por la invalidación de una resolución de calificación ambiental¹².

Luego en noviembre de 2021 —es decir, unos meses después de la sentencia anterior— la CS acogió un recurso de protección contra el SEA dejando sin efecto una RCA favorable a un proyecto minero. Lo llamativo de la sentencia es que afirma expresamente que el RP es compatible con los recursos medioambientales, por tanto, este fallo nuevamente relativiza la primacía de la jurisdicción ambiental como la sede para discutir, por ejemplo, la procedencia de la participación ciudadano en el contexto de una DIA:

Que, finalmente, es preciso recalcar 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 oportuna respecto de la materia que el recurso ha 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

¹⁰ Ver causa rol n°7276-2021, ICA Temuco.

¹¹ Ver causa rol n°2567-2021, ICA Valparaíso.

¹² Sentencia rol n°127.202-2020, Corte Suprema.

para requerir de la jurisdicción el amparo de las garantías constitucionales cuando corresponda, como ocurre en el caso de autos.¹³

Reflexiones finales

¿Está judicializado el SEA por el recurso de protección? La respuesta, en términos, cuantitativos es no. En efecto, sólo un porcentaje ínfimo de las causas del SEA —3,5%— se judicializan vía recurso de protección. Además, los resultados de dichos recursos muestran que los tribunales, en la gran mayoría de los casos, rechazan dichas acciones. Así en las cortes de apelaciones el 88% de las causas fueron rechazadas, mientras que en la Corte Suprema el 73% de las acciones fueron desestimadas.

Ahora bien, el problema de los RP contra el SEA radica más bien en su dimensión cualitativa. En efecto, al analizar el tipo de recurrentes y los motivos de reclamación, el RP aparece como un medio ligado a una estrategia procesal para asegurar un resultado favorable en la cuestión de fondo, cuando la acción de protección por su naturaleza no es idónea para procesar materias técnico ambientales sobre los potenciales impactos de un proyecto. Es probable que los jueces advierten esta desnaturalización en el uso del RP y por eso rechacen, afirmando que el RP no es la vía adecuada para la discusión de cuestiones técnico-ambientales.

Sin embargo, una falta de definición de la Corte Suprema respecto a la procedencia del RP es lo que podría estar sustentando esta práctica procesal que, a pesar de ser baja, genera un daño al sistema de evaluación ambiental al introducir incerteza, configurándose una especie de ruleta judicial. Debido a la importancia económica y la magnitud de los proyectos sujetos a evaluación, lo óptimo es que los tribunales clausuren el RP como medio para impugnar las actuaciones del SEA, o bien, restrinjan su procedencia bajo criterios claros¹⁴ en una jurisprudencia consistente y sostenida en el tiempo. Esta limitación del RP en el contexto de evaluación ambiental es aún más justificada toda vez que la legislación ambiental establece un control administrativo y judicial intenso para asegurar el debido derecho tanto de los titulares, como de los terceros.

¹³ Sentencia rol n°52.957-2021, Corte Suprema.

¹⁴ Para esta segunda alternativa los profesores A. Fermandois y T. Chubretovic proponen que la CS debe sujetarse a seis criterios inavocabilidad técnica, deferencia institucional, cautela urgente, densidad típica, reserva legal estricta y rango valorativo. Ver: Arturo Fermandois y Teresita Chubretovic. “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 (20126) pp. 61-90.