

La obligación internacional de evaluación de los impactos ambientales transfronterizos y su aplicación en Chile

*Dominique Hervé Espejo**
*Dusanka Inostroza Skaric***

RESUMEN

En el derecho internacional, la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental transfronteriza (EIAT) es considerada una obligación general consuetudinaria, que constituye una consecuencia jurídica y material de la regla de no causar daños a otros Estados, la que, a su vez, es una expresión del principio de debida diligencia. Esta obligación resulta vinculante para todos los Estados, incluido Chile. Sin embargo, en nuestro país no existe una regulación sustantiva acerca de este tema y el único avance es la dictación de un Instructivo por parte de la autoridad ambiental. Por lo anterior, este artículo tiene por objetivo analizar la forma en que se ha tratado la EIAT en nuestro país de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina internacional sosteniendo que ha sido insuficiente, tanto para dar cumplimiento a la obligación internacional existente, como para permitir una regulación interna adecuada de la EIAT.

Evaluación de impacto ambiental transfronterizo; regla de no causar daño;
deber de debida diligencia

Transboundary Environmental Impact Assessment in Chile

ABSTRACT

In international law, the obligation to carry out a transboundary environmental impact assessment (TEIA) is considered a general customary obligation, which constitutes a legal and material consequence of the no harm rule to other States, which is an expression of the principle of due diligence. This obligation is binding on all States, including Chile. However, in our country there is no substantive regulation on this issue and the only progress is an instruction by the environmental authority. Therefore, this article aims to analyze the way in which the

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho ambiental (LLM), University College London, Inglaterra. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3239-6236>. Correo electrónico: dominique.herve@udp.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3447-8921>. Correo electrónico: du.inostroza@gmail.com

Trabajo recibido el 28.10.2020 y aceptado para publicación el 27.9.2021.

TEIA has been treated in our country in accordance with decisions of international tribunals and legal doctrine, concluding that it does not fulfill the international obligation, nor does it allow an adequate domestic regulation of TEIA.

Transboundary Environmental Impact Assessment; No harm rule;
standard of due diligence

INTRODUCCIÓN

La evaluación de impacto ambiental es un instrumento que ha sido reconocido en el derecho ambiental nacional desde sus comienzos. En efecto, se trata de uno de los principales instrumentos de gestión ambiental incorporado por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)¹. Así, desde la dictación del primer reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en 1997, buena parte de la política pública y derecho ambiental nacional se ha desarrollado en el contexto de este instrumento, al punto que se ha llegado a sostener que la gestión ambiental nacional ha “seiaizado” el derecho ambiental de manera excesiva².

Sin embargo, su alcance y aplicación se ha limitado al ámbito doméstico, es decir, exclusivamente a los impactos ambientales que se pueden producir dentro del territorio del país. Llama la atención la escasa discusión nacional acerca de una realidad que cada día se hace más evidente, en gran medida gracias al reclamo de las comunidades que se ubican en zonas fronterizas y pueden advertir los efectos ambientales adversos de actividades ubicadas en suelo extranjero³.

La legislación ambiental nacional no contempla a nivel legal ni reglamentario normas que permitan cumplir cabalmente con la obligación consuetudinaria de evaluar los efectos adversos significativos transfronterizos de los proyectos de inversión o actividades que se emplacen en territorio nacional, ni tampoco es posible advertir un diálogo con nuestros vecinos que se preocupe de estos problemas de forma institucionalizada. No existe en Chile una ley que cree un procedimiento para estos casos ni tampoco ha sido incorporada referencia alguna a esta situación en las diversas modificaciones a la LBGMA ni en los sucesivos reglamentos del SEIA⁴. Lo anterior es preocupante si consideramos que, desde 1997 a la fecha, existen más de 1500 proyectos de inversión en los sectores productivos de minería, infraestructura y pesca y acuicultura, evaluados ambientalmente

¹ Ley N°19.300, de 1994.

² En este sentido, ver LEIVA 2015, pp. 85-96; BERMÚDEZ 2013, pp. 421-447 y SIERRA 2008, pp. 57-102.

³ Es importante destacar lo señalado por la Directora de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites (DIFROL) Ximena Fuentes Torrijo, el 27 de junio de 2018, en la sesión de la Comisión de Medio Ambiente del Colegio de Abogados y la Asociación Chilena de Derecho Ambiental respecto de este tema, recalando la importancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile, evitando de esta forma la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional.

⁴ El actual reglamento es el D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente (RSEIA).

en el SEIA⁵, que se encuentran emplazados en zonas fronterizas, criterio que, según veremos, ha sido tenido en cuenta en la única regulación nacional existente a la fecha.

Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, si bien han abordado el tema de los movimientos transfronterizos de contaminantes –a partir de la suscripción de Chile al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación⁶–, no han destacado la necesidad de contar con un mecanismo que permita al SEIA incorporar la variable transfronteriza. Es importante subrayar que tampoco es posible advertir en los derechos domésticos de la región, normas que permitan cumplir con esta obligación⁷, como sí ocurre, por ejemplo, en el contexto del derecho europeo.

El desarrollo más adelantado hasta la fecha corresponde al de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), que reguló la materia mediante el Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo –Convenio de Espoo–, de 1991, que comenzó a regir en 1997, el que ha sido ratificado por 45 Estados⁸.

En nuestro país, en cambio, el único avance concreto ha sido la dictación del instructivo de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) N° 181.275/18, de 31 de agosto de 2018 (en adelante “el instructivo” u “Ord N° 181.275/18”), en donde si bien se establece un procedimiento para la evaluación del impacto ambiental de los proyectos que se emplacen en zonas fronterizas, o en caso que, encontrándose fuera de dichas zonas, sus áreas de influencia se extiendan a estas⁹, no se profundiza en aspectos de fondo acerca de la EIAT.

Con estos antecedentes, en el presente artículo se sostiene que el actual instructivo aplicable a la EIAT es insuficiente tanto para cumplir con la obligación internacional de Chile de evaluar los impactos ambientales transfronterizos de las actividades realizadas en su territorio como para permitir una regulación interna adecuada de la EIAT.

Para ello, se seguirá la siguiente estructura: (i) se expondrá el concepto de EIAT, luego (ii) se analizará el origen de la obligación internacional de los Estados de conducir

⁵ En cuanto a la metodología utilizada para obtener estos datos se debe indicar que se realizó un cruce entre las comunas totalmente fronterizas identificadas por DIFROL en <https://ugit0.maps.arcgis.com/apps/MapJournal/index.html?appid=d0805478909041ff87aff24ef6be4dcc> y los proyectos ingresados al SEIA y aprobados en dichas comunas, que se encuentran en <https://seia.sea.gob.cl/busqueda/buscarProyecto.php>, desde 1997 a la fecha, y luego se redujo a los sectores productivos de minería, infraestructura y pesca y acuicultura.

⁶ El Convenio fue promulgado mediante D.S. N° 685, de 1992, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁷ Un caso excepcional es el de Perú, pues a partir de lo dispuesto en el artículo 28.1 letra g) del Decreto Supremo 040-2014-EM, Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aquellos proyectos que involucran tales actividades requieren de la evaluación y previa aprobación de Términos de Referencia Específicos, cuando sus componentes y/o actividades se localicen en ecosistemas frágiles o áreas vulnerables declaradas por autoridad competente y se encuentren ubicadas dentro de los 50 km de la frontera.

⁸ El listado de dichos Estados se encuentra en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XXVII-4.en.pdf>

⁹ El texto íntegro del instructivo se encuentra en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2018/09/05/ordinario_ndeg_181275_de_fecha_31_de_agosto_2018.pdf

una EIAT, y (iii) se determinará su sentido y alcance, lo que nos permitirá (iv) contrastar lo anterior con lo dispuesto en el Ord. D.E. N° 181.275/18 y (v) analizar cuáles son los problemas e insuficiencias del instructivo. Por último, (vi) concluir con algunas observaciones y recomendaciones.

I. ACERCA DEL CONCEPTO DE LA EIAT

A modo de contexto, es preciso señalar que si bien hasta el momento no existe una definición de la EIAT que se encuentre consagrada en los instrumentos del Derecho Internacional del Medio Ambiente¹⁰, la doctrina internacional ha avanzado en su conceptualización, tal como pasamos a revisar a continuación.

En este sentido, Kees Bastmeijer y Timo Koivurova han entendido y definido la EIAT de la siguiente forma:

“La evaluación de impacto ambiental (EIA) es un instrumento de política ambiental que se considera como una herramienta necesaria para entregar el debido lugar que le corresponde al medio ambiente en el proceso de toma de decisiones, a través de información de calidad. Así, quienes deben desarrollar ese rol adoptarán sus decisiones con un especial énfasis en la minimización de los impactos ambientales, mejorando la planificación de las actividades a desarrollar y protegiendo el medio ambiente. La evaluación de impactos ambientales transfronterizos se asocia generalmente a la EIA entre Estados territoriales [sin embargo también implica] la evaluación de los posibles impactos ambientales por actividades en el medio ambiente de otro Estado o en áreas que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional del mismo”¹¹.

Basados en lo anterior, estos autores plantean la existencia de tres dimensiones de la EIAT¹². La primera de ellas dice relación con la evaluación ambiental transfronteriza entre Estados, cuyo énfasis se encuentra en que el Estado de origen deberá realizar una evaluación de impacto ambiental transfronterizo con la finalidad de prevenir la posible generación de impactos negativos al medio ambiente de otros Estados. Una segunda dimensión respecto de la evaluación ambiental transfronteriza que aplica a actividades desarrolladas en espacios internacionales y compartidos entre Estados, como es el caso de mares cerrados o interiores o semicerrados —el océano Ártico, el mar Muerto, el mar

¹⁰ DALFUME, 2018, p. 23.

¹¹ BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, p. 1. Traducción propia de la definición en inglés *Environmental Impact Assessment (EIA) is an environmental policy instrument that “is considered a necessary tool in order to give the environment its proper place in the decision-making process by improving the quality of information to decision makers, so that environmentally sensitive decisions can be made paying careful attention to minimizing impacts, improving the planning of activities and protecting the environment”*. TEAI is generally associated with EIA between territorial states (...) evaluate possible impacts by humans' activities on another state's environment or the environment of areas beyond a state's national jurisdiction.

¹² Ver BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, pp. 8-23.

Caspio, el mar de Aral, el mar Mediterráneo—, recursos hídricos compartidos, etc. Y por último, la dimensión asociada a la evaluación ambiental transfronteriza y las instituciones internacionales de financiamiento, que se vincula con la estrecha relación entre el desarrollo económico y los problemas ambientales, en donde los bancos de desarrollo fomentan la implementación de políticas medioambientales, acuerdos internacionales en esta materia, fondos sustentables o productos especiales, que permiten el incremento de la responsabilidad social empresarial de los proponentes de los proyectos, entre otros.

Además, Sandra Dalfiume ha definido la EIAT como “un proceso de toma de decisiones llevado a cabo por los Estados para evaluar, de manera científica y con la participación de los ciudadanos, los impactos que se podrían producir sobre su medio ambiente y el de otros Estados a causa del desarrollo de una determinada actividad, con la finalidad de identificar las medidas para prevenir, reducir y controlar dichos impactos”¹³.

A partir de lo anterior, podemos definir la EIAT como aquel procedimiento que es desarrollado por un Estado o varios Estados, en caso que compartan áreas que no se encuentran sometidas en totalidad a la jurisdicción de uno en particular, cuyo objetivo es evaluar ambientalmente los posibles impactos ambientales que se pudieran generar en otro Estado, por la ejecución de un proyecto o actividad ubicado en su zona fronteriza o, no encontrándose dentro de esta, pudiera ser afectada en virtud del área de influencia de este.

Dicho procedimiento podrá formar parte de la evaluación de impactos ambientales interna que posean los Estados o constar en un instrumento vinculante distinto y deberá contar con etapas que aseguren la participación pública, ya sea del posible Estado afectado, de organizaciones internacionales sin fines de lucro, miembros de la comunidad científica, etc., y su finalidad consistirá, para el caso de que efectivamente se generen impactos ambientales transfronterizos, en la adopción de las medidas que se estimen pertinentes —de acuerdo con dicho procedimiento— con la finalidad de prevenir, controlar o minimizar dichos impactos.

II. ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE CONDUCIR UNA EIAT

En doctrina es posible distinguir al menos dos posturas acerca del origen de la obligación de realizar una EIAT. Por una parte, aquellos que sostienen que esta obligación constituye una consecuencia jurídica y material de la regla de no dañar a otros Estados —expresión, a su turno, del principio de debida diligencia— y, por otra, los que estiman que podría desprenderse del principio de derecho internacional de no discriminación¹⁴.

¹³ DALFIUME, 2018, p. 25

¹⁴ Dicho principio ha sido desarrollado por la OCDE en el Título A.3.a) de la Recomendación para la implementación del régimen de acceso igualitario y de no discriminación con relación a la contaminación transfronteriza, elaborado el 17 de mayo de 1977. Al respecto ver: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/17/17.en.pdf>

La primera de ellas se basa en lo dispuesto en los Principios Nº 21 y Nº 2 de las Declaraciones de Estocolmo sobre el Medio Humano y la de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁵, respectivamente, constituyendo actualmente la doctrina mayoritaria¹⁶.

Es admisible resaltar que ambas Declaraciones, cuyos antecedentes pueden ya detectarse en el laudo arbitral del Tribunal Arbitral del caso *Trail Smelter* en 1941¹⁷ así como en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso del Canal de Corfú en 1949¹⁸, han permitido el establecimiento de estándares de protección del medio ambiente para los Estados y, por consiguiente, la elaboración de diversas obligaciones internacionales que posteriormente han sido cristalizadas en tratados internacionales¹⁹.

Lo anterior, también ha sido reconocido en el párrafo 29 de la Opinión Consultiva de la CIJ acerca de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, de 19 de julio de 1996:

“(…) La existencia de la obligación general de que los Estados velen porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente”²⁰.

La segunda postura fue expuesta en su oportunidad por John H. Knox –siguiendo a Thomas Merrill²¹ y a Daniel Bodansky²²–, quien afirmaba que, si bien la regla de no causar daño representa el ideal colectivo de la comunidad internacional como parte del derecho internacional consuetudinario, no refleja realmente la práctica de los Estados en

¹⁵ El Principio Nº 21 de la Declaración de Estocolmo reconoce el derecho soberano de los Estados para aprovechar sus propios recursos naturales en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Por su parte, el Principio Nº 2 de la Declaración de Río si bien reitera casi de forma idéntica lo establecido en el Principio 21 de Estocolmo, reconoce que este aprovechamiento soberano también deberá realizarse conforme las políticas de desarrollo de los Estados. Ver FUENTES, 2000, p. 57.

¹⁶ Al respecto, BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, p. 3; DALFUME, 2018, p. 34, VICENTE, 2014, p. 63, OKOWA, 2000, p. 75 y CASSAR, 2003, p. 9

¹⁷ En la sentencia arbitral en caso *Canadá vs. Estados Unidos* de 11 de marzo de 1941, por la operación de una fundición de zinc y plomo, se dispuso que “Bajo los principios del derecho internacional, y de la ley de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho a usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que se cause daño por los humos en el mismo, en el territorio de otro Estado o a las personas que se encuentren en su interior, cuando se trate de serias consecuencias y el daño esté establecido por evidencia clara y convincente”.

¹⁸ En efecto, en el párrafo 22 de la sentencia de la CIJ entre Gran Bretaña del Reino Unido e Irlanda del Norte *vs. Irlanda*, se indicó que “todo Estado tiene la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea ocupado para actos que vulneren los derechos de otros Estados”.

¹⁹ Al respecto, DUPUY, 1990, p. 422.

²⁰ En este sentido, ver Opinión Consultiva A/51/218 19 de julio de 1996, párrafo 29 en: <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-es.pdf>

²¹ MERRILL, 1997, pp. 931- 1019.

²² BODANSKY, 1995, pp. 105-119.

esta materia, constituyendo el denominado sistema de mitos del derecho internacional del medio ambiente²³.

En este sentido, Knox²⁴ sostiene que la interpretación del Principio N° 21 de la Declaración de Estocolmo adolecería de problemas de compatibilidad entre los derechos y obligaciones reconocidos en esta y de interpretación de los conceptos de daño significativo o sustancial, y de debida diligencia, los cuales no han sido definidos por un ente internacional; así, la obligación de realizar EIAT emanaría del principio de no discriminación, es decir, que los Estados deberán aplicar las mismas normativas ambientales internas de protección por potenciales impactos ambientales en otros Estados como si dicho impacto se estuviera generando en su territorio²⁵. De esta forma, constituirá un estándar preferible para resolver los conflictos de contaminación transfronteriza a nivel internacional, evitando posiciones extremas en las negociaciones entre los Estados y aumentando el acceso a la información entre ellos.

III. SENTIDO Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE CONDUCIR UNA EIAT

Habiendo dilucidado que la EIAT es en la actualidad una obligación consuetudinaria y por tanto aplicable y exigible a todos los Estados, es pertinente continuar con el análisis acerca del contenido y alcance de esta disposición internacional para luego revisar su aplicación a nivel doméstico.

En primer lugar, debe estudiarse desde la jurisprudencia²⁶ qué existe en este ámbito, pues esta ha reflejado y acreditado la práctica internacional que permitió a las instancias jurisdiccionales respectivas afirmar la existencia de la obligación general –es decir, aplicable a todos los países– de conducir una EIAT, cuando corresponda.

En esta línea, debemos comenzar citando la jurisprudencia de la CIJ, en particular la sentencia de 20 de abril de 2010, mediante esta se resolvió la demanda presentada por Argentina en contra de Uruguay por otorgamiento de certificados para el inicio de operaciones de dos Plantas de Celulosa en el río Uruguay²⁷, sin haber realizado los procedimientos de consulta con la Comisión Administradora del Río Uruguay y con Argentina, en la que se indicó:

²³ KNOX, 2002, pp. 291-296 y BODANSKY, 1995, p. 116.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Al respecto, MERRILL, 1997, p. 1008. Sin embargo, uno de los problemas de esta postura es que, si el derecho doméstico en cuestión no contempla norma alguna, no aplicaría el principio de reciprocidad, lo que atentaría contra el principio general de protección del medio ambiente más allá de la jurisdicción nacional de cada Estado.

²⁶ BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, pp. 5-7 y DALFUME, 2018, pp. 75-84.

²⁷ Ver PAYNE, 2011, pp. 94-101, LAZICÉ, 2010, pp. 1118-1180, BOYLE, 2011, pp. 227-231 y MCINTYRE, 2011, pp. 124-144.

“[...] que el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio. Corresponde a “cada Estado la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados [...] Un Estado está así obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado. La Corte ha establecido que esta obligación “es ahora parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente [...]” (párrafo 101).

“[...] en años recientes una práctica ha ganado tanta aceptación entre los Estados que ella puede ser considerada actualmente como un requerimiento bajo el derecho internacional de realizar una evaluación de impacto ambiental donde exista un riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto significativo adverso en un contexto transnacional, en particular, en un recurso compartido” (párrafo 204).

Asimismo, la Corte afirmó, en la misma sentencia, que:

“[...] los estudios de impacto ambiental que son necesarios para tomar una decisión sobre cualquier proyecto que podría causar un daño significativo transnacional a otro Estado, deberá ser notificado por la parte interesada a la otra parte [...]” (párrafo 119).

“[...] Consecuentemente, es la visión de la Corte que corresponde a cada Estado determinar en su legislación nacional o en el proceso de autorización para el proyecto, el contenido específico del estudio de impacto ambiental requerido en cada caso, teniendo en consideración la naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y su posible impacto adverso sobre el medio ambiente, además de la necesidad de ejercitar la debida diligencia durante la realización de ese estudio. La Corte también considera que un estudio de impacto ambiental debe ser realizado antes de la puesta en funcionamiento de un proyecto y si es necesario, a lo largo de la vida del proyecto debe llevarse a cabo un monitoreo continuo de sus efectos en el medio ambiente”²⁸ (párrafo 205).

De esta forma, si bien la obligación de realizar un EIAT constituye una obligación de mínimos –sin que se haya establecido en forma exacta en qué consistirá el procedimiento de evaluación, quién deberá realizarlo, cómo se llevará a cabo, pues ello deberá ser determinado por cada Estado según su legislación nacional o el procedimiento autorizatorio de proyectos que posea– la CIJ vincula esta obligación con el principio

²⁸ Además, en el párrafo 185 de dicha sentencia se indicó que “En el campo de la protección ambiental, la vigilancia y la prevención son requeridos en vista del carácter irreversible del daño al medio ambiente y de las limitaciones inherentes en el mismo mecanismo de cooperación de este tipo de daño (Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros (Hungría/ Eslovaquia) Sentencia I.C.J. Reports 1997, p. 78, para 140.)”

general de los Estados de actuar con la debida diligencia durante la realización de este procedimiento, debiendo ello ser acreditado mediante acciones concretas, como, por ejemplo, la cooperación entre Estados de forma general, la entrega de información pertinente, la realización de procedimientos de notificación y de consulta entre Estados²⁹.

Por otra parte, la misma Corte, en la sentencia de 16 de diciembre de 2015, que resolvió las causas interpuestas en 2010 y en 2011, por Nicaragua y Costa Rica, respectivamente, dispuso en su párrafo 104 lo siguiente:

“[...] para cumplir su obligación de ejercer la debida diligencia en la prevención de un daño ambiental transfronterizo significativo, un Estado debe, antes de embarcarse en una actividad que tenga el potencial de afectar adversamente el medio ambiente de otro Estado, averiguar si existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, que activaría el requisito de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental. La determinación del contenido del estudio de impacto ambiental debe realizarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso.

Si el estudio de impacto ambiental confirma que existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, el Estado que planea llevar a cabo la actividad debe, de conformidad con su obligación de debida diligencia, notificar y consultar en buena fe a los Estados potencialmente afectados, cuando esto sea necesario para determinar las medidas apropiadas para prevenir o mitigar ese riesgo”³⁰.

Asimismo, resulta pertinente tener en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de Obligaciones Estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal en la Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017³¹.

En efecto, en 2016, Colombia solicitó la opinión de la Corte respecto de la forma en que se debían interpretar los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica, en dos ámbitos: (i) cuando existiere el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afectaren de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe, teniendo en cuenta las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos y, (b), también, que se pronunciara acerca de las obligaciones de los Estados que forman parte del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe y las respectivas obligaciones internacionales en materia de

²⁹ En este sentido, BRUNNÉE, 2018, pp. 151-175.

³⁰ Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (Procedimientos acumulados) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20151216-JUD-01-00-EN.pdf>

³¹ Es posible acceder al texto íntegro de la Opinión Consultiva OC-23/17 en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Además, ver TANAKA, 2017, pp. 91-97

prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados, con relación a la construcción de grandes obras de infraestructura.

Dicha magistratura concluyó que:

“Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que hubiere producido, de conformidad con los párrafos 127 a 174 de esta Opinión” (párrafo 242 letra b).

Por tanto, si nos limitamos a lo afirmado por la jurisprudencia internacional, es posible señalar que el sentido y alcance de la obligación de conducir una EIAT, es el siguiente:

- La EIAT debe realizarse, idealmente y por razones obvias, antes de que el proyecto de inversión o actividad se lleve a cabo.
- El Estado que planea llevar a cabo la actividad debe, de conformidad con su obligación de debida diligencia, notificar y consultar en buena fe a los Estados potencialmente afectados, cuando esto sea necesario para determinar las medidas apropiadas para prevenir o mitigar ese riesgo.
- Toda EIAT debe llevarse a cabo cuando corresponda, esto es, cuando exista riesgo de impacto ambiental significativo más allá de los límites internacionales.
- La EIAT debe, en caso de que corresponda (lo que es muy probable en la mayoría de los casos), contener un plan de monitoreo a lo largo de la vida del proyecto.

Al margen del contenido antes señalado, es importante resaltar que, de conformidad con la jurisprudencia, la EIAT es en la actualidad una obligación procedimental de resorte de cada Estado, aunque lo anterior contiene, implícitamente, la aspiración que los Estados concluyan mediante acuerdos la forma de conducir una determinada EIAT.

Por su parte, este deber ha sido contemplado en diversos tratados internacionales con la finalidad de dar cumplimiento a la obligación de no causar daño al territorio de otro Estado o en zonas situadas fuera de cualquier jurisdicción nacional. Es el caso del Convenio de Espoo³², la Convención Relativa a los Humedales de Importancia

³² El artículo 2 N° 2 dispone que “Todas las Partes adoptarán las medidas legales, administrativas o de otra índole que sean necesarias para dar efecto al presente Convenio, incluidas, por lo que respecta a las actividades propuestas susceptibles de causar un impacto transfronterizo apreciable que se enumeran en el apéndice I, la institución de un procedimiento de evaluación del impacto medioambiental que permita la

Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar)³³, el Convenio sobre protección del medio marino de la zona del mar báltico³⁴ y últimamente, lo consagrado en los borradores de las negociaciones del acuerdo relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (BBNJ), en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar³⁵.

En lo que incumbe a la doctrina sobre este tema, Óscar Schachter³⁶ y Xue Hanqin³⁷ han señalado que, para determinar la concurrencia de impactos transfronterizos, se debe tener presente:

- La relación física entre la actividad desarrollada y el impacto causado.
- El impacto causado haya sido generado por una actividad humana; es decir, se excluyen todos aquellos daños o impactos que se originen por causas naturales.
- El impacto causado debe ser significativo, para ello es necesario verificar las situaciones fácticas del caso en concreto.
- La existencia de efectos ambientales transfronterizos desde el Estado de origen a otro Estado.

De esta forma la doctrina³⁸ ha identificado los siguientes elementos como contenido de toda EIAT:

- Establecer, respecto de aquellos proyectos susceptibles de causar impactos ambientales transfronterizos, un procedimiento de EIAT de acuerdo con su legislación

participación pública y la preparación de la documentación para la evaluación del impacto medioambiental que se consigna en el apéndice II”.

³³ El artículo 5 indica lo siguiente “Las Partes Contratantes celebrarán consultas sobre el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la Convención, especialmente en el caso de un humedal que se extienda por los territorios de más de una Parte Contratante o de un sistema hidrológico compartido por varias de ellas. Al mismo tiempo, se esforzarán por coordinar y apoyar activamente las políticas y regulaciones actuales y futuras relativas a la conservación de los humedales y de su flora y fauna”.

³⁴ El artículo sobre Evaluación de impacto ambiental dispone lo siguiente “1. Siempre que el Derecho internacional o la normativa supranacional aplicable a una Parte contratante exija la evaluación de impacto ambiental de una actividad por ella propuesta que pueda tener un impacto adverso importante sobre el medio marino de la zona del mar Báltico, dicha Parte contratante informará de ello a la Comisión y a toda Parte contratante que pueda verse afectada por un impacto transfronterizo sobre la zona del mar Báltico. (...) 3. Si dos o más Partes contratantes comparten aguas transfronterizas en la cuenca hidrográfica del mar Báltico, cooperarán para que en la evaluación de impacto ambiental a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se investiguen profundamente los impactos potenciales sobre el medio marino de la zona del mar Báltico. Esas Partes contratantes adoptarán conjuntamente las medidas adecuadas para prevenir y suprimir la contaminación, incluidos los efectos nocivos acumulados”.

³⁵ Es posible acceder al borrador suscrito por las delegaciones de los Estados participantes el 20 de febrero de 2020 en: https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/textual_proposals_compilation_article-by-article_-_15_april_2020.pdf

³⁶ SCHACHTER, 1991, pp. 366-368.

³⁷ HANQIN, 2003, pp. 4-16.

³⁸ Al respecto ver SCHRAGE, 2008 p. 235.

nacional que sea independiente o que forme parte de otros procesos autorizatorios, indicando su contenido.

- Este procedimiento de EIAT deberá tener en consideración: (i) la naturaleza; (ii) la magnitud; y (iii) el potencial impacto ambiental transfronterizo significativo del proyecto.
- Los Estados deberán ejercitar y acreditar la debida diligencia durante la realización de este procedimiento por medio de acciones concretas. Por ejemplo, mediante procedimientos de notificación y de consulta entre Estados, el análisis sustantivo de las observaciones del Estado receptor, etcétera.
- Los Estados deberán realizar el procedimiento de EIAT de forma previa a la ejecución del proyecto.
- Los Estados deberán realizar un monitoreo continuo de los efectos en el medio ambiente durante la operación del proyecto.
- Los Estados deberán adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir o mitigar el riesgo de generar impactos ambientales transfronterizos a causa del proyecto. Asimismo, deberán establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales.

IV. LA EXPERIENCIA CHILENA EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE CONDUCIR UNA EIAT

Como es de conocimiento público, Chile ha suscrito numerosos tratados internacionales, acerca de diversos aspectos de la protección del medio ambiente. Además, nuestro país ha reconocido la importancia y la aplicación de los principios contenidos en las Declaraciones de Estocolmo y de Río como directrices que deben ser cumplidas³⁹, dentro de estos, están precisamente los Principios N° 21 y N° 2, que constituyen el origen de la obligación internacional de realizar EIAT, según la doctrina comparada mayoritaria.

Reconocimiento que también ha sido consagrado en tratados bilaterales, como el caso del Tratado de Chile con Argentina sobre Medio Ambiente, el que contempló dentro de sus ámbitos de aplicación y para el caso de la protección de la atmósfera, la contaminación atmosférica transfronteriza. Asimismo, se indicó como acción coordinada o conjunta entre ambos Estados la realización de estudios de impacto ambiental, entre otras.

De esta forma, es posible sostener que la obligación internacional de realizar una EIAT es vinculante para Chile, pues corresponde a una obligación consuetudinaria que constituye una consecuencia jurídica y material de la regla de no dañar a otros Estados, la que es una expresión del principio de debida diligencia. Por lo que la falta de cumplimiento por nuestro país podría configurar una hipótesis de responsabilidad

³⁹ Por ejemplo, se ha señalado que la Corte Suprema reconoce y aplica las Declaraciones de Río y de Estocolmo. Ver: FEMENÍAS, 2016, p. 222. Se refiere a sentencia de la Excma. Corte Suprema, causa rol 7287 - 2009, de 30 de noviembre de 2009, caratulada "Linconao Huircapan, Francisca con Sociedad Palermo".

internacional. Sin embargo, en Chile actualmente no existe una normativa especial que cree un procedimiento de EIAT de forma independiente ni tampoco como parte del SEIA. Sin ahondar mayormente en las razones por las cuales no se contempla un marco regulatorio robusto en materia de EIAT, lo cierto es que el único instrumento aplicable lo constituye el Ord. D.E. N° 181.275/18.

Este instructivo se compone de tres partes. La primera dice relación con el contexto normativo internacional y nacional respecto de la obligación de prevención del daño ambiental transfronterizo. La segunda expone los conceptos de impacto ambiental transfronterizo y de zona fronteriza⁴⁰ haciendo una referencia a lo dispuesto en el artículo 4 del D.F.L N° 4, de 1967, e indicando que será DIFROL quien debe informar periódicamente al SEA el listado de dichas zonas; y, la tercera, establece un procedimiento para cuando existan proyectos o actividades que sean susceptibles de causar impactos ambientales ubicados en zonas fronterizas o en caso que, encontrándose fuera de dichas zonas, sus áreas de influencia se extiendan a estas.

El procedimiento contempla las siguientes etapas:

- i) Una vez admitido a trámite el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) en el SEIA, el SEA deberá determinar si el proyecto o actividad se emplaza en una zona fronteriza o si su área de influencia se encuentra dentro de esta. En caso de que ello sea efectivamente así, este Servicio deberá enviar todos los antecedentes del proyecto a DIFROL para que esta tome conocimiento.
- ii) El SEA junto con requerir los pronunciamientos indicados en los artículos 35 y 47 del RSEIA⁴¹, según corresponda, a los Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental (OAECA)⁴², también les solicitará que informen si el proyecto es susceptible de generar impactos ambientales en territorios jurisdiccionales de otros Estados.
- iii) Luego, el SEA solicitará al titular del proyecto o actividad que –en el marco del Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA)– proponga mejoras en el diseño del proyecto y medidas o acciones de control de los impactos derivados de este, con el objeto de prevenir y evitar la generación de impactos ambientales transfronterizos. Esta información deberá ser presentada en la respectiva Adenda, en los plazos dispuestos en los artículos 38 y 50 del RSEIA, según corresponda.
- iv) El SEA derivará la Adenda a todos los OAECA y conjuntamente notificará a DIFROL de ello para su conocimiento.

⁴⁰ Las zonas fronterizas corresponden a aquellas áreas de territorio chileno que hayan sido declaradas mediante Decreto Supremo por el Presidente de la República como tales, a propuesta de la DIFROL.

⁴¹ Reglamento del SEIA, DS N°40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente.

⁴² Los OAECA son aquellos órganos que cuentan con atribuciones en materia de permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales respecto del proyecto o actividad en particular, según el artículo 24 del RSEIA.

- v) Luego de que los OAECA emitan sus pronunciamientos ya sea con observaciones o conformes, se dará paso a la elaboración del ICSARA Complementario o del Informe Consolidado de Evaluación, según corresponda, comunicándose dichos actos a la DIFROL.
- vi) La resolución de calificación ambiental del respectivo proyecto deberá ser comunicada tanto a los OAECA que participaron en la evaluación como a la DIFROL.

En consecuencia, el instructivo adopta el criterio que para la determinación del área de influencia de un proyecto no se deberán tomar en consideración los límites de la división política administrativa de nuestro país, reconociendo en consecuencia la susceptibilidad de que este pueda causar impactos ambientales fuera del territorio nacional y que, por esta razón, dicha evaluación deberá extenderse más allá de los límites fronterizos⁴³.

Además, la incorporación de DIFROL como parte de este procedimiento constituye un avance, pues permite que dicho servicio pueda participar en el SEIA de forma coordinada con el SEA, otorgando eficiencia y eficacia a la regulación.

De esta manera, mediante el instructivo se pueden evaluar –en el marco del SEIA– aquellos proyectos que sean susceptibles de generar impactos ambientales transfronterizos. Sin embargo, este instrumento es insuficiente a la luz de lo indicado respecto del sentido y alcance de la obligación internacional de realizar una evaluación de impacto ambiental transfronteriza; desde una perspectiva de técnica legislativa; y, por último, también a raíz de la indeterminación del rol de la autoridad competente en materias transfronterizas (DIFROL).

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS E INSUFICIENCIAS DEL INSTRUCTIVO DEL SEA

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es posible identificar la existencia de tres problemas o falencias respecto del instructivo, que dificultan o, derechamente, generan una situación de incumplimiento de las obligaciones internacionales en el caso de Chile. Estos son:

1. *En cuanto al contenido de la obligación internacional de realizar EIAT*

En primer lugar, no se incorporan los criterios de naturaleza, emplazamiento, magnitud del proyecto, para efectos de determinar la procedencia de la EIAT. Ejemplo de ello es que la significancia del impacto solamente se utiliza para efectos de definir lo que se entenderá por impacto ambiental transfronterizo, pero su análisis no se contempla dentro de dicha determinación.

⁴³ Este criterio se contempla en el Criterio 16 de la “Guía sobre el Área de Influencia en el SEIA” elaborada por el SEA y disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/03/guia_area_de_influencia_ajuste_10.pdf

Además, en el caso de que efectivamente un proyecto sea susceptible de generar impactos transfronterizos en otros Estados no existe la obligación de incorporar acciones de cooperación, entrega de información pertinente, procedimientos de notificación y de consulta entre Estados, procesos de participación ciudadana o el análisis sustantivo de las observaciones del Estado receptor. Exigencias que resultan ser fundamentales para efectos de lograr el objetivo del instrumento, esto es, evitar la generación de impactos ambientales transfronterizos.

Asimismo, no se contempla en dicho procedimiento la posibilidad de que se realicen, durante la operación del proyecto, monitoreos continuos de los efectos en el medio ambiente ni el establecimiento de planes de contingencia que permitan minimizar la posibilidad de grandes accidentes. Lo que afecta necesariamente el cumplimiento del Estado de Chile de la obligación internacional ya indicada.

En consecuencia, resulta necesario para efectos que nuestro país avance en el cumplimiento de la obligación internacional de realizar la EIAT que el procedimiento anteriormente descrito sea modificado mediante la incorporación al menos de los criterios de ubicación, naturaleza, tamaño, emplazamiento, magnitud o el potencial impacto ambiental transfronterizo significativo susceptible de ser ocasionado por los proyectos, para efectos de determinar la procedencia de la EIAT. Además, de monitoreos continuos durante la operación de estos.

2. *En cuanto a la naturaleza jurídica del instrumento*

En este sentido, la naturaleza jurídica de este instructivo corresponde a un acto administrativo dictado por el SEA, en virtud de lo dispuesto en el literal d) del artículo 81 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 110 del D.S. N° 40/2012 (RSEIA), el que reviste la forma de un oficio ordinario. Esto resulta relevante, pues al no encontrarse regulada la obligación de realizar EIAT en los cuerpos normativos ni reglamentarios, podría verse fácilmente modificada. Por lo que es necesario que dicha regulación al menos fuera traspasada al RSEIA, con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica y la debida coordinación entre la Administración.

3. *En cuanto a la indeterminación del rol de DIFROL en el SEIA y, en específico, respecto de la evaluación de los impactos ambientales transfronterizos*

DIFROL tiene por objeto intervenir en aquellas materias que se refieren a los límites internacionales de Chile y a sus fronteras, debiendo centralizar, armonizar y promover la política que debe seguirse en las regiones fronterizas y en el territorio chileno antártico en relación con su desarrollo y progreso, entre otras. Para ello deberá ejecutar las actividades de coordinación respectivas con ministerios y servicios públicos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 y transitorio 2° de la Ley N° 16.592.

Las atribuciones de DIFROL están reguladas en los D.F.L N° 4, de 1967, N° 7, de 1968 y N° 83, de 1979, todos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dentro de estas se encuentra la de aprobar o autorizar en forma previa las decisiones o actos respecto de

las zonas fronterizas del país, bienes nacionales de uso público, fiscales, o que formen parte del patrimonio de dichas instituciones, que se encuentren situados total o parcialmente en zonas fronterizas del territorio nacional, tal como lo disponen los artículos 1, 2 y 5 de estos cuerpos normativos, respectivamente. Además, se indica que, sin tal aprobación, las decisiones carecerán de valor y, por esta razón, no podrán ser cumplidas.

Es así como, a partir de las propias atribuciones de DIFROL y de la legislación ambiental aplicable, es posible sostener que su intervención en el marco de la EIAT podría darse desde dos perspectivas: como parte de los Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental dentro del SEIA o como un servicio independiente cuyas facultades lo habilitan para autorizar proyectos en zonas fronterizas.

En el primer caso, al incluirse a DIFROL como parte de los OAECA, dicho servicio jugaría un rol fundamental en la evaluación ambiental de los proyectos que ingresan al SEIA. Toda vez que podría intervenir ya sea emitiendo un pronunciamiento u otorgando un permiso ambiental sectorial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del RSEIA.

Así, Jorge Bermúdez ha indicado que “En el caso de los pronunciamientos ambientales que no estén vinculados a un permiso específico, la autoridad ambiental con competencia material sobre el elemento ambiental, podrá pronunciarse e informar efectivamente sobre el impacto ambiental del proyecto, sin encontrarse atada a las exigencias de un permiso específico, sino si el proyecto evaluado se ajusta a las exigencias generales por las que debe velar (...) Sin embargo, solo podrá pronunciarse sobre el ámbito propio de su competencia (...)”⁴⁴.

En este sentido, DIFROL, en virtud del artículo 1 del D.F.L Nº 83, deberá intervenir en todas aquellas materias que se refieran a los límites internacionales de Chile y sus fronteras, siendo una consecuencia de ello el resguardo de la soberanía de nuestro país y, específicamente, la adopción de diversas actuaciones para evitar comprometer la responsabilidad internacional de Chile.

De esta forma, al existir recursos naturales en las zonas fronterizas, necesariamente DIFROL deberá participar en su protección y resguardo, pues constituyen una expresión de soberanía. De ahí se sigue que este servicio posea competencias en materia ambiental y que, por tal, resulte necesario incluirlo en la evaluación ambiental de proyectos que sean susceptibles de generar impactos ambientales transfronterizos en el marco del SEIA. De hecho, dentro de las funciones de DIFROL se encuentra la coordinación de la política exterior vecinal en relación con los recursos hídricos compartidos entre los Estados, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1 de su Estatuto Orgánico.

En consecuencia, la intervención de DIFROL en el marco del SEIA consistirá en la realización de observaciones respecto de la susceptibilidad de los proyectos de generar impactos ambientales transfronterizos que se emplacen en zonas fronterizas, las que posteriormente serían incorporadas en los respectivos ICSARAs y, en consecuencia, contestadas por los titulares ya sea descartando dichos impactos o incorporando las

⁴⁴ BERMÚDEZ, 2016, p. 279.

medidas necesarias para hacerse cargo de estos y en la emisión de su conformidad en el marco del SEIA y en forma previa a la ejecución del proyecto.

Lo anterior es sin perjuicio que, respecto de aquellos proyectos que no deban ingresar al SEIA, DIFROL también podrá pronunciarse respecto de la susceptibilidad de generar impactos ambientales transfronterizos en el marco de sus competencias⁴⁵.

En el segundo caso, esto es, la intervención de DIFROL como servicio independiente cuyas facultades lo habilitan para autorizar proyectos que se deseen ejecutar en zonas fronterizas, emana de las propias atribuciones entregadas por parte de los D.F.L N° 4, de 1967, N° 7, de 1968 y N° 83, de 1979, todos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Toda vez que los Órganos de la Administración del Estado, centralizados o descentralizados, empresas públicas y municipalidades deberán contar con la autorización o el permiso de DIFROL antes de emitir actos administrativos referidos a las zonas fronterizas o a los bienes nacionales de uso público o fiscales que se encuentren emplazados total o parcialmente en las zonas fronterizas del territorio nacional.

Es posible por último señalar, que la relevancia de la indeterminación del rol de DIFROL se puede ver reflejado en ciertos proyectos que actualmente están en evaluación ambiental en el SEIA, cuyos impactos podrían tener naturaleza transfronteriza.

Así, por ejemplo, en el caso del proyecto “Ampliación y Mejoramiento Aeródromo Balmaceda”, calificado de forma ambientalmente favorable mediante la Res. Ex. N° 089, de 30 de diciembre de 2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén, la DIFROL de 26 de septiembre de 2019 mediante el Oficio N° 1314, realizó las siguientes observaciones: (i) es necesario que se acredite que la pluma no tendrá un efecto adverso significativo en el medio ambiente o salud de la población más allá del límite internacional; y que (ii) se propongan las medidas operacionales pertinentes y el debido plan de seguimiento, para el caso que se concluya que existe un riesgo de impacto transfronterizo. Sin embargo, se puede constatar que dichas observaciones no fueron incorporadas en los ICSARA del proyecto y, en consecuencia, no fueron contestadas por el titular del proyecto.

Asimismo, en el caso del proyecto Los Bronces Integrado, cuyo titular es Anglo American Sur S.A., y que actualmente se encuentra en calificación en el SEIA, de 24 de enero de 2020, la Directora de DIFROL, mediante el RR.EE. (DIFROL) OF. N° 118, solicitó ser informada acerca del proyecto. Sin embargo, hasta la fecha, ello no ha ocurrido,

⁴⁵ Otro punto que resulta relevante indicar y que solamente esbozaremos en este artículo pues excede su objetivo, son los efectos de la sanción contemplada en el artículo 2 del D.F.L N° 4, esto es, que toda decisión administrativa en zonas fronterizas que no cuente con la autorización o aprobación por parte de DIFROL en forma previa a su ejecución, carecerá de valor y no podrá ser cumplida. En este sentido, es posible sostener que la falta de autorización o aprobación constituiría un vicio esencial y que, por ello, su sanción será la nulidad absoluta o de pleno derecho del acto, decisión o contrato de que se trate, sin posibilidad de convalidar dicho acto administrativo por la Administración. Toda vez que nos encontraríamos ante la causal de “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, siguiendo a BERMÚDEZ, 2011, pp. 129-136 y ESTEVE, 2019, pp. 193-198.

así como es posible observar en el expediente electrónico de evaluación ambiental de dicho proyecto⁴⁶.

De esta forma, dicha indeterminación genera problemas en cuanto a la debida coordinación de los Órganos de la Administración del Estado, ya sea porque las observaciones de DIFROL no son consignadas en los respectivos ICSARA o debido al incumplimiento del procedimiento contemplado en el instructivo, al no ser comunicado el ingreso de proyectos susceptibles de generar impactos transfronterizos a DIFROL por parte del SEA.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La obligación internacional de realizar EIAT es una obligación de naturaleza consuetudinaria que se desprende de la regla que exige a los Estados no causar daño más allá de sus límites internacionales y ambas forman parte del principio de la debida diligencia en materia internacional, cuyo sentido y alcance se ha ido determinando a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina internacional.

Esta obligación internacional es vinculante para Chile y, por esta razón, su omisión podría generar una hipótesis de responsabilidad internacional para nuestro país. Razón por la que mediante la dictación del instructivo Ord. Nº 181.275/18 se generó un avance en esta materia, al regularse el procedimiento que se deberá seguir cuando un proyecto que sea sometido al SEIA sea susceptible de generar impactos ambientales transfronterizos.

En este sentido, el instructivo recoge la idea de que la determinación del área de influencia de los proyectos no deberá tomar en consideración los límites provinciales y comunales de la división política administrativa del espacio geográfico. Además, se establece una instancia para la incorporación de mejoras en el diseño del proyectos y medidas o acciones de control de los impactos derivados de estos, con el objeto de prevenir y evitar la generación de impactos ambientales transfronterizos, otorgando mayor seguridad jurídica tanto a los titulares de proyectos como al Estado, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Sin embargo, al contrastar dicho instructivo con lo indicado por la jurisprudencia y doctrina internacional, es posible identificar varios problemas o insuficiencias que dificultan el cumplimiento de la obligación internacional por parte de Chile en esta materia.

En primer lugar, en cuanto al contenido de la obligación internacional de realizar EIAT, falta incorporar los criterios de ubicación, naturaleza, tamaño, emplazamiento, magnitud o el potencial impacto ambiental transfronterizo significativo susceptible de ser ocasionado por los proyectos, para efectos de determinar la procedencia de la EIAT. Además, de monitoreos continuos durante la operación de estos.

En segundo lugar, respecto de la naturaleza jurídica del instructivo, al corresponder a un acto administrativo dictado por el SEA, en virtud de lo dispuesto en el literal d)

⁴⁶ El expediente electrónico de evaluación ambiental de proyecto Los Bronces Integrado se encuentra disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2143785006

del artículo 81 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 110 del D.S. N° 40/2012, podría verse fácilmente modificado de acuerdo con la voluntad de la autoridad, afectando los principios de seguridad jurídica y de la debida coordinación entre los diferentes Órganos de la Administración del Estado.

Finalmente, en lo que dice relación con la indeterminación del rol que tendrá DIFROL en el marco del SEIA, esto es, si actuará en su calidad de OAECA o como ente autorizador en el marco de sus competencias. Sin embargo e independientemente de la postura que se adopte, resulta necesario robustecer la práctica entre el SEA y DIFROL, en virtud de lo establecido en los principios de coordinación, eficiencia y eficacia y de sus atribuciones.

En consecuencia, es un imperativo avanzar en la solución de estos problemas o deficiencias para efectos de dar cumplimiento a la obligación internacional de realizar EIAT por parte del Estado chileno y, también, para contar con una normativa interna adecuada para hacerse cargo de su cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BASTMEIJER, Kees y KOIVUROVA, Timo 2008: *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Leiden Boston, Martinus Hijhoff Publishers.
- BERMÚDEZ, Jorge, 2011: *Derecho Administrativo General* (2° Edición actualizada), Legal Publishing Chile.
- BERMÚDEZ, Jorge, 2016: *Fundamentos de derecho ambiental* (2° Edición), Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- DALFUME, Sandra, 2018: *Las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el Perú: una primera aproximación*, Perú, Universidad del Pacífico.
- ESTEVE Pardo, José, 2019: *Lecciones de Derecho Administrativo* (9° Edición), Madrid, Marcial Pons.
- SCHACHTER, Óscar, 1991: *International Law in Theory and Practice* (2° edición), Martinus Hijhoff Publishers.

Artículos de revista

- BOYLE, Alan 2011: "Developments in the international law of environmental impact assessments and their relation to the Espoo convention". *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, volumen XX, N° 3.
- BRUNNÉE, Jutta 2018: "International Environmental Law and Community Interests: Procedural Aspects". *Oxford University Press*.
- CASSAR, Angela Z. y Bruch Carl E, 2003: "Transboundary Environmental Impact Assessment in International Watercourse Management", *New York University Environmental Law Journal*, volúmen XII.
- HANQIN, Xue, 2003: *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KNOX, John H, 2002: *The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Cambridge, Cambridge University Press.

- LAZIĆ, Djurdja, 2010: "Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.) (I.C.J.), Introductory Note by Djurdja Lazić", *International Legal Materials*, volumen XLIX, nº4, pp. 1118-1180, Cambridge University Press.
- MCINTYRE, Owen, 2011: *The World Court's ongoing contribution to international water law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguay*. Water Alternatives, University College Cork, Ireland.
- MERRILL, Thomas, 1997: "Golden Rules for Transboundary Pollution", *Duke Law Journal*, volumen XLVI, nº5.
- OKOWA, Phoebe, 2000: *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- PAYNE, Cymie R, 2011: "Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)", *The American Journal of International Law*, volumen CV, nº1, Cambridge University Press.
- SCHACHTER, Óscar, 1991: *International Law in Theory and Practice* (2º edición), Martinus Hijhoff Publishers.
- SCHRAGE, Wiek & Nick Bonvoisin 2008: "Transboundary impact assessment: frameworks, experiences and challenges", *Impact Assessment and Project Appraisal*, volumen XLVI, nº4.
- TANAKA, Yoshifumi, 2017: "Case Note Costa Rica v. Nicaragua and Nicaragua v. Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment". *Review of European Community & International Environmental Law*, volumen XXVI, nº1.

Documento en formato electrónico

- BERMÚDEZ, Jorge, 2013: "Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XL, pp. 421 - 447. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n40/a13.pdf> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- BODANSKY, Daniel, 1995: "Customary (And Not So Customary) International Environmental Law". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volumen III, nº1. Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=ijgls> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- DUPUY, Pierre-Marie, 1990: *Soft Law and the International Law of the Environment*. Michigan, Michigan Journal of International Law, volumen 12, nº2. Disponible en https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss2/4/?utm_source=repository.law.umich.edu%2Fmjil%2Fvol12%2Fiss2%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- FUENTES Torrijo, Ximena, 2015, La responsabilidad internacional por daño ambiental y los esfuerzos por alcanzar un desarrollo sustentable, *Revista de derecho ambiental*, Universidad de Chile nº2. Disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36483/38104> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- LEIVA, Felipe 2015: "Atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Notas sobre el incumplimiento de las normas, condiciones y medidas de la resolución de calificación ambiental en el caso "Bocamina" en Temas de Actualidad: Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en <http://derechoymedioambiente.uc.cl/investigacion-y-articulos/libros/33-diplomado-medioambiente-y-desarrollosustentable.html> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- SIERRA, Lucas, 2008: *Reforma De La Institucionalidad Ambiental: Problemas Y Oportunidades*, Centro de Estudios Públicos. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304094640/rev111_sierra_medioambiente.pdf

Tesis doctoral

- FEMENÍAS, Jorge, 2016: *El Régimen General de Responsabilidad por Daño Ambiental en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Un análisis a la luz de los principios del Derecho Ambiental*, Tesis doctoral, Universidad de Valladolid y Pontificia Universidad Católica de Chile, disponible en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/18961>.
- VICENTE Dávila, Fernando, 2014: *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza entre España y Portugal*, Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Económicas e Empresarias, Universidad de Vigo.

Normas jurídicas citadas

- LEY N° 19.300, que aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.
- D.S. N° 40, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013.
- DFL N° 83, fija el estatuto orgánico de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado, publicado el 27 de marzo de 1979.
- DFL N° 4, que aprueba normas para la coordinación de las actividades de los Ministerios y Servicios Públicos con la Dirección de Fronteras y Límites del Estado, publicado el 10 de noviembre de 1967.
- LEY N° 16.592, que promulga Ley que crea Dirección de Fronteras y Límites del Estado, publicada el 21 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL Arbitral, Caso Trail Smelter (Estados Unidos vs. Canadá), Sentencia arbitral de 11 de marzo de 1941.
- CORTE Internacional de Justicia, Caso Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania), sentencia de 9 de abril de 1949.
- CORTE Internacional de Justicia, Caso Plantas de Celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay), sentencia de 20 de abril de 2010.
- CORTE Internacional de Justicia, Caso (Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría contra Eslovaquia), sentencia de 25 de septiembre de 1997.
- CORTE Internacional de Justicia, Casos Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica contra Nicaragua) y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua contra Costa Rica), sentencia de 16 de diciembre de 2015.

