COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

CICLOS DE CHARLAS
"LOS MARTES AL COLEGIO"

"TRIBUNALES Y ACCIONES AMBIENTALES"

ALDO MOLINARI VALDÉS

Julio de 2017

Aldo Molinari Valdés
Profesor de Derecho,
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

"Tribunales y Acciones Ambientales"

Charla dictada el Martes 11 de julio de 2017

Julio de 2017

Esta publicación es propiedad
de la Revista del Abogado S.A.
Prohibida su reproducción parcial o total.
Colegio de Abogados de Chile.
Ahumada 341, Of. 207 - Santiago

"Tribunales y Acciones Ambientales[1]"

Buenas tardes. Me han pedido que comparta con ustedes algunas ideas generales en torno a los Tribunales Ambientales ("TA") y, particularmente, en relación a la legitimación y competencia que ha sido establecida por la ley que regula estos tribunales, lo que constituye -básicamente- el grueso de esta conversación.

Como ustedes comprenderán, en una charla como esta de 45 minutos a una hora, el objetivo es simple y consiste en presentarles ciertas cuestiones generales en torno a los TA y dejarles planteadas algunas inquietudes y problemas en torno a las acciones ambientales que se han estado discutiendo en nuestra jurisprudencia.

Como puede observarse en nuestra primera lámina, que he incluido a modo de índice, hay tres cuestiones fundamentales que me parece debieran ser tratadas esta tarde y que dicen relación, en primer lugar con el marco orgánico de los TA; en segundo lugar, con una breve referencia a la naturaleza jurídica de estos tribunales; y, finalmente, con algunas cuestiones relativas a la competencia y legitimación, que son evidentemente las que han generado mayor discusión práctica y que se encuentran en pleno desarrollo.

[1]Agradezco especialmente la ayuda del abogado Tomás Darricades Solari en la preparación de esta charla, así como sus valiosos comentarios y observaciones.

I. Cuestiones generales relativas al marco orgánico de la justicia ambiental de Chile.

(a) Sobre la creación de los TA.

En cuanto al marco orgánico, en primer lugar, como ustedes saben, la nueva institucionalidad ambiental tiene su origen en dos bloques legales.

En primer lugar, la ley 20.417, que se estrenó en Chile en el año 2010, y cuyo objetivo fue dotar a nuestro país de un organismo administrativo que estuviera a cargo de la implementación de las políticas públicas relacionadas con la protección del medio ambiente y que es el Ministerio del Medio Ambiente ("MMA").

En segundo lugar, la creación del Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA"), como el órgano administrativo a cargo del sistema de evaluación ambiental preventivo de proyectos en nuestro país.

Y, finalmente, cerrar este ciclo con la creación de un organismo con competencias técnicas, encargado básicamente de lo que es la fiscalización y sanción de los instrumentos de gestión ambiental, que cumple la Superintendencia del Medio Ambiente.

Pues bien, a lo anterior se suma un tiempo más tarde la dictación de la ley 20.600, que introduce por primera vez en nuestro país a los TA ("LTA").

Desde un punto de vista teórico, al momento de dictarse la ley -en junio de 2012-, lo que hizo fue prever el establecimiento en el país de tres TA divididos, podríamos decir, en macro zonas. Un primer TA con sus sede en Antofagasta y cuya jurisdicción va a corresponder, entonces, desde la región de Arica y Parinacota hasta Coquimbo. Un segundo TA con sede en la ciudad de Santiago, que va a tener jurisdicción para el conocimiento de los conflictos ambientales en las regiones Metropolitana de Santiago, Valparaíso, Rancagua y Maule; y, finalmente entonces, un tercer TA con sede en la ciudad de Valdivia y que va a tener competencia desde el Biobío hasta Punta Arenas y la Antártida chilena.

Ahora bien, fíjense ustedes que esa solución que adoptó la ley, esto de crear tres TA, en definitiva es el resultado de la discusión académica y legislativa respecto de cuál era, en primer lugar, la forma en que se iba a implementar la justicia ambiental en nuestro país. Lo cierto es que existían, teóricamente insisto, diversas posibilidades; por ejemplo, que fueran los tribunales civiles los que conocieran de todos los conflictos ambientales que señala la ley, cuestión que, obviamente, no prosperó no sólo por la carga de trabajo a la que están sujetos los tribunales ordinarios, sino que también por una cuestión de especialización.

Pero también se discutieron otras posibilidades, tales como, por ejemplo, crear una sala especializada en la materia en las Cortes de Apelaciones que se dedicara al conocimiento de las causas ambientales, cuestión que en definitiva tampoco prosperó.

Y la idea que prosperó fue, en definitiva, que debían crearse tribunales especializados que conocieran de estas materias atendido el componente técnico del conflicto.

En la discusión legislativa, y en el proyecto, la discusión estuvo vinculada a la pregunta de cuántos TA debíamos crear en el país para poder implementar e impartir correctamente justicia ambiental. Y el

proyecto, originalmente, contemplaba la creación de un solo TA con sede en Santiago; y esto, probablemente, dada la influencia o ejemplo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Entonces, se estimaba que, a semejanza de lo que ocurría con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podría existir en Santiago un solo TA que conociera de todos los conflictos y controversias ambientales.

Pero lo cierto es que a poco andar, la idea fue objeto de críticas, dado el diferente componente geográfico que tiene el conflicto ambiental, en relación con aquel vinculado a libre competencia. Es decir, prontamente se observó que en el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia lo más probable que las mayores dificultades en torno a mercados y competencia se produjera en la zona central del país, lo que no ocurriría con el conflicto ambiental. Eso motivaba o llamaba en definitiva, a crear más de un TA, como digo, en zonas y puntos equidistantes de nuestro país, en las zonas norte, sur y central, atendida además la necesidad de garantizar el adecuado acceso a la justicia ambiental y ello, a su vez, en relación con los compromisos internacionales adoptados por Chile en esta materia. Así lo que prosperó entonces fue la idea de implementar tres TA a lo largo de nuestro país. De cualquier forma, dicha decisión no estuvo tampoco exenta de críticas.

Y, lo que se sostenía, por ejemplo, era que de Arica a Antofagasta hay alrededor de 718 kilómetros y eso importa una viaje de entre 6 y 8 horas para poder llegar al TA y qué decir, por supuesto, desde Valdivia a Punta Arenas, en donde hay más de 2000 kilómetros y un viaje de alrededor de 25 horas.

Entonces, se continuó criticando el hecho de que la resolución

adoptada tampoco cumplía en estricto rigor con todos los compromisos para el acceso a la justicia ambiental.

En favor de aquello se ha argumentado, en primer lugar, como ustedes saben, la regla del artículo 20 de la LTA, que establece que si el legitimado se encuentra fuera de la región de asiento del TA, entonces la demanda puede presentarse en el juzgado de letras en lo civil, en cuyo territorio jurisdiccional aquel legitimado esté domiciliado, y la disposición le impone al tribunal en que se presenta la demanda, la obligación de hacer llegar al TA la demanda respectiva.

Obviamente que la solución tampoco está exenta de críticas, porque lo anterior se relaciona con la presentación de la demanda, y como ustedes comprenderán, el juicio hay que continuar tramitándolo. No se trata única y exclusivamente de presentar la demanda y olvidarse. Fíjense que, siendo conscientes de este problema, los TA y, específicamente, el tercer TA, ha implementado soluciones novedosas, jurídicamente discutibles, pero novedosas al fin y al cabo reconociendo este problema; y esa solución dice relación con los denominados tribunales itinerantes.

Y existe un caso, que es el de Bocamina, en el cual lo que ocurrió fue que el tercer TA, el de Valdivia, salió de su asiento y se instaló en la Corte de Apelaciones de Concepción con el objeto de escuchar las alegaciones respecto del recurso de reclamación que los pescadores artesanales habían interpuesto en contra del proyecto Bocamina.

Obviamente que, ocurrido aquello, surgieron las impugnaciones respectivas u objeciones en cuanto a la incompetencia territorial del tribunal que se mueve de su asiento, que se instala en otra ciudad; y, finalmente, lo que ocurrió es que la Corte Suprema, en el fondo, se

pronunció sobre esta cuestión y, el resultado de la Corte Suprema es el considerando que les copio ahí en donde la Corte Suprema dice que es necesario tener presente que conforme lo dispone el artículo 5° de la ley 20.600, el tercer TA, no obstante que tiene su sede en la ciudad de Valdivia ejerce competencia territorial en las regiones de La Araucanía, del Biobío, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén y de Magallanes y de la Antártida chilena, por lo que el hecho de haberse constituido en la ciudad de Concepción para recibir los alegatos, en caso alguno puede implicar una vulneración de las normas que se pretenden infringidas, razón por la que el motivo de nulidad recién expuesto no podrá prosperar.

O sea, en definitiva, lo que hace la Corte Suprema, muy preocupada por el acceso a la justicia, es confirmar la posibilidad de que hubiese un tribunal itinerante.

Hay, eso sí, un voto disidente, por si ustedes quieren revisar el fallo, de la ministro Sandoval, quien sostiene se habría infringido el artículo 312 del Código Orgánico de Tribunales, que permite solo a los jueces que forman parte del Poder Judicial, esto es a los jueces de letras y de tribunales superiores, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema moverse de su despacho, pero no así a los de tribunales especiales como ocurre con un TA.

(b) Sobre el nombramiento e integración de los TA.

Pasemos ahora a la cuestión siguiente que dice relación con el nombramiento y la integración de los ministros que forman parte de un TA.

Fíjense que en relación con el nombramiento y la integración, nuestra LTA ha establecido un sistema que ha sido catalogado por algunos como engorroso. Yo voy a decir, simplemente, que es un

sistema complejo y exigente, tanto desde el punto de vista de la forma como del fondo.

Desde el punto de vista de la forma, digo que el sistema es complejo y exigente porque requiere de la intervención de diversos agentes del Estado. En definitiva, lo que ocurre es que, como ustedes saben, los ministros del TA son designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado a partir de una quina que ha sido producida por la Corte Suprema, pero a partir de una nómina de integrantes emitida por el Consejo de Alta Dirección Pública.

Eso significa o implica que la intervención del Consejo de Alta Dirección Pública, que es el que en definitiva llama a concurso público y hace una nómina de entre seis y ocho postulantes al cargo, no ha estado tampoco exenta de críticas porque se ha dicho que lo que hace, en definitiva, es reforzar la influencia del Presidente de la República en la nominación de los ministros, porque es al Presidente a quien le corresponde también la nominación de aquellos integrantes del Consejo de Alta Dirección Pública.

Como fuere, formada que sea la nómina, esta pasa a la Corte Suprema y la Corte Suprema, a partir de esta nómina, formará la quina respectiva.

Este procedimiento fue también objeto de un informe desfavorable durante la tramitación del proyecto por parte de la Corte Suprema, la que se mostraba, obviamente, disconforme con la forma en que esta ley había implementado el nombramiento de los ministros de los TA. Consideraba que ello afectaba, en el fondo, las facultades que el artículo 78 de la Constitución le otorga a la Corte Suprema para, en definitiva, formar las quinas y las ternas de los tribunales

superiores de justicia. La respuesta fue que aquellas facultades del artículo 78 han sido consagradas para los efectos de los tribunales ordinarios de justicia, pero no para los TA como tribunales especiales y que no forman parte del Poder Judicial.

Pues bien, una vez que se forma aquella quina, el Presidente de la República nombra al ministro y requiere acuerdo del Senado, nada menos que con un quórum de 3/5 de sus miembros en ejercicio. Y lo que ocurre, básicamente, si el Senado no está de acuerdo con la propuesta del Presidente, es que el Presidente podrá designar a otro de la quina, pero si hay un segundo rechazo hay que hacer todo de nuevo, hay que volver a fojas cero y el Consejo de Alta Dirección Pública tendrá que volver a construir la nómina.

Como ustedes comprenderán, este sistema implica, desde el punto de vista formal, que después de cuatro o cinco años de vigencia de los TA existan cargos vacantes que no han podido ser llenados, como ocurre con el tercer TA en Valdivia.

Súmese eso a los requisitos de fondo, que también la legislación establece respecto de quiénes pueden ser ministros del TA y cuyos requisitos están también en la LTA y, específicamente, en el artículo 2°. Como ustedes saben, los TA están integrados por tres ministros; dos de ellos deben ser abogados y los requisitos que la ley establece específicamente es que deben tener 10 años de experiencia profesional y, además, haberse destacado en el ejercicio profesional o académico en Derecho Administrativo o en materias medioambientales. El tercer ministro debe ser licenciado en ciencias y requiere de 10 años de ejercicio profesional, especialmente en especialización en materias medioambientales.

Insisto, entonces. La necesidad de cumplir con todos estos requisitos, además del sistema complejo y exigente que ha establecido el legislador explican, entonces, las razones por las cuales ha habido tanta dificultad, no solo en el tercer Tribunal sino, como vamos a ver, en el primer TA el cual recién va a comenzar a funcionar, una vez que haya sido instalado, en el mes de septiembre de este año.

La duración de los ministros es de seis años en sus cargos, se renuevan por parcialidades cada dos años. ¿Cómo, si duran seis años y se renuevan por parcialidades cada dos años? Bueno, hay que ver ahí las normas transitorias de la ley en las cuales se señala, que cuando recién se instala el tribunal los ministros abogados tienen que hacer un sorteo para ver cuál de ellos va a durar dos años, el otro dura seis años y el técnico dura cuatro años, y así entonces se van renovando en parcialidades cada dos años.

Ahora, una cuestión bastante más interesante que esa dice relación con la forma en que está integrado el tribunal. Como les decía, dos ministros letrados y uno de carácter técnico. Aquí también hubo mucha discusión durante la tramitación legislativa y la sigue habiendo, indudablemente, hasta el día de hoy, respecto de si era necesario incluir o no a un ministro no letrado de carácter técnico.

Y allí, como ustedes pueden ver en la lámina, se argumentó tanto a favor como en contra y, obviamente, que las razones que se argumentaron normalmente a favor dicen relación, insisto, con el componente técnico del conflicto medioambiental y de cómo, entonces, se aportan conocimientos útiles para la resolución del conflicto, estándares de revisión mixtos, etc.

Pero también hubo opiniones discordantes al respecto que decían que la inclusión de un especialista en una determinada materia no es garantía de que

la decisión sea técnicamente adecuada (me imagino que tampoco la inclusión de abogados determina per se que las soluciones sean jurídicamente correctas), por lo que la crítica parece un tanto liviana. Con un poco más de fundamento se ha sostenido que el tribunal es un órgano jurisdiccional que resuelve los conflictos a partir del derecho por lo que el conocimiento científico tiene un carácter auxiliar y los conflictos ambientales cuentan con principios jurídicos consolidados que el ministro debe conocer a cabalidad.

Bueno, más allá de estos argumentos, y esto lo digo a título personal, una de las razones que podrían argumentarse en contra de la incorporación de un ministro no letrado sería que la incorporación de un juez técnico es un poco contradictoria con la estructura del TA y con la competencia que la ley le ha otorgado.

¿Por qué digo esto?

Porque, si uno analiza, como lo vamos a hacer en un momento más, la competencia de mayor envergadura que tiene un TA es una competencia de contencioso administrativo, a través de las reclamaciones de ilegalidad, cuyo objetivo es simplemente, y así lo dice la LTA, determinar si determinados actos administrativos cumplen o no cumplen con la ley.

Eso determina, entonces, que el análisis que debe hacer un TA es estrictamente jurídico. Entonces, alguien podría sostener ¿por qué un TA está integrado por jueces técnicos, si en definitiva, el grueso de la competencia dice relación con la determinación de si los actos administrativos cumplen o no cumplen con la ley?

Adicionalmente, porque el propio artículo 30 de la LTA, que ustedes deben haber leído en alguna oportunidad, no solo dice que la sentencia debe limitarse exclusivamente a declarar esto, es decir,

declarar si el acto es conforme o no conforme con la ley sino que adicionalmente, el inciso 2° del artículo 30 contempla un principio de deferencia administrativa, por cuanto dice que si en materia de reclamación se acoge la acción y se declara la ilegalidad del acto, el TA no puede, dice la ley, determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Y eso ha generado algo que no era muy común en nuestro país, pero muy común en el derecho comparado, en el derecho anglosajón, en el derecho norteamericano, que es el denominado remand, en el sentido que hay que devolver los autos para que vuelvan, en este caso, a la autoridad administrativa a pronunciarse sobre un asunto en razón de no haberlo hecho correctamente.

Y déjenme decirles que todavía existe una razón adicional y uno se pregunta cuál es, lo vamos a ver enseguida, que dicen relación con cuáles son los recursos que finalmente proceden en contra de las resoluciones que pronuncia el TA. Y si ustedes lo saben, en materia de reclamación, el recurso que procede es la casación.

Entonces uno se pregunta bueno, la casación qué clase de recurso es, es un recurso de derecho estricto, tanto en la forma como en el fondo, restringido a las causales que la ley establece, pero en definitiva no hay una segunda instancia, entonces eso quizás se puede decir en contra de las razones por las cuales se incorpora un ministro no letrado: la procedencia de la casación indica que lo resuelto quedará en realidad sujeto a un estricto control en el derecho.

En fin, la discusión sigue hoy en día pendiente y, obviamente, uno podría decir que en todo caso -como fuera- siempre es bueno al final del día que en conflictos técnicos medioambientales haya alguien que entienda el problema desde un punto de vista distinto del letrado.

Bueno, y en relación con el primer TA, y esto es lo que mencionaba hace un rato, aquí tenemos sonrientes a sus ministros que fueron presentados en mayo de este año por la Presidente de la República, aprobados por el Senado, acaban de jurar y de emitir el acta de instalación del TA, porque básicamente no es suficiente con que juren los ministros, es necesario que exista toda una estructura para que el tribunal pueda funcionar, se han puesto 60 días para que todo aquello esté listo y se supone que a partir de septiembre debiera, en definitiva, lograrse el funcionamiento de la actividad jurisdiccional del Primer TA.

Fíjense que el hecho de que haya pasado tanto tiempo desde la dictación de la ley hasta la próxima instalación del Primer TA ha generado también fuerte discusión en torno a si era necesario o si no era necesario, en definitiva, que existiera otro TA más, considerando que en el intertanto quien conocía las causas y controversias medioambientales que se generaban en la macro zona norte del país, era el Segundo TA.

Otra cuestión interesante que se ha producido en el último tiempo dice relación con ciertas dificultades que se han generado entre TA, entre los únicos dos que funcionaban, o sea, entre el Segundo TA de Santiago y el de Valdivia.

Y un caso interesante a revisar en este sentido es el caso de Hidroaysén. No sé si ustedes saben, pero en relación al caso de Hidroaysén lo que ocurrió en definitiva, por supuesto en términos muy generales, es que en contra de la resolución de calificación ambiental se interpusieron 34 reclamaciones PAC, relativas a la participación ciudadana, más una reclamación del

titular. Fueron 35 reclamaciones ante el Comité de Ministros del gobierno anterior.

Dicho Comité de Ministros, por alguna razón no expresada, lo que hizo fue parcializar la resolución de las reclamaciones PAC. O sea, lo que hizo fue resolver algunas, rechazar otras y dejar unas pocas pendientes.

Pues bien, cuando cambia el gobierno, el nuevo Comité de Ministros decide declarar inválida aquella resolución, aquellos acuerdos del anterior Comité de Ministros, considerando que se había fragmentado la evaluación ambiental en su etapa recursiva y que, por lo tanto, el órgano, en este caso el Comité de Ministros, había obrado inválidamente y por esa razón declaraba entonces que por una parte eran inválidas las resoluciones que había emitido previamente y dicta, acto seguido, una nueva resolución por medio de la cual se aboca nuevamente al conocimiento de las 35 reclamaciones y termina, finalmente, revocando la resolución de calificación de Hidroaysén.

¿Qué hacen los titulares del proyecto?

Los titulares del proyecto lo que hacen entonces es reclamar. Y reclaman primero en Santiago.

¿Y por qué en Santiago?

Primero en Santiago, no lo dije recién, porque una de las razones que también se critica o que se han dado para criticar un poco el acceso a la justicia ambiental es que no siempre, en definitiva, la competencia del TA está determinada por el lugar en el que ocurren los hechos, cuestión que particularmente no ocurre en el caso del artículo 17 número 8 de la LTA, que se refiere a la reclamación de ilegalidad en contra de la resolución de la invalidación. En este caso

entonces, el tribunal competente es el del domicilio del órgano administrativo que se pronunció respecto de la invalidación.

Como en este caso quien se había pronunciado es el Comité de Ministros, entonces resultaba competente el TA de Santiago.

Pero como el Comité de Ministros lo que hizo, acto seguido, no fue sólo invalidar, sino que volvió a conocer todas las reclamaciones PAC y al final del día lo que hizo fue revocar la RCA, esa acción de reclamación entonces debió ser interpuesta en Valdivia.

Y lo que hizo, en definitiva, Hidroaysén, fue solicitar la acumulación de autos acá en Santiago y el Segundo TA acompañó un informe del profesor Cristián Maturana y el Segundo TA acogió dicha acumulación y le envió un oficio al Tercer TA con el objeto de que le remitiera los autos, cosa que el Tercer TA no hizo porque consideró que no había fundamentos suficientes en el oficio que había sido enviado por el Segundo TA. Lo anterior generó una contienda de competencia que fue, en definitiva, resuelta por la Corte Suprema, la que en definitiva le dio la razón al Segundo TA.

¿Qué es lo que dijo?

Dijo que aquí no se había producido una contienda de competencia porque lo que había existido era en realidad un problema de acumulación de autos respecto de una solicitud iniciada por el titular, respecto de la cual se le había dado traslado al CEA, en representación, por supuesto, del Comité de Ministros, el CEA había estado de acuerdo y, por lo tanto, se había fallado aquella cuestión habiéndose accedido por medio de una sentencia interlocutoria a la acumulación de autos por lo que no era procedente volver a revivir el incidente, dijo en definitiva la Corte

Suprema resolviendo aquel conflicto entre ambos tribunales.

Bien, eso, entonces, respecto a la primera parte del marco orgánico.

II. Naturaleza jurídica de los TA.

La segunda cuestión que me gustaría tratar con ustedes en el día de hoy, dice relación con la naturaleza jurídica de un TA y esto es muy breve. Y es lo que la LTA establece en su artículo 1°, cuando define a los TA. Y lo que dice allí es que son órganos jurisdiccionales, cuestión que hoy en día nadie niega, pero ha existido cierta discusión en derecho comparado y hubo alguna discusión también durante la etapa legislativa de si estos órganos ejercen jurisdicción o no, respecto de lo cual pareciera ser que hoy en día a nadie le cabe duda.

Lo importante es que la ley dice que son órganos jurisdiccionales especiales que se encuentran sujetos a la Superintendencia Directiva, Correccional y Económica de la Corte Suprema, pero que no forman parte del Poder Judicial.

A mí siempre me ha producido un poco de sorpresa esta redacción de la ley. Hoy en día, el hecho de que los TA sean órganos jurisdiccionales especiales implica entonces que no forman parte del Poder Judicial. Y eso se traduce en dos cuestiones fundamentales. Una, que la Corte Suprema no tiene, salvo lo que les dije hace un momento, injerencia directa en la nominación de los ministros del TA. Y, dos, el hecho de que los TA tienen, además, su propio presupuesto.

De esta manera, entonces, lo cierto es que cuando uno habla de Superintendencia Directiva, Correccional y Económica, pareciera ser que la Superintendencia Económica es algo que no resulta efectivo en la práctica y que sí se limita a una Superintendencia Directiva

y Correccional que se ejerce, obviamente, a través del recurso de casación y a través de los informes anuales del ministro visitador y del conocimiento de quejas disciplinarias, recusaciones e implicancias, casos en los que el superior jerárquico es, en definitiva, la Corte de Apelaciones respectiva.

Existe un caso interesante, fue publicado en los diarios hace algún tiempo. La Tercera publicaba, por ejemplo, el 3 de junio del año 2013 un artículo que decía que la primera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago había inhabilitado de forma unánime al ministro presidente del TA, José Antonio Vásquez Márquez, La inhabilidad del ministro Vásquez se estableció a través de una recusación formulada por el Superintendente del Medioambiente de la época, Juan Carlos Monckeberg, quien estimó que el juez se habría pronunciado públicamente a través de los medios de comunicación sobre la sanción impuesta por la SMA objeto de la reclamación cuyo conocimiento se encontraba pendiente ante el Tribunal. Con ese hecho habría incurrido en la causal de recusación del artículo 168 número 10 del COT, esto es haber el juez manifestado por cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ello. El ministro Vásquez, dice esta noticia, en una acción inédita, presentó una reposición ante la Corte de Apelaciones para revertir la inhabilidad.

III. Competencia y legitimación en materia de TA.

Lo primero que yo quisiera hacer a este respecto, es describirles la forma en que funciona el sistema de acciones y de legitimación para el ejercicio de dichas acciones en la LTA, o al menos, la forma en que el sistema parece haber sido ideado. Para estos efectos, lo que uno

debe analizar son los artículos 17 y 18 de la LTA en un juego conjunto, por decirlo de alguna manera.

¿Por qué razón?

Porque el artículo 17 es el que se titula competencia, ¿de acuerdo?, y es aquel artículo que dispone bajo determinados numerales ciertas acciones ambientales.

Y luego, el artículo siguiente, esto es, el artículo 18, con alguna dificultad en la técnica legislativa, habla de "partes" cuando en realidad, y esto también ha sido objeto de bastante discusión, lo que se está haciendo es establecer el derecho a la acción que regula el artículo anterior. Es decir, quiénes cuentan en definitiva con legitimación activa para el ejercicio de tales acciones.

Parece evidente que al tiempo de determinar el sistema de acciones, la discusión debe haber estado motivada por la extensión que el legislador pretendía darle a la posibilidad de reclamar judicialmente en contra de los actos administrativos de contenido ambiental.

Y allí, la respuesta, -en principio- pareciera ser no haberse pretendido una extensión general. En efecto, como hemos dicho, lo que hace la LTA es establecer ciertas, específicas y particulares acciones que pueden interponerse en contra de -también- ciertos y específicos actos administrativos con contenido ambiental. Y en el artículo siguiente, el 18, lo que hace la LTA es definir casos particulares de legitimación activa.

¿Podría haber adoptado una solución distinta?

Claro, podría haber adoptado una solución distinta. Podría haber adoptado una norma de carácter general; y en materia de legitimación, quizás, haber seguido a la Ley de Bases de Procedimientos de la Administración, cuyo artículo 21, como ustedes conocen, establece quienes tienen

la calidad de "interesado", cosa que la LTA adoptó en algunos casos particulares y específicos, pero no en otros.

Eso ha generado un sistema un tanto complejo, que está dando lugar a nutrida jurisprudencia en proceso de "back-forward", por decirlo de algún modo, en cuanto al análisis de la mayor o menor extensión que deber darse al sistema de reclamación. Lo anterior, porque, como veremos, el número 8 del art. 17 contempla una acción general de impugnación respecto de quien hubiera solicitado o se hubiere visto afectado por la invalidación del acto administrativo con contenido ambiental y el entendimiento de esta acción, en relación con las otras tiende a determinar un sistema más o menos flexible en cuanto su extensión.

Ahora bien y volviendo al tema, en términos generales, este sistema de acciones nos dice, en primer lugar, que la competencia de un TA es doble.

Tiene una competencia que podríamos denominar **"cautelar o anticipativa"** y que es la que está establecida, en primer lugar, en el artículo 17 número 4 y que dice relación, con la labor que la ley le ha otorgado a un TA para autorizar medidas urgentes y transitorias del artículo 3° a la Superintendencia del Medioambiente, y del artículo 48, que trata de medidas provisionales cuando la ley específicamente señala de aquellas que requieren de autorización como, por ejemplo, una clausura parcial o temporal.

Y luego tenemos, dentro de la competencia cautelar o anticipativa, las facultades a que se refiere el art. 24 de la LTA, sobre la que no me voy a explayar ahora por cuestiones de tiempo, pero hay ahí también una muy rica doctrina, respecto de cuándo, en definitiva, puede por

ejemplo, un TA adoptar medidas frente a riesgos inminentes de daños. Pero bueno, esa es otra película, que queda para otra charla.

Siguiendo con lo que les decía, la segunda competencia dice relación con aquella que yo denomino como **"propiamente jurisdiccional"** y que dice relación con dos tipos de acciones.

Primero, las **"acciones de reparación por daño ambiental"**, que son las que están en el artículo 17 número 2 y a las que, también por razones de tiempo, no me voy a referir hoy mayormente, pero sí me voy a quedar en términos generales con las más complejas que son las acciones de impugnación, que como les decía hace un rato se les denomina **"acciones de reclamación de ilegalidad"** y que, en definitiva, constituyen el verdadero contencioso administrativo ambiental, donde lo que el TA debe hacer es una revisión o un control de legalidad de los actos administrativos con contenido ambiental.

Entonces, fíjense que este cuadro demuestra los que les decía hace un momento, esto es, que para poder analizar el sistema de acciones hay que ir al 17 y para la legitimación hay que ir al 18. Entonces, podríamos decir que, en primer lugar, partiendo por lo que establecen los artículos 17 número 1 y 17 número 7, lo primero que tiene un TA es competencia en reclamaciones relacionadas con normas de calidad ambiental y de emisión, zonas latentes o saturadas, planes de prevención y descontaminación.

Y para estos efectos establece dos reclamaciones distintas: la del número 1 y la del número 7. Y no son iguales. No son idénticas porque la primera de ellas, que podríamos denominar **"acción de impugnación de normas ambientales"** se refiere a reclamaciones que se interponen contra normas ambientales. Esto es, decretos que establecen normas primarias o secundarias de calidad ambiental y de emisión, o que declaran zonas

latentes y saturadas o que establecen planes de prevención o de descontaminación.

En cambio, la del número 7, que podríamos denominar **"acción de impugnación de actos administrativos que ejecutan normas ambientales"** se refiere en particular a la ejecución de aquellas normas. Esto es, cuando el organismo sectorial ambiental aplica mal la norma ambiental.

Y hay aquí un curioso cambio en la legitimación porque si bien el 18 número 1 dice que en este caso la puede interponer cualquier persona que considere que dichos instrumentos no se ajusten a la ley de base, requiere demostrar la concurrencia de un perjuicio; cosa que no ocurre en el otro caso.

La ley no dijo nada acerca del perjuicio. Dice "cualquier persona" que considere que esos actos administrativos infrinjan la ley, las normas y los objetivos de los instrumentos señalados, ¿no es cierto?

En principio pareciera una reacción típica de las acciones populares: "cualquier persona que considere que esos actos infrinjan la ley".

Como son parecidas, por eso normalmente se agrupan en forma conjunta.

Después tenemos, el artículo 17 número 3, que normalmente los autores suelen decir que se refiere a las acciones de reclamación de impugnación de sanciones de la Superintendencia del Medioambiente, lo cual es solo parcialmente correcto, porque las acciones son un poco más amplias. No solo permite la reclamación de la aplicación de sanciones, sino en general de actos administrativos de la Superintendencia del Medioambiente que no se ajusten a la ley y que por eso llamamos **"acción de impugnación de actos de la SMA"**.

Y fíjense que la legitimación, está en el artículo siguiente, 18

número 3, y esto ha producido también mucha discusión en la práctica, de quienes son legitimados activos para reclamar en contra de una resolución que ha sido dictada, por ejemplo, en un procedimiento sancionatorio por la SMA.

Y ahí, lo que la ley nos dice es "las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas directamente afectadas por la resolución". Y ahí, entonces se ha producido toda una discusión acerca de qué se entiende por **"directamente afectado"**.

Y aquí la opinión más amplia que se ha pronunciado por la jurisprudencia es en el caso del proyecto Pascua Lama en el cual, en definitiva, la expresión "directamente afectado" se entendió en relación con el artículo 21 de la Ley de Bases de Procedimientos de la Administración, en el sentido que "directamente afectado" es el **interesado** en aquellos términos y, como ustedes saben, el artículo 21 de la Ley de Bases es bastante amplio en cuanto a quienes tienen calidad de interesados, o sea, no solo aquellos que han participado en el procedimiento administrativo, sino aquellos que tengan derechos o incluso intereses que pudieran llegar a ser comprometidos. Por lo tanto, ahí hay una opinión bastante amplia que, en todo caso, no está exenta de críticas. En los otros casos, la jurisprudencia ha dicho que solo tienen la calidad de "directamente afectados" aquellos que son **parte**, conforme al artículo 18, esto es, aquellos que tienen la calidad de reclamantes y reclamados.

En una interpretación distinta del artículo 18, y eso se produce por lo que dije antes una discusión en cuanto a qué es lo que regula el artículo 18, si la legitimación o quiénes son parte, ¿de acuerdo?

Luego tenemos, yo diría, quizás las acciones más importantes que son las que están contempladas en los artículos 17 número 5 y

17 número 6, que son reclamaciones relacionadas con la evaluación ambiental.

Y, en este caso, tenemos en primer lugar la del 17 número 5 que se conoce con el nombre de **"acción de impugnación de la RCA negativa"**, para aquellos casos en los cuales se rechaza una resolución de calificación ambiental o se establecen condiciones o exigencias que no son, en definitiva, compartidas por el titular, como es evidente, cuando son determinadas por el Comité de Ministros o por el Director Ejecutivo del SEA, en su caso.

El artículo 17 número 5 también contempla otra acción, que es la reclamación en contra de la resolución que revisó la RCA ya dictada, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas han variado sustancialmente, esto se refiere al 25 quinquies, es decir, una acción de reclamación en contra de una resolución que falla un procedimiento de revisión de la calificación ambiental del 25 quinquies por un cambio sustantivo en las variables ambientales, que denominamos **"acción de impugnación de la resolución del 25Q"**.

Tenemos luego, la del 17 número 6 que se refiere al caso en el cual se reclama contra la determinación del Comité de Ministros, del Director Ejecutivo del SEA, que resuelva el recurso administrativo cuando las observaciones ciudadanas no han sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental y que se conoce como **"Acción de impugnación de la resolución que resuelve reclamaciones PAC por falta de consideración de observaciones"**.

Y todas estas últimas, las del número 5 y la del número 6 son conducidas al mismo caso de legitimación en el 18 número 5 y que se refiere a las personas naturales jurídicas **"que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley"**. Voy a dejar eso pendiente porque es con lo que quiero terminar, quiénes son las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley, porque ha dado también lugar a interesante doctrina jurisprudencial que, incluso, ha puesto en duda lo que dije al comienzo. Esto es, que la LTA estableció un sistema particular y especial de acciones de legitimación.

Finalmente tenemos el artículo 17 número 8 que se refiere a la competencia en reclamaciones relacionadas con la invalidación de actos administrativos de carácter ambientales y que ha sido denominada como **"acción general de impugnación ambiental"**. Esta acción se las mencionaba también hace un rato y se refiere, entonces, a reclamaciones en contra de la resolución que resuelve un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental (que indiqué hace un momento como norma de cierre); y la ley define, entonces, qué es lo que se entiende por acto administrativo de carácter ambiental.

La legitimación en este último caso está establecida en el art. 18 número 7: quien hubiere solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelve el procedimiento administrativo de invalidación, cuestión que también, como voy a ver dentro de un rato, ha sido objeto de bastante discusión en la práctica y que ha dado lugar a la tesis denominada invalidación impropia.

Bueno, finalmente la competencia del TA se cierra con el contencioso propiamente tal que les decía hace un momento y que es el conocimiento por parte de los TA de la acción de reparación del daño ambiental. Ojo, no la indemnización de perjuicios sino sólo la reparación. La otra, como ustedes saben, es de competencia de

los tribunales ordinarios y el 18 número 2 establece específicamente quiénes son, en definitiva, los legitimados para estos efectos.

Cuestiones relevantes con las que quiero terminar.

Pienso que cuando uno analiza las acciones y la legitimación de los artículos 17 y el 18, como acabo yo de mencionarles, puedo observar cómo se producen, en primer lugar, ciertos problemas dobles de legitimación.

El primero de ellos dice relación con el agotamiento de la vía administrativa. ¿Y por qué el agotamiento de la vía administrativa?

Ello porque como les decía hace un rato, lo que la ley dispone en el caso de la reclamación de la RCA negativa o en el caso del 25 qinque, reclamaciones que están en los artículos 17 número 5 y también en el caso del número 6 de las reclamaciones PAC, el 18 número 5 lo que establece es que quienes tienen legitimación son aquellos que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley.

Por lo tanto, ello ha generado la duda de si es necesario que quien deduce esta acción de impugnación ante el TA haya sido el mismo que dedujo inicialmente la reclamación administrativa. Esa es una primera cuestión.

Y la segunda cuestión es, en el caso del artículo 20 de la Ley de Bases Generales del Medioambiente, quiénes son aquellos que presentaron sus recursos de conformidad a la ley.

Entonces, es aquí, yo diría, donde vienen los problemas más difíciles en la práctica y el primero dice relación, por ejemplo, con el agotamiento de la vía administrativa. Y allí hay una sentencia de la Corte Suprema en el caso de Minera Casales, donde lo que ocurrió es que se dedujeron ciertas reclamaciones PAC conforme al artículo 29

de la Ley de Bases Generales del Medioambiente por participantes del proceso de participación ciudadana. Y habiéndose acogido algunas de estas reclamaciones e imponiéndose, entonces, algunas condiciones al titular, es el titular el que acude al 17 número 6, que les mencionaba hace algún rato, y lo que ocurre es que en el TA el CEA, en representación del Comité de Ministros alega falta de legitimación conforme al artículo 18 número 5 porque, en definitiva, no fue la minera quien interpuso la reclamación de conformidad a la ley, en circunstancias que el artículo 18 número 5 dice que son legitimados aquellos que hayan impuesto su reclamación de conformidad a la ley; fallando, en definitiva el asunto, si bien en principio en un estricto rigor exegético uno podría decir que lo anterior es cierto, la Corte, en definitiva, llega a una solución que, en mi opinión, es bastante más lógica y dice que lo relevante para efectos de cumplir con el agotamiento de la vía administrativa es que los recursos administrativos que procedan hayan sido interpuestos, quien sea que los haya interpuesto.

Por lo tanto, al final del día da lo mismo quién interpuso la reclamación ante el Comité de Ministros o ante el Director Ejecutivo, en su caso. Lo importante es que la vía administrativa haya sido agotada; por lo tanto, la solución a la primera pregunta es que no necesariamente quien reclama ante un TA debe ser el mismo que agotó la vía administrativa.

Y la segunda pregunta que les mencionaba un rato atrás dice quiénes son legitimados para recurrir para recurrir en contra de una RCA, y eso nos lleva un poco al análisis del artículo 20 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

Una vez más, si uno analiza, por ejemplo, el caso de la acción

de impugnación de la RCA negativa o de los otros casos que yo les mencionaba, el 17 número 6, respecto de las reclamaciones PAC, el problema que se produce dice relación con el hecho de determinar al final del día quiénes son los que tienen derecho para deducir las reclamaciones de conformidad a la ley.

Entonces, si uno analiza el artículo 17 números 5 y 6, por ejemplo, y se pregunta quiénes son los que pueden interponer reclamaciones de conformidad a la ley, por ejemplo, en el caso del artículo 20 de la ley de bases generales del medio ambiente, puede observar que el legislador en ese caso ha dicho, entre otras cosas, que quien puede reclamar es el titular del proyecto.

Y eso, entonces, ha dado lugar a una seria discusión también jurisprudencial acerca de si los terceros, en definitiva, hayan o no reclamado, cosa que no podrían, por ejemplo, en el caso del 17 número 5, pueden o no pueden en definitiva interponer las respectivas acciones de reclamación ante el TA.

Y allí entonces, tenemos, el caso práctico, que es el del proyecto piscicultura Calcurrupe (R 16-2015/2 TA), en el cual el titular dedujo la reclamación administrativa, esta era una DIA ante el Director Ejecutivo, y respecto de ella terceros reclamaron bajo el 17 número 5.

Entonces, la discusión que, en definitiva, se generó en el caso de la piscicultura Calcurrupe era si los terceros tenían legitimación para ejercer la acción del artículo 17 número 5; porque el 17 número 5 decía, insisto, que solo la pueden interponer aquellos que puedan reclamar de conformidad a la ley. Y conforme al artículo 20 de la Ley de Bases, en este caso quien debía reclamar era el titular del proyecto.

Entonces, lo que dice el fallo de piscicultura Calcurrupe, es le

da la razón acá al titular y dice que esta acción, la del 17 número 5, exige el agotamiento previo de la vía administrativa que, en el caso del artículo 20 de la Ley de Bases, es el que invocan lo reclamantes e implica la interposición del recurso administrativo al que se refiere este último precepto, el que expresamente se encuentra reservado para el responsable del respectivo proyecto.

O sea, fíjense ustedes cómo en este caso lo que la corte está haciendo, en definitiva, es excluir la posibilidad de que terceros, que no sea el titular del proyecto, ejerzan la acción de reclamación del artículo 17 número 5 para reclamar en contra de las resoluciones que haya dictado el director ejecutivo o el Comité de Ministros, dependiendo de si se trata de una DIA o de un estudio de impacto ambiental. Este fue un fallo del año 2015.

Ahora, la doctrina del caso anterior de la piscicultura Calcurrupe ha tenido algunos reveses en la jurisprudencia, y eso ocurre con otro caso que les tengo ahí y que es el caso de prospección Paguanta (R 54-2014/2 TA), en una sentencia que fue dictada, curiosamente, el mismo año.

El año 2015, unos meses más tarde, en sentencia de casación de la Corte Suprema, se amplía la aplicación del 18 número 5 en el sentido de permitir que deduzcan reclamación ante los TA no solo quienes hayan presentado sus reclamaciones administrativas de conformidad a la ley, no solo conforme al artículo 20 del titular del proyecto, sino también aquellos que sin haber reclamado administrativamente resulten agraviados, dice, por la resolución del Director Ejecutivo o del Comité de Ministros que falla dicho recurso.

Lo anterior, porque la Corte razona que si quien reclama, en

definitiva, es el titular ante el Comité de Ministros o ante el Director Ejecutivo y el agravio para los terceros se produce en esa resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo entonces eso abortaría las posibilidades de que el tercero que hasta ese momento se había conformado, en definitiva, con resoluciones que le eran favorables, pudiere reclamar. Ese criterio aparece confirmado en el caso de Minera Casale en el cual el SEA argumentó que la Minera carecía de legitimación activa porque quienes recurrieron ante el Comité de Ministros fueron los participantes PAC y no la Compañía. Me parece, en todo caso, que el criterio correcto para Casales fue incorrecto para Paguanta, no solo en razón de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Bases, sino en razón de la existencia del 17 N° 8 al cual los terceros debieran acudir, si no han reclamado antes.

¿Se fijan?

Y finalmente, y con esto termino el tema de la competencia y de la legitimación ante los TA, la extensión del sistema se encuentra actualmente sujeta a un debate bastante controversial gracias a la doctrina de invalidación impropia que fue creada por el ministro Pierry antes de su salida de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

Y el caso que les mencionaba hace un rato atrás, piscicultura Calcurrupe, es un caso conocido y les recomiendo que lo lean no sólo por lo que les dije recién, sino también por su aplicación en esta materia. Como dije Calcurrupe, en su voto de mayoría, señala que en el caso del 18 número 5 en relación con el 17 número 5 sólo el titular del proyecto puede reclamar y no los terceros. Ahora bien, en el voto de minoría, el ministro Pierry razona sobre la base de lo que decíamos hace un rato atrás, es decir que en el caso de los terceros que no participaron en la evaluación ambiental, entonces estos pueden solicitar la invalidación del acto administrativo. Y la resolución que resuelve la invalidación, incluso si la autoridad administrativa la deniega, es recurrible ante los TA. Así entonces los terceros que no han participado de ninguna manera en el procedimiento, pueden llegar al TA por medio del artículo 17 número 8. Así entonces, a través de esta doctrina, lo que hace el ministro Pierry es distinguir la invalidación como facultad administrativa propiamente tal de la invalidación recurso; y sostener, en definitiva, que es posible que terceros ajenos al procedimiento, terceros que se denominan absolutos, lo que hagan es ejercer una acción de invalidación en contra del acto administrativo, cuya legitimación se rige por el artículo 21 de la LBPA que es bastante más amplia, y que si se rechaza esa acción de invalidación ellos tengan la posibilidad de llegar en definitiva ante el TA a través de esta acción. El problema de esta composición teórica ha sido el plazo para recurrir de invalidación. El ex ministro Pierry sostenía que para estos efectos debía distinguirse entre los terceros que participaron en el procedimiento y los que no. Respecto de los primeros la invalidación recurso no sería sino una reposición que debía interponerse dentro de 5° día. En el caso de los segundos, el plazo sería de 30 días para el ejercicio de la invalidación recurso, porque aun cuando la ley no lo dice sería el plazo general de la LTA para el ejercicio de acciones ambientales de impugnación. Mucha crítica ha producido que la doctrina establezca un plazo que la ley no ha fijado.

Aún más, todo esto todavía no ha sido asentado por nuestra jurisprudencia. En efecto, hace muy pocos días se dictó sentencia en el caso denominado Calcurrupe II por parte de nuestra Corte

Suprema y en él se deja sin efecto la doctrina del ministro Pierry en cuanto al plazo de 30 días, para señalar ahora que la invalidación puede solicitarse dentro de dos años contados desde la notificación del acto administrativo y que si el plazo no es suficiente para que la petición sea resuelta por la autoridad, entonces ésta debiera ampliar el plazo de resolución.

Concluyo mi exposición señalando que esto también me parece muy discutible porque deja en mejor posición a los que no han sido parte del procedimiento de evaluación y por lo mismo, desincentivando la participación al final del día. Así el que no participa tiene más posibilidades de reclamar que aquel que lo hace. En fin, hay muchas de estas cuestiones que no están resueltas y que van a dar y están dando lugar a mucha discusión y espero que esta charla les haya servido, al menos, como una pincelada general del sistema.

Muchas gracias.