Base de Dictámenes

MUN, permisos de edificación, procedimiento reglado, requisitos, procedimiento de calificación ambiental, relevancia proyecto, procedencia consulta indígena, ponderación autoridad, conocimiento solicitudes permisos de obras, transparencia

NÚMERO DICTAMEN
E318970N23

FECHA DOCUMENTO
08-03-2023

NUEVO:
SI

REACTIVADO:
NO

RECONSIDERADO:
NO

RECONSIDERADO PARCIAL:
NO

ACLARADO:
NO

ALTERADO:
NO

APLICADO:
NO

CONFIRMADO:
NO

COMPLEMENTADO:
NO

CARÁCTER:
NNN

ORIGEN:
DIVISIÓN JURÍDICA DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

CRITERIO:
GENERA JURISPRUDENCIA

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 12305/2006, E123418/2021, 23683/2017, E126162/2021, 25667/2019, E255500/2022, 48164/2016, 2268/2021, 61011/2011

Acción	Dictamen	Año
Aplica	012305N	2006
Aplica	E123481	2021
Aplica	023683N	2017
Aplica	E126162	2021
Aplica	025667N	2019
Aplica	E255500	2022
Aplica	048164N	2016

Aplica	002268N	2021
Aplica	061011N	2011

FUENTES LEGALES

Ley 18695 art/24 lt/a num/2 DFL 458/75 vivie art/116 inc/1 DTO 47/92 vivie art/1/4/2 DTO 236/2008 relac DTO 66/2013 mides art/7 DTO 66/2013 mides art/8 ley 19300 art/8 ley 19300 art/25 bis ley 19300 art/10 DTO 40/2012 minma art/primero art/8 DTO 40/2012 minma art/primero art/85 ley 20285 art/primero art/10

MATERIA

No procede efectuar una consulta indígena previa al otorgamiento de permisos de edificación, sin perjuicio de los casos en que corresponda para efectos ambientales, según se indica.

DOCUMENTO COMPLETO

Nº E318970 Fecha: 07-III-2023

I. Antecedentes

La Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de Antofagasta solicita un pronunciamiento acerca de la procedencia de efectuar una consulta indígena de modo previo al otorgamiento de permisos de edificación por parte de la Dirección de Obras Municipales (DOM) de la Municipalidad de San Pedro de Atacama, en relación a una presentación efectuada por su alcalde relativa a la comunidad indígena de Solor, ubicada en el Área de Desarrollo Indígena (ADI) denominada “Atacama La Grande”, acerca de la posible afectación que pudieran causar ciertos proyectos, sobre recursos hídricos y terrenos demandados por aquella.

Cabe hacer presente que se tuvo a la vista lo informado por los Ministerios de Vivienda y Urbanismo (MINVU) y de Desarrollo Social y Familia, y por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, manifestando sus consideraciones respecto de lo planteado.

II. Fundamento jurídico

Sobre la materia, es dable indicar que el artículo 24, letra a), N° 2, de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece como una de las funciones de la unidad encargada de obras municipales la de dar aprobación a los anteproyectos y proyectos de obras de urbanización y edificación y otorgar los permisos correspondientes, previa verificación de que estos cumplen con los aspectos a revisar de acuerdo a la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC).

A su turno, el artículo 116, inciso primero, de la LGUC -contenida en el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, del MINVU-, consigna que la construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la DOM, a petición del propietario, salvo excepciones. Agrega su inciso sexto que el "Director de Obras Municipales concederá el permiso o la autorización requerida si, de acuerdo con los antecedentes acompañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas", previo pago de lo ahí señalado.

Luego, el artículo 1.4.2., inciso primero, de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones -aprobada por el decreto N° 47, de 1992, de igual origen-, prescribe que los documentos y requisitos exigidos en la LGUC y en esa Ordenanza "para la obtención de permisos, recepciones, aprobación de anteproyectos y demás solicitudes ante las Direcciones de Obras Municipales, constituyen las únicas exigencias que deben cumplirse, sin perjuicio de requisitos que, en forma explícita y para los mismos efectos, exijan otras leyes".

Por su parte, según el artículo 6°, N° 1, letra a), del Convenio N° 169, de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo - promulgado por el decreto N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores-, compete a los gobiernos consultar a los pueblos indígenas interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En ese sentido, el artículo 7° del decreto N° 66, de 2013, del ex Ministerio de Desarrollo Social -que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena-, establece, en lo pertinente, que los órganos de la Administración del Estado deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente. Son tales aquellos actos formales dictados por esos órganos y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada les permita el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de dichos pueblos en su adopción, y cuando esas medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

A continuación, su artículo 8° dispone que la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300 -esto es, los susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases-, y que requieran un proceso de consulta indígena, según tal normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la regulación de dicho sistema, en los términos que indica.

A su vez, de acuerdo al artículo 8° de la ley N° 19.300 -sobre Bases Generales del Medio Ambiente-, los proyectos o actividades contempladas en su artículo 10 solo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental.

Luego, el artículo 25 bis previene que las DOM no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a los que se refiere el antedicho artículo 10 no acreditan haber obtenido una favorable RCA.

Por otra parte, el artículo 8° del reglamento del SEIA –contenido en el artículo primero del decreto N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente-, señala que el titular deberá presentar un estudio de impacto ambiental si su proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.

Su artículo 85 dispone que en el caso de que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7°, 8° y 10 de ese reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) deberá diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, para que participen de modo informado y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental.

Como se puede apreciar de la preceptiva reseñada, los actos de la Administración respecto de los cuales se requiere consulta indígena son aquellos que contienen declaraciones de voluntad cuya naturaleza no reglada permite a la respectiva autoridad ejercer cierto grado de discrecionalidad, y en la medida que los mismos sean susceptibles de afectar directamente a la comunidad en los términos referidos. Asimismo, es oportuno prevenir que tal consulta procederá cuando se requiera durante un procedimiento de evaluación ambiental.

III. Análisis y conclusión

Al respecto, cabe señalar que el otorgamiento de los permisos de edificación es un procedimiento reglado con actuaciones y normas precisas que las DOM no pueden alterar. Así, la aprobación de una solicitud de permiso no corresponde a una facultad discrecional de tales unidades edilicias, sino que está vinculada a la verificación o constatación del cumplimiento de determinados requisitos y exigencias previstos en la normativa aplicable (aplica criterio manifestado en los dictámenes Nos 12.305, de 2006 y E123418, de 2021, entre otros).

Sin perjuicio de ello, la obtención de un permiso de edificación no resulta suficiente para que el titular pueda iniciar la ejecución de un proyecto o actividad, si son de aquellos que deben ser sometidos al indicado procedimiento de calificación ambiental, ya que, en tal caso, también requerirán obtener la pertinente RCA favorable para efectos de otorgar la recepción definitiva, de acuerdo a lo prescrito en el citado artículo 25 bis de la ley N° 19.300 (aplica criterio contenido en los dictámenes Nos 23.683, de 2017, y E126162, de 2021, entre otros).

Precisado lo anterior, es dable tener presente que el sector “Atacama La Grande”, a que se alude en la presentación en análisis, fue declarado como ADI a través del decreto N° 70, de 1997, del entonces Ministerio de Planificación y Cooperación -de

decreto N° 70, de 1997, del entonces Ministerio de Planificación y Cooperación- de acuerdo al artículo 26 de la ley N° 19.253-, encontrándose sometido a la protección del Estado para efectos de focalizar acciones destinadas a su desarrollo, al mantener una alta población indígena vinculada estrechamente a su hábitat, teniendo especial relevancia el aprovechamiento racional de los recursos naturales existentes y el recurso hídrico habido en la zona, tal como se manifestó en los dictámenes Nos 25.667, de 2019 y E255500, de 2022.

Ahora bien, es necesario anotar que la sola circunstancia de que un proyecto se desarrolle en una de las áreas previstas en el artículo 10 de la ley N° 19.300 no basta para sostener que aquel obligatoriamente debe ingresar al apuntado sistema, sino solo aquellos que resultan relevantes desde el punto de vista de los impactos ambientales que son susceptibles de provocar (aplica criterio contenido en los dictámenes Nos 48.164, de 2016 y 2.268, de 2021).

En consecuencia, siendo el procedimiento de que se trata de carácter reglado, no corresponde a la DOM incorporar trámites no previstos en la normativa aplicable que alteren la ordenación o secuencia procesal establecida, pues si ello se verificase se infringiría el principio de juridicidad. Por lo demás, el carácter reglado de la potestad impide al pueblo originario incidir en la adopción de la decisión en cuestión, puesto que, si se verifica el supuesto normativo, ha sido el legislador quien determinó una única consecuencia jurídica, por lo que la consulta carecería de efecto.

Lo anterior, como se dijo, no obsta a la eventual procedencia de dicha consulta en el marco del señalado SEIA, según las características de un determinado proyecto o actividad, lo cual deberá ser ponderado por la pertinente autoridad en su oportunidad.

Finalmente, en cuanto al conocimiento con antelación de las solicitudes de permisos de obras y edificaciones que se pretendan realizar en el área en cuestión que requiere la citada agrupación indígena, cabe informar que el ordenamiento jurídico no ha previsto la anotada medida. Con todo, según el artículo 10 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado -aprobada por el artículo primero de la ley N° 20.285 -, las personas tienen derecho a solicitar y recibir información de cualquier organismo en la forma y condiciones que establece esa ley, para lo cual el interesado debe dirigirse directamente al respectivo ente público (aplica criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 61.011, de 2011).

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS