EL MERCURIO Legal

Versión para imprimir El Mercurio.com

Revisión de la RCA en la reforma al Reglamento del SEIA: una necesidad y oportunidad estratégica

"...La autoridad goza de una herramienta que, desde la discrecionalidad, permite favorecer el ejercicio de actividades y proyectos que representan sectores productivos más emergentes y estratégicos, dada la posibilidad de contar con más información para superar las brechas de incertidumbre; aquilatar de mejor forma los riesgos, costos y beneficios sociales, facilitando la futura toma de decisiones..."

Viernes, 1 de marzo de 2024 a las 10:08

A- A+ Imprimir Enviar

Iván Hunter

El 1 de febrero de 2024, se publicaron en el Diario Oficial las modificaciones al Reglamento del SEIA, contenidas en el DS N° 30, de 22 de agosto de 2023 del MMA. La reforma introduce diferentes modificaciones vinculados al cambio climático, la participación ciudadana y la revisión de la RCA[1]. En las líneas que siguen me gustaría plantear algunas ideas acerca de la posibilidad de revisión de la RCA que proviene de una DIA. Para ello quiero plantear dos reflexiones: la primera vinculada a la justificación del nuevo art. 74 RSEIA y otra relativa al posible uso estratégico de esta nueva herramienta.

La posibilidad de revisar la RCA de un proyecto que ha sido evaluado a través de una DIA viene a romper la inercia interpretativa del art. 25 quinquies de la Ley Nº 19.300, hasta el momento anclada en su tenor literal que parece delimitar su contenido solo a los EIA.

La discusión ya se había producido al interior de la Contraloría, que en dos oportunidades reiteró que "los planes de seguimiento constituyen uno de los contenidos mínimos de los Estudios de Impacto Ambiental, mas no de las Declaraciones de Impacto Ambiental. Siendo ello así y considerando además el carácter excepcional con el que el legislador ha consagrado la posibilidad de revisar las Resoluciones de Calificación Ambiental, debe concluirse que la aplicación del reseñado artículo 25 quinquies solo procede tratándose de los estudios de impacto

ambiental, y no en el caso de las declaraciones"[2]. Parte de la doctrina nacional coincidía con esta opinión[3], a pesar de que la Corte Suprema se había mostrado abierta a la posibilidad de revisión de la RCA proveniente de una DIA[4]. Pero más allá de estas razones, propiamente interpretativas, no cabe duda que extender la posibilidad de revisión de la RCA en la DIA es una decisión de política pública necesaria y estratégicamente interesante.

Veamos lo primero. Era necesaria en cuanto a que la RCA es un instrumento regulatorio que sirve de marco normativo durante toda la vida útil de un proyecto, y en todas sus fases, por lo que pretender que rija sin modificaciones no es muy realista[5]. El derecho ambiental requiere de herramientas jurídicas que den flexibilidad a los instrumentos de gestión ambiental, permitiendo su adaptación a las nuevas circunstancias, especialmente en ámbitos en los que se realizan predicciones cuyo acierto depende de la conjunción de muchos factores. En el SEIA se evalúan impactos y riesgos condicionado por la información gestionada en el procedimiento, el estado y la evolución de la ciencia y la tecnología disponible[6]. Estos insumos tienen márgenes de incertidumbre que son difícilmente conciliables con la certeza y seguridad que se predica del sistema jurídico[7]. Por ello, para hacer frente a ese espacio de incertidumbre, el diseño regulatorio debe prever mecanismos que permitan la adaptación de los instrumentos, especialmente cuando las variables del medio ambiente no han tenido el desempeño esperado o ha existido un error en la predicción. En ese contexto, la revisión de la RCA responde totalmente a esas necesidades. Es de esperar que esta lógica de control, revisión y adaptación pueda incorporarse en la núcleo regulatorio de los demás instrumentos del derecho ambiental chileno que obedecen a la dinámica predictiva y en los que se configura una relación constante entre la autoridad administrativa y regulado, como los PdC.

La segunda derivada de esta política pública es que puede ser utilizada estratégicamente como una herramienta de gestión del riesgo. Esto puede ser particularmente útil para sectores emergentes donde no se conoce del todo el alcance de las consecuencias ambientales de las actividades, ya sea por falta o insuficiencia de información, o simplemente por la disponibilidad limitada de conocimiento científico.

Partamos por lo básico. El SEIA debe asumir una postura prospectiva, esto es, define la probabilidad de que, a partir de ciertos hechos (partes, obras y acciones del proyecto), se produzcan consecuencias ambientales (riesgos o impactos); para ello, debe ponderar y valorar la información que le suministre el titular del proyecto, más la producida en la instancia administrativa de evaluación ambiental. En este ejercicio, para estimar probado o descartado un riesgo o impacto, es necesario contar con información suficiente. A su vez, para definir cuándo esa información es suficiente, se debe considerar siempre un estándar de prueba. La definición de qué estándar de prueba utilizar en un caso concreto es una decisión política que resuelve el problema de cómo administrar los posibles errores en la toma de decisión sobre la existencia de un hecho. Dicho en otros términos, el estándar de prueba responde a la pregunta de dónde es preferible equivocarse, y qué bienes —de los que confluyen en la decisión— estamos dispuestos a sacrificar si cometemos un error. De esta manera, mientras más exigente sea el estándar de prueba, más directa y fiable será la información que se requiera para dar por probado un dato fáctico, minimizando con esto la posibilidad de que la decisión sea errada.

Si los estándares de prueba difinen el grado de error y los bienes jurídicos que se están dispuesto a sacrificar ante la posibilidad de equivocarnos en detectar y medir un riesgo o impacto, entonces parece útil recononcer que tienen que ser diferentes de acuerdo a los bienes jurídicos que se encuentran en juego, el tipo o clase de riesgo o impacto, su intensidad, gravedad, probabilidad, y, sobre todo, el costo-beneficio de

la actividad que se pretende desarrollar (lo que requiere ponderar aquello que es socialmente más rentable). Vale decir, y como bien se afirma por la doctrina, "la Administración debe anticipar cuáles son los perjuicios y los beneficios que resultarían de autorizar (o no prohibir) un producto o actividad"[8]. De alguna forma, los estándares de prueba deben ser *sensibles* a los bienes jurídicos, cuestión que exige ponderar los bienes ambientales y la importancia estratégica y los intereses generales que se persiguen con la actividad sometida a evaluación. Por ende, la autoridad puede usar los estándares de prueba que estime le permiten alcanzar de mejor forma sus objetivos políticos.

Es aquí donde la revisión de la RCA es una herramienta útil para la gestión de los grados de incertidumbre que supone la adopción de un estándar de prueba menos exigente en la evaluación de actividades en sectores emergentes. Así, cuando la información disponible solo otorga un grado de probabilidad medio acerca del descarte de un efecto adverso al medio ambiente (por no haber información o conocimiento científico disponible), ese margen de error que proporciona la utilización de un estándar probatorio no tan exigente puede ser equilibrado intensificando la regulación de la actividad (monitoreos, obligaciones de información, reportes, etc.), de manera de verificar tempranamente los eventuales errores de predicción del impacto a través de la revisión de la RCA. Esto es, los riesgos del error de aceptar como verdadero (tener por efectivo que no se produce un impacto) una hipótesis que puede ser falsa (que se produce un impacto) siempre serán reversibles en el contexto de una DIA al posibilitarse su revisión.

Bajo esta perspectiva, la autoridad goza de una herramienta que, desde la discrecionalidad, permite favorecer el ejercicio de actividades y proyectos que representan sectores productivos más emergentes y estratégicos, dada la posibilidad de contar con más información para superar las brechas de incertidumbre; aquilatar de mejor forma los riesgos, costos y beneficios sociales, facilitando la futura toma de decisiones sobre el ejercicio de la actividad[9]. La revisión de la RCA, en consecuencia, es una contrapartida indispensable para mejorar la gestión de los riesgos y la evaluación ambiental.

** Iván Hunter Ampuero es profesor titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile y ex ministro titular abogado y presidente del Tercer Tribunal Ambiental.*

[1] Esta posibilidad ya venía siendo insinuada en mis libros *Tutela judicial y administrativa del medio ambiente*, Tomo I, (2023), Der Ediciones, pp. 283 y ss., y *Manual de Derecho Ambiental chileno*, Tomo I, (2023), Der Ediciones, pp. 489-492.

[2] Véase, Dictamen N° 34811, de 26 de septiembre de 2017. Este dictamen fue sometido a una reconsideración, manteniendo el órgano contralor su postura original. Véase, Dictamen N° 3727, de 5 de febrero de 2019.

[3] GUZMÁN, Rodrigo (2012): *Derecho ambiental chileno*, Santiago: Planeta Sostenible, p. 140.

[4] SCS Rol N° 71628-2021, de 19 de abril de 2022.

[5] WIELAND, Patrick (2017): *Introducción al derecho ambiental*, Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 96.

[6] BETANCOR, Andrés (2014): *Derecho Ambiental*, Madrid: La Ley, p. 121.

[7] ESTEVE, José (2013): *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 44 y ss.

[8] MEDINA, Luis (2016): "Los hechos en el Derecho Administrativo. Una aproximación", en *Revista Española de Derecho Administrativo* N°177. p. 146.

[9] *Ibíd.*, p. 155.