

Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad

Edesio Carrasco Quiroga

Abogado
Pontificia Universidad Católica de Chile
Máster en Derecho (LL.M)
Universidad de California, Berkeley

Resumen: El trabajo explica desde una perspectiva sustantiva, orgánica y procedimental un nuevo instrumento de gestión ambiental incorporado por la Ley N° 20.417, denominado Evaluación Ambiental Estratégica. Para ello, explica las políticas, planes e instrumentos sometidos a este nuevo instrumento, los órganos de la Administración del Estado que participan en él y el procedimiento aplicable. De la misma forma, aborda la relación de este nuevo instrumento con principios del derecho administrativo y la forma en que el procedimiento dispuesto en la ley se funde con los ya existentes, especialmente en materia de planificación territorial. Termina analizando recientes dictámenes de la Contraloría General de la República relacionados con esta materia y concluye proponiendo, a partir de una interpretación funcional, la forma en que este instrumento de gestión ambiental debiese ser comprendido.

1. Introducción

El 26 de enero de 2010 entró en vigencia la Ley N° 20.417. Dicha norma, que modificó la institucionalidad ambiental plasmada en la Ley N° 19.300 (la ley), alteró, entre otras cosas, los instrumentos de gestión ambiental existentes hasta esa fecha. Dentro de los cambios introducidos destaca la consagración de un nuevo instrumento de gestión ambiental denominado Evaluación Ambiental Estratégica (EAE).

La importancia de este instrumento radica en que se fija por ley un procedimiento para el diseño y aprobación de políticas y planes públicos en Chile. Se norma así la manera en que la gestión pública ordena su actuación al momento

de planificar el rumbo de las políticas públicas que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad.¹

Considerando la importancia de lo anterior, el presente artículo analiza el marco conceptual de este nuevo instrumento y las relaciones que tiene con algunos de los principios del derecho administrativo. Asimismo, explica su relación con la Ley N° 19.880 y los mecanismos de supletoriedad que esta tiene para hacer frente a la ausencia de un reglamento que lo regule en plenitud, y analiza las consecuencias de recientes dictámenes de la Contraloría General de la República (CGR) sobre esta materia. Termina con una interpretación respecto a la forma en que debe ser entendida la EAE, particularmente en materia de políticas y planes generales, y concluye con ciertas consideraciones finales.

2. Marco conceptual

La EAE es definida por la ley como “el *procedimiento* realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política o plan, y sus modificaciones sustanciales”.

Es decir, lo que pretende la EAE es que se incorpore desde un inicio la dimensión ambiental en las decisiones estratégicas, previéndose efectos acumulativos o sinérgicos que pudieran generar la formulación de políticas y planes públicos. Corresponde a un enfoque estratégico que amplía el ámbito de aplicación de la variable ambiental más allá de la predicción y mitigación de impactos específicos que las actividades y proyectos privados producen en un área determinada. Se genera así un procedimiento (que incorpora la coordinación y la transparencia pública legitimada por la ciudadanía) que permite que las políticas públicas puedan ser elaboradas mediante un conjunto de actos trámites (etapas) que racionaliza tanto su diseño como aprobación. Estamos en presencia de una etapa prelegislativa o prerreglamentaria, pues de la política o plan saldrán los instrumentos jurídicos o económicos que permitirán ejecutarla. En consecuencia, es un instrumento que va más allá de lo ambiental y que incorpora la sustentabilidad en su triple dimensión (social, económica y ambiental) al momento que las políticas y planes se estructuran. Se anticipa así una evaluación de

¹ Es importante señalar que el concepto de sustentabilidad es mucho más amplio que el de medio ambiente, e involucra la dimensión económica, social y ambiental en la toma de decisiones. Por lo anterior, este instrumento no sólo puede ser aplicado para políticas y planes de naturaleza estrictamente ambiental, sino para las que también involucren una dimensión más amplia, como lo social o económico.

impacto regulatorio que excede el tradicional análisis costo-beneficio que la ley regula para normas y planes².

El Título II de la ley, en los artículos 7° bis, 7° ter y 7° quáter, regula, con mayor densidad normativa, los aspectos matrices de la EAE. Para ello, explica los instrumentos sometidos a EAE (que no son sólo las políticas y planes) y las principales etapas que este procedimiento tiene. Así, la ley dispone un régimen que estructura la EAE de una manera sustantiva, orgánica y procedimental.

2.1 Estructura sustantiva

La ley establece que políticas, planes e instrumentos se someten a EAE. En tal sentido, especifica que se someterán a este instrumento las políticas y planes de *carácter normativo general*, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros para Sustentabilidad (CMS), decida (artículo 7° bis inciso primero).

Asimismo, el inciso segundo del artículo 7° establece, agrupando otra categoría de instrumentos, que *siempre* se someterán a EAE los planes regionales de ordenamiento territorial (PROT)³, los planes regionales de desarrollo urbano (PRDU), los planes reguladores intercomunales (PRI), los planes reguladores comunales (PRC) y los planes seccionales (PS).

De igual forma, la ley dispone que la zonificación del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas⁴ o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen se someterán, también, de manera obligatoria a la EAE.

De este modo la EAE queda estructurada por medio de dos vías. Una dada por políticas y planes de carácter normativo general que el Presidente de la República decide o no someter a EAE; y otra por medio de los restantes instrumentos que siempre deben someterse a EAE, no quedando supeditada su realización a una decisión presidencial o discrecional del órgano a cargo de diseñar y aprobar dicho instrumento.

² Los artículos 32 y 45 letra g) de la Ley N° 19.300 así lo disponen.

³ Por medio del mensaje N° 128-356/2008, se presentó el proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, reemplazando los planes regionales de desarrollo urbano por los *planes regionales de ordenamiento territorial* (PROT), proyecto que aún se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional.

⁴ A la fecha no hay una autoridad que cuente con competencias exclusivas para el manejo integrado de las cuencas, estando dichas potestades dispersas en varios organismos públicos, tales como la Dirección General de Aguas (DGA); el Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR), el Servicio Agrícola Ganadero (SAG) y el Ministerio del Medio Ambiente (MMA).

Es importante destacar que el legislador no especifica qué tipo de políticas y planes se someterán a EAE. A diferencia de lo que el legislador hace en el artículo 10 de la ley al especificar la tipología de proyectos y actividades que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), disponiendo que procederá un estudio de impacto ambiental (EIA) en caso de producirse los efectos que el artículo 11 establece, en materia de EAE delega en el CMS⁵ y el Presidente de la República dicha atribución.

Lo anterior se complementa con la función que tiene el CMS de proponer al Presidente de la República las políticas y planes que deben someterse a la EAE (letra d) del artículo 71 de la ley); y, los criterios de sustentabilidad que *deben* ser incorporados en la formulación de políticas y planes públicos de Ministerios sectoriales como en la de sus servicios dependientes o relacionados (letra b) del artículo 71 de la ley).

Es decir, el legislador delegó en otros órganos la decisión de qué políticas y planes serán sometidos a EAE, dando sólo como referencia que las políticas y planes tengan un carácter "normativo general". Tomando en consideración que nuestro derecho no define lo que es una política o un plan, y estando lejos una política de tener una naturaleza normativa, la falta de densidad normativa es evidente. Que el CMS tenga que definir los criterios de sustentabilidad y además proponer al Presidente de la República las políticas sectoriales que deban someterse a EAE, deslegaliza un asunto que requiere de mayores precisiones legales.

Un desafío que a futuro deberá resolverse es cómo los proyectos y actividades sometidos al SEIA consideran las políticas y planes evaluados estratégicamente (inciso cuarto del artículo 8° de la ley). Esto cobra sentido, pues no hay duda de la fuerza normativa y el carácter de normativa ambiental aplicable que tiene un plan de manejo, de prevención o de descontaminación. No obstante, la duda surge en cómo considerar, por ejemplo, una política nacional de energía o un plan de infraestructura pública evaluada estratégicamente en una región determinada al interior del SEIA. Es evidente que un IPT constituye la norma básica que regula el territorio de una comuna determinada. No obstante, distinto es el caso de políticas y planes públicos, pues no sólo carecen de la fuerza normativa comentada, sino además en un estado subsidiario las actividades económicas son desarrolladas por los particulares dejando al Estado sólo como un ente regulador. Al no tener el Estado propiedad sobre muchos bienes de producción (energía, transporte, etc.) la planificación se hace desde el Estado a los agentes privados, quienes sólo tienen obligación de cumplir con la normativa

⁵ Dicho órgano está integrado por los Ministros de Medio Ambiente, que lo preside; de Agricultura; de Hacienda; de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Energía; de Obras Públicas; de Vivienda y Urbanismo; de Transporte y Telecomunicaciones; de Minería; y de Planificación.

ambiental aplicable y vigente, la que se espera sea expresión de la política de un país. La coherencia entre las políticas y planes públicos, y las normas que los ejecutan es de vital importancia para el éxito de este instrumento.

2.2 Estructura orgánica

Al definirse la EAE la ley se refiere al "Ministerio sectorial" como el órgano a cargo de llevar adelante este procedimiento. No obstante, tomando en consideración que hay instrumentos de planificación territorial que también deben someterse a EAE, no hay duda que las Municipalidades, Gobiernos Regionales y Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero también son competentes para llevar adelante procesos como este en el ámbito de sus competencias. En consecuencia, el abanico de órganos con competencias para desarrollar este instrumento de gestión ambiental es más amplio que los meros "Ministerios sectoriales" que la definición de EAE señala, cuestión que la ley en su artículo 7° bis reconoce.⁶

2.3 Estructura procedimental

El procedimiento que la ley establece para la EAE tiene dos etapas: de diseño y aprobación. La primera dada por un período en que el órgano competente para formular la política, plan o instrumento se coordina con otros órganos de la Administración del Estado considerando objetivos y efectos ambientales al trazar el marco sobre el cual la política, plan o instrumento se ejecutará. Terminado el diseño, la etapa de aprobación comienza con la elaboración de un anteproyecto de la política, plan o instrumento que contendrá un informe ambiental que será enviado al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones. Luego, deberá someterse a consulta pública tanto la política, plan o instrumento y el informe ambiental (artículo 7° bis incisos segundo y tercero).

La etapa de aprobación concluye con una resolución de término dictada por el órgano competente. Esta debe cumplir con una serie de requisitos que consisten, principalmente, en fundamentar el proceso llevado a cabo estableciendo indicadores de seguimiento y rediseño de la política, plan o instrumento.

En otras palabras, no importando lo que sea sometido a EAE, la ley establece un procedimiento de dos etapas (diseño y aprobación) e incorpora en cada una de ellas distintas fases, cuales son: coordinación pública en el diseño; y, la elaboración de un anteproyecto, un informe ambiental (este último enviado al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones), la realización de una

⁶ El inciso segundo del artículo 7° bis de la ley N° 19.300 dispone que el procedimiento y aprobación de los instrumentos de planificación territorial "estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro de la Administración del Estado, respectivamente".

consulta pública y una resolución de término en su aprobación (requisitos que el artículo 7° quáter dispone).

El artículo 7° ter de la ley establece que un reglamento establecerá el procedimiento y plazos en virtud del cual se tramitará este tipo de evaluación, debiendo considerar, entre otras cosas, los contenidos mínimos del informe ambiental, la forma de participación del público interesado y la forma de publicidad de la política o plan a la comunidad y público interesado, de manera “*masiva, completa y didáctica*”.

De lo que se desprende que la EAE es un procedimiento que tiene un carácter político (bien común y participación ciudadana), jurídico (expresión de la voluntad administrativa por medio de una relación procedimental), y técnico (reglas científico-técnicas y prácticas) que permite que las políticas y planes públicos puedan tener eficacia⁸. Para que todo lo anterior tenga sentido, un examen previo de alternativas es indispensable, pues parte de las observaciones que el Ministerio del Medio Ambiente debe hacer al informe ambiental dice relación con el examen éstas. Toda decisión estratégica debe someterse a un análisis de opciones indispensable para fundamentar su decisión. En tales términos, una revisión acuciosa para saber si éstas cumplen adecuadamente con los objetivos y consideraciones ambientales previamente definidas en las etapa de diseño de la política, plan o instrumento, es esencial.

3. Evaluación ambiental estratégica y principios de derecho administrativo

3.1 Principio de legalidad

Como se desprende de la regulación contenida en el artículo 7° bis de la ley, la EAE cuenta con un procedimiento cuyas bases descansan en la ley, siendo el principio de legalidad o juridicidad⁹ uno de los pilares de la actividad administrativa consagrado constitucionalmente en los artículos 6°, 7° y 63 N° 18 de la Constitución. Es la ley la que habilita a la Administración (por medio de cualquiera de sus órganos y en *la forma que prescribe la ley*) para realizar la EAE. Pese al mandato entregado al reglamento, y descritas las etapas que la ley establece al regularla, se aprecia que nada impediría, como lo ha planteado recientemente la CGR¹⁰, que la EAE sea puesta en ejecución sin tener todavía un reglamento que la regule en detalle.

⁷ Para un análisis completo acerca de la publicidad de los actos administrativos, ver BOCKSANG (2010), pp. 52-59.

⁸ Ver DROMI (2009), pp. 1109-1110.

⁹ SOTO (1996), p. 20.

¹⁰ Dictamen N° 78.815, de 28 de diciembre de 2010.

3.2 Principio de reserva legal

Con la misma intensidad, puede advertirse que el principio de reserva legal también es recogido (el artículo 19 en variados números, especialmente en el N° 26, y el artículo 64 inciso segundo, ambos de la Constitución, así lo reconocen). Pese a que la extensión de este principio es debatida en nuestro derecho¹¹, no cabe duda que lo esencial de la regulación de la EAE está radicado en una norma de rango legal (legitimidad democrática). Creemos que el legislador ha regulado con razonable determinación los contornos básicos de este instrumento –salvo al especificar qué se entiende por política o plan–, pues derechos como la libertad y la propiedad, fundamentos históricos para la justificación de la reserva legal, pueden verse limitados cuando instrumentos de planificación territorial son diseñados o modificados, cuestión que es concordante, en parte, con la regulación que la ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) dispone.

3.3. Principio de coordinación

Recogiendo el principio de coordinación establecido en el artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), el procedimiento de la EAE obliga, durante la etapa de diseño, a “integrar a otros órganos de la administración del Estado vinculados a la materias objeto de la política o plan, así como otros instrumentos relacionados con ellos, a fin de garantizar la actuación *coordinada* de las entidades públicas involucradas en los proyectos afectados por la política o plan” (artículo 7° bis inciso cuarto, énfasis agregado). De este modo, la ley mandata, en el diseño de políticas y planes públicos, una necesaria coordinación con la finalidad de lograr cierta unidad al formularse políticas públicas. El objetivo de consagrar esta instancia tiene por finalidad alcanzar una adecuada concordancia al pensarse políticas y planes públicos (incluidos los de naturaleza territorial), obligando a un esfuerzo conjunto que aminore la duplicidad de tareas y mejore la eficiencia. La coordinación descrita se manifiesta en una cooperación intersectorial, la que en palabras de Jorge Bermúdez encuentra su trasfondo en el “aumento cuantitativo y cualitativo de las tareas que el Estado asume, así como la complejidad de las mismas y la disminución en personal y capacidades de la Administración Pública”¹².

3.4 Principio de razonabilidad

De la mano de los principios anteriores, el principio de *razonabilidad* en la actuación administrativa también es reconocido al finalizarse el procedimiento

¹¹ Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) muestran diferencias en la forma de entender los límites de la ley/reglamento al regular derechos fundamentales, aunque desde el año 2003 la postura del TC parece tener cierta estabilidad en la forma de comprenderla.

¹² BERMÚDEZ (2010), p. 71

de la EAE. En efecto, el artículo 7° quáter establece que la etapa de aprobación de la política o plan culminará con una resolución del Ministerio sectorial que señalará todo el proceso de elaboración de la política o plan desde su etapa de diseño, incluyendo “la participación de los demás organismos del Estado, la consulta pública realizada y la forma en que ha sido considerada, el contenido del informe ambiental y las respectivas consideraciones ambientales y de desarrollo sustentable que debe incorporar la política o plan para su dictación”. Es decir, el acto terminal debe dar cuenta del proceso de diseño y aprobación llevado a cabo, pues como bien lo plantea Gladys Camacho, “no es admisible que las decisiones de la autoridad pública, en particular la administrativa, se sostengan sólo bajo la cobertura de la autoridad de una disposición legal que la habilite”¹³. Así, la motivación del acto es una cuestión que ha sido legalmente consagrada en la EAE para evitar que su aprobación se desvíe de su fin.

Este principio descansa, primeramente, en la Constitución, la que prohíbe que actos u omisiones arbitrarias o ilegales produzcan privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de algún derecho fundamental (artículo 20, vía acción de protección), pero también en la ley de bases que rige los actos de los órganos de la Administración del Estado, Ley N° 19.880, que también lo reconoce. El artículo 41 de dicha norma es claro al estatuir que las “resoluciones contendrán la decisión, que *será fundada*” (énfasis agregado).

Los principios descritos constituyen las bases esenciales sobre las cuales este principio de gestión ambiental está estructurado. Su legalidad y reserva legal está dada principalmente por medio de la ley y la LGUC; su coordinación en la etapa de diseño adelanta un proceso que antes se llevaba al interior al SEIA en el caso de los IPT; y, la razonabilidad encuentra su expresión al fundar, todo órgano que someta una política, plan o instrumento a la EAE, su decisión en las actuaciones llevadas adelante durante todo el transcurso del procedimiento.

4. EAE y procedimiento administrativo

En línea con lo comentado previamente, no sólo son aplicables a la EAE los principios de derecho administrativo general, sino también aquellos que la Ley N° 19.800 dispone. Por las etapas que señalamos previamente, y sin perjuicio de la forma en que el reglamento finalmente detalle los procedimientos respectivos, no cabe duda que el principio de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, de economía procedimental, de imparcialidad, abstención, de no formalización, de inexcusabilidad y de transparencia son aplicables a la EAE.

¹³ CAMACHO (2010), p. 48

No obstante, en ausencia de un reglamento que regule la manera en que la EAE debe ejecutarse, la propia ley establece mecanismos de supletoriedad que hacen que este instrumento, pese a la inexistencia de un reglamento a la fecha, pueda a empezar a ser usado, cuestión que de hecho ya está ocurriendo a la luz del Dictamen N° 78.815/2010 de la CGR que más adelante comentaremos.

Siguiendo a Alejandro Vergara, el mecanismo que en este caso operaría sería la autointegración¹⁴, pues ante los vacíos de un procedimiento de naturaleza administrativa (EAE), éste sería suplido con normas del propio derecho administrativo, en particular por medio de la Ley N° 19.880. En tales términos, el artículo 1° de dicho cuerpo legal dispone claramente en su inciso primero que en caso que la ley establezca procedimientos administrativos, como lo es el caso de la EAE, "la presente ley se aplicará con carácter de *supletoria*" (énfasis agregado). De esta forma, el procedimiento establecido para la EAE en el artículo 7° bis y 7° quáter puede ser complementado por medio de las disposiciones de la Ley N° 19.880. Ese ha sido, en general, el criterio adoptado por la CGR, la que ha dictaminado que las normas indicadas en la Ley N° 19.880 se aplican a "todos los procedimientos administrativos que desarrollan los órganos de la Administración, salvo que la ley establezca procedimientos especiales, en cuyo evento dicha preceptiva rige con carácter supletorio. Precizando este último aspecto, la jurisprudencia administrativa (dictamen N° 20.119, de 2006) ha señalado que los procedimientos administrativos especiales que la ley establece deben regirse por las normas contenidas en el ordenamiento que les da origen, quedando sujetos supletoriamente a las prescripciones de la Ley N° 19.880 en aquellos aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas, lo que resulta del significado que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia asigna al vocablo *supletoria* (esto es, lo que suple una falta), y al término *suplir* (esto es, cumplir o integrar lo que falta a una cosa, o remediar la carencia de ella)".¹⁵

De esta forma, la pregunta que surge, ya descrito el procedimiento establecido en la ley para la EAE, es determinar qué aspectos de la ley de bases de procedimientos administrativos y otros cuerpos legales pueden suplir lo que los artículos 7 bis y 7° quáter no regulan.

La respuesta a ello puede encontrarse en la Ley N° 19.880; en la LGUC y en su Ordenanza General (OGUC); y, en el Decreto Supremo N° 485 de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece la Política Nacional de Uso del Borde Costero.

¹⁴ VERGARA (2011), p. 93.

¹⁵ Dictamen N° 39.348, de 30 de agosto de 2007.

4.1 Políticas y planes

Al regularse únicamente en la ley (artículo 7° bis y 7° quáter) la forma en que las políticas y planes de carácter normativo general se someten a EAE, la supletoriedad de la Ley N° 19.880 es evidente. Si bien dicha norma no sule todos los vacíos o lagunas, aporta bases sustanciales que permitirían darle funcionalidad a este instrumento de gestión cuando las políticas y planes ingresen a la EAE. En este caso, normas referidas al cómputo de plazos en el procedimiento (artículo 25); la solicitud de informes y el valor de éstos, cuestión relevante en la etapa de diseño (coordinación) y de aprobación (informe ambiental; artículos 37 y 38); y, de información o consulta pública (artículo 39), solucionan, en parte, la ausencia de un reglamento. En igual sentido, podrían aplicarse los artículos referidos al público interesado (artículo 21)¹⁶ toda vez que el artículo 7° ter obliga a regular en un reglamento la participación del público "interesado". Por último, y al margen de los requisitos legales especiales, la resolución de término debiese incluir aquellos aspectos adicionales que todo acto terminal debe incorporar al concluirse un procedimiento (artículo 41).

De esta forma se concluye, pese a sus limitaciones, que hay espacio suficiente para utilizar la Ley N° 19.880 supletoriamente cuando políticas y planes de carácter normativo general sean sometidos a EAE.

4.2 Instrumentos de planificación territorial

La regulación de estos instrumentos (PRDU, PRI, PRC y PS) ya tiene una regulación legal y administrativa intensa por medio de la LGUC (DFL 458/78) y su OGUC (D.S. 47/92). Particular interés reviste este asunto, pues para la funcionalidad del sistema es necesario hacer comulgar tanto la ley y sus normas referidas a EAE, y las restantes de carácter urbanístico que regulan este tipo de planes.

Se deja constancia que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, el artículo 10, letra h) de la ley establecía que los instrumentos de planificación territorial se sometían al SEIA, ya sea por medio de una declaración de impacto ambiental (DIA) o un estudio (EIA), dependiendo de si se generaban algunos de los efectos que el artículo 11 de ley establece. Hoy, por medio de

¹⁶ Eventualmente, también podría ser aplicable la Ley N° 20.500, sobre *Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública*, la que en su artículo 15 define como organizaciones de interés público, para efectos de dicha ley y los demás que establezcan leyes especiales, a "aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el catastro que establece el artículo siguiente. Por el solo ministerio de la ley tienen carácter de interés público las organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales constituidas conforme a la Ley N°19.418 y las comunidades y asociaciones indígenas reguladas en la Ley N°19.253".

la modificación legal comentada, la planificación territorial queda sujeta a un instrumento de gestión ambiental denominado EAE, dejando así únicamente dentro del SEIA la evaluación ambiental de actividades y proyectos, cuestión que tiene lógica a la luz de lo que se evalúa en cada una de las herramientas de evaluación ambiental que la ley prevé.

Por lo anterior, la superposición de normas legales de naturaleza ambiental y urbanística se torna patente, operando también una supletoriedad. Más allá de las consideraciones temporales de ambas normas, que datan de períodos distintos (las urbanísticas de 1978 y 1992, y la ambiental referida a EAE desde el 2010), lo concreto es que en este caso creemos que la Ley N° 20.417 suple aquellos aspectos que las normas urbanísticas (especiales) citadas no abarcan o regulan en materia de EAE. Y si a dicha norma no le es posible hacerlo, correspondería aplicar, subsidiariamente, las normas (generales) contenidas en la Ley N° 19.880 ya revisadas. Lo anterior se explica debido a que todo instrumento de planificación territorial ya cuenta con etapas específicas, más o menos definidas en su aprobación (que también regula la EAE), que descansan algunas en una ley, no pudiendo un reglamento, por su naturaleza jurídica, modificarlas, sino más bien reconocer.

Así las cosas, y analizado cada uno de los procedimientos que regulan cada de uno de estos instrumentos, se aprecia, por ejemplo, que ya existen instancias que obligan a una cierta coordinación previa al momento de ser diseñado un PRDU o un PRI. En el primer caso se establece que deberá ser confeccionado de acuerdo *“a las políticas regionales de desarrollo económico”*, lo que obliga un diálogo institucional con el Gobierno Regional (artículo 32 de la LGUC). En el segundo, la ley obliga a consultar *“a las Municipalidades correspondientes e Instituciones Fiscales que se estime necesario, sin perjuicio de las normas especiales que se establezcan para el área metropolitana”* (artículo 36 de la LGUC).

En lo demás, bajo la lógica del diseño y la aprobación (etapas que la propia ley define), especialmente en cuanto a las observaciones del Ministerio del Medio Ambiente y la consulta pública, operarían, supletoriamente, las normas de la ley N° 19.880 (artículos 37, 38 y 39).

En materia comunal la problemática es diferente. Si bien los PRC y PS no cuentan con instancias de coordinación formalmente reconocidas en su diseño, sí cuentan, en ambos casos, con instancias debidamente reguladas en materia de participación ciudadana. El artículo 43 de la LGUC, complementado con el artículo 2.1.11 de la OGUC, contempla un riguroso proceso de consulta y audiencias que tienen por objeto informar y hacer participar a los vecinos en el diseño o modificación del instrumento.¹⁷ Al respecto, esto hace que

¹⁷ Es importante señalar que la Corte Suprema (Rol N° 258-2011), dictaminó con fecha 3 de julio de 2011, que la consulta que la LGUC y la OGUC regulan, no cumple con el estándar del Convenio N°

el proceso de consulta, exigido por la EAE, ya esté regulado legalmente, no pareciendo razonable –más allá de su méritos– que otra consulta, al margen de la existente, sea incorporada tomando en consideración lo complejo del proceso, la eficiencia del sistema y los recursos dispares con que cuentan, en general, los municipios.

Sin perjuicio que el proceso de consulta ya está regulado legalmente en materia de PRC y PS, la etapa de coordinación, en su diseño, no cuenta con normas suficientes que permitan regularlo. En tal caso, y más allá de la regulación contenida en la ley, por intermedio de los artículos 37 y 38 de la Ley N° 19.880 se puede dar salida a un instrumento de gestión ambiental que, como explicamos más adelante, ya comenzó funcionar pese a no existir un reglamento que regule la EAE con precisión.

La resolución o decreto que aprueba un instrumento de planificación territorial debe cumplir con los requisitos que tanto la LGUC, la OGUC y el artículo 7° quáter de la ley le exigen. En tal sentido, el nivel de exigencia que este último artículo hace a este tipo de actos administrativos terminales, no importando el tipo y en razón de que estamos ante un acto fundado, es muy detallado. Lo anterior se explica debido a que este último artículo requiere que el acto terminal deje constancia –además de lo exigido por las normas urbanísticas– de la *“participación de los demás organismos del Estado, la consulta pública realizada y la forma en que ha sido considerada, el contenido del informe ambiental y las respectivas consideraciones ambientales y de desarrollo sustentable que debe incorporar la política o plan para su dictación, así como los criterios e indicadores de seguimiento destinados a controlar la eficacia del plan o política, y los criterios e indicadores de rediseño que se deberán considerar para la formulación de dicho plan o política en el mediano o largo plazo”*¹⁸.

Finalmente, en materia de publicidad del acto, más allá de la necesaria publicación en el Diario Oficial del acto administrativo (decreto alcaldicio o resolución) que contiene los lineamientos (PRDU), ordenanza (PRI) u ordenanza local (PRC y PS), esta debe ser difundida de manera masiva, completa y didáctica a los afectados y la comunidad en general (artículo 7° quáter)

169 de la OIT, pues *“desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”* (Considerando octavo).

¹⁸ Si bien el artículo 7° quáter se refiere al “Ministerio sectorial” como el órgano competente para dictar la resolución de término, una lectura coherente y funcional de este instrumento de gestión ambiental no debiese llevar a excluir a los IPT del cumplimiento de dichos requisitos.

4.3 Zonificación del borde costero

Una realidad completamente distinta tiene la regulación de la zonificación del borde costero (ZBC). Si bien la Política Nacional de Uso del Borde Costero descansa en el Decreto Supremo N° 475/94 del Ministerio de Defensa Nacional, el que incluso crea órganos públicos, tales como las Comisiones Regionales y la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero, su tramitación no descansa en ningún cuerpo legal o administrativo.

Al margen de ciertas reglas que contiene el instructivo presidencial N° 1/2005, que regula el funcionamiento interno de las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero, lo concreto es que este instrumento carece de un procedimiento reglado que descansa en una ley o en un reglamento. Simplemente, un tipo de "costumbre administrativa" ha ido modelando la forma en que se hace una propuesta de zonificación en Chile.

Considerando lo anterior, tanto las normas contenidas en los artículos 7° bis y 7° quáter de la ley, y los principios y reglas que la Ley N° 19.880 dispone, permiten darle estructura a dicho procedimiento. Estas reglas, a diferencia de lo que ocurre con los instrumentos de planificación territorial, permiten darle un procedimiento (formalidad) a la ZBC, solucionando así un problema permanente en este tipo de procedimientos y que el futuro reglamento debiese mejorar.

En resumen, siguiendo a Cordero, y más allá de lo que se someta a EAE, estaríamos en presencia de una supletoriedad de segundo grado, pues el legislador ya ha regulado parcialmente el procedimiento administrativo referido a EAE¹⁹, correspondiendo a la Ley N° 19.880 suplir, en iguales términos, el procedimiento referido a políticas, planes y la ZBC.

5. EAE y la Contraloría General de la República (CGR)

Lo señalado anteriormente referido a la supletoriedad que operaría en materia de EAE tanto en políticas, planes e instrumentos de planificación territorial tiene una razón práctica. La CGR, con fecha 28 de diciembre de 2010, por medio del Dictamen N° 78.815, a raíz de la modificación del plano regulador de la Municipalidad de Vitacura, dictaminó que *"los planes reguladores comunales y modificaciones sutanciales no están obligados a someterse a evaluación de impacto ambiental, y que con arreglo a lo dispuesto en el inciso final de su artículo primero transitorio, aquellos sometidos a esa evaluación antes de dicha oportunidad, se sujetarán en su tramitación y aprobación a las normas vigentes al momento de su*

¹⁹ CORDERO (2005), p. 22.

ingreso". En la misma línea, la CGR dispuso "que los preceptos de la Ley N° 19.300 examinados, prevén un procedimiento administrativo especial –la evaluación ambiental estratégica–, al que deberán someterse, entre otros, los planes reguladores comunales, sus modificaciones sustanciales y los instrumentos que los reemplacen o sistematicen, que contiene regulaciones precisas en cuanto a los criterios y trámites que se contemplarán en las etapas de diseño y aprobación de los mismos. Sin embargo, la referida ley no señala los plazos ni el detalle del procedimiento de la evaluación ambiental estratégica, ya que se remite a un reglamento para tales efectos, indicando los elementos que dicho cuerpo normativo deberá contemplar, por lo cual, concurren los supuestos necesarios para aplicar con carácter supletorio –en los términos previstos en el artículo 1° de la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado– las normas de esa ley en aquellos aspectos donde exista un vacío legal que, al tenor de dicho artículo 1°, puede suplirse o llenarse por esa vía (aplica dictamen N° 64.580, de 2009)".

Al terminar, el dictamen concluye que los instrumentos de planificación territorial "que no hayan ingresado al sistema de evaluación ambiental antes de la fecha de publicación de la Ley N° 20.417, deben someterse a evaluación ambiental estratégica a partir de dicha data", es decir, desde el 26 de enero de 2010.

Este dictamen, que determinó que la EAE comenzaba *in actum*, sin necesidad de esperar la dictación de un reglamento que precisara su procedimiento, llevó al Ministerio del Medio Ambiente, en conjunto con el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y de Defensa Nacional, a elaborar una Guía (para los IPT) y a dictar un Instructivo (para la ZBC), que oriente la forma en que este instrumento se ejecuta mientras el reglamento entra en vigencia.

Sin embargo, el dictamen anterior fue modificado por la CGR. Con fecha 1° de julio del presente año el organismo contralor modificó el criterio anterior por uno más flexible. Así las cosas, y al margen de la estabilidad normativa que todo dictamen debiese poseer, la CGR de manera más funcional y operativa, dispuso (dictamen N° 41.275, de 1° de julio de 2011), en razón al principio de igualdad reconocido en la ley (artículo 22)²⁰ y a la buena fe, "como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado–", debido al oficio ordinario N° 102109, de 9 de julio de 2010, de la extinta CONAMA, que señalaba que en ausencia de un reglamento la EAE no era aplicable para los IPT, que "verificado el ingreso de los instrumentos de planificación territorial al SEIA con anterioridad al mismo dictamen (el de 28 de diciembre de 2010), no será exigible a sus titulares someterlos a EAE". Lo anterior, a juicio del ente

²⁰ El artículo 22 de la Ley 19.300 establece que "Los proyectos del sector público se someterán al sistema de evaluación de impacto ambiental establecido en el presente párrafo, y se sujetarán a las mismas exigencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado..." (énfasis agregado).

contralor, significaría *“transgredir el amparo que el referido principio de buena fe brinda a las reparticiones que, en cumplimiento del parecer sostenido por la autoridad ambiental a esa época, realizaron dicho trámite en el convencimiento de ajustarse a la preceptiva contenida en la Ley N° 19.300, aludida”*. En armonía con dicho criterio, la situación de cada IPT debe, de acuerdo a la Contraloría, ser resuelta teniendo en cuenta *“la fecha en que se inició el procedimiento que dio origen a las correspondientes resoluciones de calificación ambiental. Por consiguiente, si esa fecha es anterior al 28 de diciembre de 2010, no resulta exigible el sometimiento de tales proyectos a evaluación ambiental estratégica, pero si es posterior, la obtención de la aprobación ambiental, en los términos señalados, no obsta a que los mismos deban ser evaluados conforme al régimen establecido por la preceptiva en vigor”*.

Al terminar, el dictamen concluye que si un IPT obtuvo resolución de calificación ambiental (RCA) favorable en el marco del SEIA y requiere hacer cambios, y estos constituyen modificaciones sustanciales, o los reemplazan o sistematizan, *“deben someterse a evaluación ambiental estratégica”*.

El cambio de criterio experimentado por la CGR permite no sólo darle una respuesta razonable a los IPT que ingresaron de buena fe al SEIA, sino que además hacer realidad el principio de la gradualidad por medio del cual las normas de derecho ambiental deben ser implementadas progresivamente y no de manera abrupta.²¹ Es destacable entonces que la CGR haya definido, a la luz del caso concreto –el dictamen se origina en virtud de una solicitud de la Municipalidad de Peñalolén cuya resolución de calificación ambiental era posterior al 28 de diciembre de 2010– un criterio flexible que compatibilice la igualdad ante la ley, la buena fe y la gradualidad en la implementación de las normas de naturaleza ambiental.

6. ¿Interpretación formal o funcional?

Ante un problema jurídico que requiere una interpretación que lo solucione se pueden adoptar distintas posturas que pueden arrojar diversos resultados. Dentro de dichas opciones se encuentra el adoptar una interpretación formal (entendida como un apego estricto a la letra y estructura de la Constitución o la ley, otorgando estabilidad y continuidad) o una funcional (aquella que privilegia una interpretación, dentro de la Constitución y la ley, amplia y flexible que operativice el sistema y lo haga funcionar de manera sensata a la luz del caso

²¹ Si bien en la ley N° 19.300 no hay ninguna norma expresa que reconozca este principio, al menos en materia de planes de prevención y descontaminación, y en el sinnúmero de normas de emisión o de calidad existentes, se aprecia, por ejemplo, la existencia de plazos para alcanzar reducciones y la estimación de costos económicos y sociales al momento de ser diseñados (artículo 45).

concreto, capaz de adaptarse y evolucionar).²² Sin perjuicio de que ambos tipos de interpretación pueden ser compatibles, en el caso de la EAE una interpretación que acentúe su carácter funcional parece recomendable no sólo ante la ausencia de una reglamento que la regule hoy –tomando en cuenta que la EAE partió el 28 de diciembre de 2010–, sino además por sus propias características y lo difusa de alguna de sus normas. Los actores públicos que participan de este proceso requieren flexibilidad en su actuar al momento de diseñar políticas, planes e instrumentos, que son, en general, rediseñados regularmente fruto de los vaivenes de la política y la discusión pública. Se deben evitar así interpretaciones que restrinjan la innovación y que fomenten la independencia o aislamiento de los órganos de la Administración del Estado. Debe evitarse que un procedimiento rígido desincentive que los órganos de la Administración del Estado sometan sus políticas y planes a la EAE. El procedimiento debe mantenerse siempre simple.

Lo planteado, más allá de lo dispuesto en la ley, debe llevarnos a entender la EAE, tal como la CGR lo ha dictaminado recientemente, no de una manera rígida, pues lo que esta evalúa son políticas y planes públicos.²³ Es decir, al no ser instrumentos de naturaleza estrictamente jurídica lo sometido a EAE, sino una discusión previa que orienta decisiones y caminos de acción de manera temprana, la elasticidad en su interpretación debiese ser la forma de entenderla, salvo en el caso de los IPT, que ya cuentan con un procedimiento extremadamente reglado por dos leyes y una ordenanza general que tiene fuerza normativa.

Así las cosas, el criterio adoptado por la CGR el 1° de julio reconoce, a partir de la buena fe y de la igualdad de los proyectos privados y públicos sometidos al SEIA, una funcionalidad necesaria a la EAE para que esta comience a operar gradualmente, pues le dio cerca de un año a la Administración Pública para conocer, adaptarse y cooperar para el éxito de este nuevo instrumento de gestión ambiental, teniendo, el propio ordenamiento jurídico, instrumentos legales que permiten aplicar la EAE de manera práctica y realista: la Ley N° 19.880, la LGUC y la OGUC.

7. Consideraciones finales

Ante este nuevo instrumento de gestión ambiental incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, nuevos desafíos surgen para la Administración Pública. Al

²² Para una explicación más detallada de esta dicotomía anclada con mucha fuerza en el derecho norteamericano, ver STRAUSS (1984), BROWN (1991) y ESKRIDGE (1998).

²³ De acuerdo al estudio de la COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE – CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO (2010), se define política como la “*formulación de lineamientos y directrices para responder a una necesidad social o generar mejores estados de desarrollo, con principios, objetivos y metas precisas*” y planes como instrumentos “*de carácter técnico político en que de forma coordinada se encuentran lineamientos, prioridades, metas, directivas, criterios, disposiciones, estrategias de acción, financiamiento e instrumentos con el fin de alcanzar las metas y objetivos propuestos*”, p. 170, en RAMÍREZ (2010), p. 49.

contar con un procedimiento que ordena la forma en que las políticas y planes públicos pueden llevarse a cabo, el Estado se pone al servicio de la persona humana al coordinarse en el diseño, incorporando la dimensión ambiental y sometiéndose a un proceso de consulta pública en su aprobación que permite transparentar y legitimar sus decisiones.

Es de esperar que la EAE, apoyada por las reglas y principios que la Ley N° 19.880 contempla, pueda alcanzar madurez y que con el tiempo la Administración del Estado incorpore las capacidades necesarias que le permitan asumir eficientemente este importante instrumento de gestión ambiental. Para que lo anterior cobre sentido, una interpretación que flexibilice su operatividad se hace indispensable.

Bibliografía citada

BERMÚDEZ, Jorge: *Derecho administrativo general*. LexisNexis. 349 (2010).

BOCKSANG, Gabriel: *El procedimiento administrativo chileno. Estudio Analítico y Sistemático de Coherencia* (2006).

BROWN, Rebecca L.: *Separated powers and ordered Liberty*, 139 U. PA. L. REV. 1513 (1991)

CAMACHO, Gladys: *Tratado de derecho administrativo. La actividad sustancial de la administración del estado*, Tomo IV, 457 (2010).

CORDERO, Luis: *La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo*. II Jornadas de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile (2005).

DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina. Hispania Libros. 12ª edición (2009).

ESKRIDGE, William N.: *Relationships between formalism and functionalism in separation of powers*, 22 HAR. J.L. PUB. POL'Y. 21 (1998).

RAMÍREZ, Daniella: *Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública*, *Derecho Ambiental en Tiempos de Reformas. Actas de la V Jornadas de Derecho Ambiental*, Universidad de Chile. 47 (2010).

STRAUSS, Peter: *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573 (1984).

SOTO, Eduardo: *Derecho administrativo. Bases fundamentales. Tomo II*. Editorial Jurídica. 480 (1996).

VERGARA, Alejandro: *Instituciones de derecho administrativo general. Texto exclusivo para alumnos. Sin edición*. 110 (2011).

Normas legales citadas

Constitución Política de la República de Chile, cuyo texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado por el decreto supremo N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley General de Urbanismo y Construcciones, Decreto con Fuerza de Ley N° 458/1978.

Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, Decreto Supremo N° 47/1992.

Decreto Supremo N° 475/1994, del Ministerio de Defensa Nacional.

Jurisprudencia citada

Sentencia de la Corte Suprema de 3 de Julio de 2010, Rol N° 258-2011.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 78.815, de 28 de diciembre de 2010.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 41.275, de 1° de julio de 2011.

Otras fuentes

COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE – CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO, Informe Final, 2010.