IDEAS & PROPUESTAS ▪ Nº 107 ▪ 22 de agosto de 2012

FJG Fundación Jaime Guzmán

Corte Suprema y medio ambiente: casos para el análisis

I. INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la Ley N° 20.600, del 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales (en Antofagasta, Santiago y Valdivia), y cuando ya se ha dado inicio a los procesos de integración de sus cargos, cabe volver a preguntarse por la situación de nuestra institucionalidad ambiental y su capacidad de arribar a soluciones socialmente legitimadas.

Una rápida revisión permitirá advertir que, indudablemente, se ha avanzado en arbitrar las herramientas que permitan compatibilizar el indispensable desarrollo y el necesario cuidado del patrimonio ambiental. Con leyes como la ya aludida, y la N° 20.417, de 26 de enero de 2010 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Chile ha dado un paso muy importante tendiente a configurar un sistema institucional fuerte y capaz de encauzar la creciente demanda social por el resguardo del medioambiente.

RESUMEN EJECUTIVO

Indudablemente nuestra institucionalidad ambiental, desde la Ley de Bases del Medio Ambiente hasta hoy, exhibe mejoras sustanciales en orden a canalizar adecuadamente los esfuerzos por un desarrollo sustentable. En ese marco, los nuevos Tribunales Ambientales, próximos a iniciar sus funciones, probablemente vengan a ser el último gran engranaje de un sistema que se espera vaya ganado en justicia y legitimidad, por el bien del país. Sin embargo, parece posible advertir en diversos fallos de la Excma. Corte Suprema que inciden en cuestiones medioambientales, algunos errores a la hora de interpretar el derecho aplicable, que plantean dudas acerca de la posibilidad de alcanzar un marco objetivo y controlable para las preocupaciones en la materia.

En ese marco, los Tribunales Ambientales vienen a ser, probablemente, la última gran pieza del engranaje de servicios y atribuciones creados para normar, fiscalizar y sancionar, en procura del equilibrio que dé sustentabilidad a la irrenunciable búsqueda por entregar a todos los habitantes del país, las condiciones para su máxima realización material y espiritual. Así, no parece aventurado afirmar que, pese a las movilizaciones promovidas en el último tiempo contrarias a determinadas actuaciones de la autoridad, la situación de la institucionalidad medioambiental es buena y será aún mejor en el futuro.

No obstante lo dicho, es preciso analizar, también, la actuación de nuestros tribunales superiores de justicia, pues llama la atención algunos fallos que podrían debilitar la institucionalidad medioambiental. Al revisar algunas sentencias de este año -que más adelante se analizan con mayor detalle- es posible advertir lo que parecen ser errores o incorrecciones que recaen en las siguientes materias:

Primero, en la posibilidad de impugnar, en sede de protección, actos trámite del procedimiento administrativo de evaluación ambiental. Estos no son impugnables por medio de recurso de protección, pues no son susceptibles de afectar garantías constitucionales. Actos como el Informe Consolidado de Evaluación o el examen de admisibilidad, no constituye un acto terminal, sino que sólo uno de trámite, es decir, es de aquellos actos que, insertados en el procedimiento administrativo, sirven como antecedente o requisito para la dictación del acto final, que es la decisión que adopta la Comisión Regional de Evaluación Ambiental, y que se traduce en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA). Este principio ha sido cuestionado en los fallos de Río Cuervo y Bocamina, situación que podría generar una paralización completa de la evaluación ambiental de proyectos, ya que cualquier acto de mero trámite, de los muchos que existen en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, podría ser objeto de un recurso de protección.

En segundo lugar, algunos fallos que se verán a continuación abordan de manera muy discutible el tratamiento del principio de deferencia administrativa. En su virtud, los aspectos técnicos de la calificación corresponde que sean evaluados por la autoridad administrativa, pues intervenir en materias de conocimiento específico importaría arrogarse el ejercicio de competencias que se han determinado como propias de la administración activa (criterio refrendado por ejemplo en los fallos CS 2684-98, CS 1137-99, CS 3067-99, CS 04-2002, CS 4445-98, CS 83-99). La acción de protección es por naturaleza cautelar, por lo que no es el instrumento idóneo para discutir sobre consideraciones técnicas, siendo el papel del tribunal únicamente verificar si se cumplió con la legalidad vigente, y no entrar a considerar aspectos técnicos, que corresponden a un juicio de lato conocimiento. Este principio ha sido puesto en duda en las sentencias recaídas en los proyectos Río Cuervo, Bocamina, El Morro, Parque Eólico Chiloé y Paguanta.

Luego, también parece erróneo el carácter que se le ha dado en algunas oportunidades al Convenio 169 de la OIT. Este convenio, tal como ya lo ha dicho el Tribunal Constitucional, es de carácter programático

salvo el deber de consulta contenido en sus artículos 6° y 7°. Esta afirmación ha sido relativizada por fallos como el recaído en el proyecto El Morro, en el cual se hace mención a la aplicación de otros artículos del referido convenio, por ejemplo en materia de distribución de los beneficios de los proyectos a los pueblos indígenas afectado.

II. ALGUNOS FALLOS QUE PARECEN NO AJUSTARSE A DERECHO

1. Proyecto Rio Cuervo (rol n° 2463-2012)

Con fecha 11 de mayo de 2012, la Excma. Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia dictada por la I. Corte de Apelaciones Coyhaique, acogiendo el recurso de protección interpuesto en contra del Informe Consolidado de la Evaluación (ICE) del proyecto "Central Hidroeléctrica Cuervo". Ordenó dejar sin efecto dicho acto trámite, señalando que *"previo a pasar el Estudio de Impacto Ambiental a la Comisión de Evaluación Ambiental para que ésta se pronuncie respecto de la aprobación o rechazo del proyecto "Central Hidroeléctrica Cuervo", el titular del mismo –Energía Austral Limitada-, deberá realizar el estudio de suelo indicado por el SERNAGEOMIN a que se hace referencia en el considerando octavo de este fallo, el que deberá ser incluido por la parte recurrida en el Informe Consolidado de Evaluación que servirá de base al pronunciamiento de dicha Comisión."*

Debe tenerse presente que en el marco del proceso de evaluación del impacto ambiental del proyecto arriba señalado, el SERNAGEOMIN, órgano público técnicamente competente para informar sobre la materia cuestionada por los recurrentes, se pronunció conforme con la información contenida en el último Adenda presentado por el titular (Adenda N° 4), y al efecto, señaló como exigencia en su pronunciamiento que *"el titular del proyecto presente a la autoridad competente un estudio de detalle de las erupciones holocenas enfocado a los depósitos piroclásticos, tales como caída y flujos piroclásticos, ash flow, scoria flow; ello en el entorno inmediato del volcán Cay. El mencionado estudio de erupciones holocenas deberá ser presentado previo al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberán proponer el plan de prevención correspondiente."*

Así, en las páginas 197 y 241 del Informe Consolidado de la Evaluación, el Servicio de Evaluación Ambiental procedió a incorporar el pronunciamiento técnico del órgano que por ley tiene tuición sobre los aspectos geológicos asociados a la evaluación, quedando entonces, en idénticos términos a lo informado durante la evaluación.

No obstante lo anterior, en el considerando noveno del fallo, la Corte Suprema señala: *"Que en estas circunstancias, el ICE adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación del SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental. Por tanto, la situación descrita refleja la infracción de los artículos 24 y 27 del Reglamento del Sistema de*

Evaluación de Impacto Ambiental, otorgando mérito suficiente para acoger la acción constitucional impetrada."

De esta forma, lo que señala la Corte Suprema que incumplió el SEA, es justamente lo que este servicio hizo, al incorporar en las páginas 197 y 241 del Informe Consolidado de la Evaluación el pronunciamiento técnico del SERNAGEOMIN, en idénticos términos a lo informado por éste durante la evaluación ambiental del proyecto.

2. Proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad" (Rol 3141-2012)

Con fecha 15 de junio de 2012, la Tercera sala de la Excma. Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, acogiendo el Recurso de Protección presentado contra la resolución que admite a trámite el proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", ordenando que el titular del proyecto presente un Estudio de Impacto Ambiental a la Comisión de Evaluación de la Región del Bio Bio.

El titular del proyecto "Ampliación Central Bocamina (Segunda Unidad)" es Endesa, y corresponde a una central termoeléctrica de 350 MW de potencia. Dicho proyecto fue sometido al SEIA el 28 de julio de 2006, a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), siendo calificado favorablemente por la Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema) de la Región del Biobío, a través de la Resolución Exenta Nº 206/07, de fecha 2 de agosto de 2007 (en adelante la RCA).

Producto de estudios de ingeniería realizados a partir del año 2008, el titular optó por optimizar el diseño de la Segunda Unidad, lo que permitiría mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad[1] , sin modificar las características esenciales del proyecto aprobado, lo que, a la vez, podría permitir un aumento de potencia en 20 MW, presentando en consecuencia la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad". Actualmente el proyecto se encuentra en etapa evaluación del Adenda N° 2 por parte de los servicios sectoriales. Cabe destacar que ninguno de ellos ha hecho alusión a la necesidad de que el proyecto deba ingresar por un EIA.

El recurso de protección se presenta contra la resolución que admite a trámite el proyecto. Se trata, por tanto, sólo del inicio del procedimiento de evaluación ambiental. Este primer punto ya hace

1 El Proyecto Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad considera modificaciones al proyecto original, como por ejemplo, el cambio del tipo de caldera (remplazando la caldera del tipo "circulación natural" por una caldera del tipo "circulación asistida"), lo que conllevaría la redistribución de los equipos y obras de la Segunda Unidad, traduciéndose en un ahorro en los consumos de energía internos y en un aumento posible de 20 MW de potencia. Adicionalmente, se optimiza el manejo de insumos y residuos, y se aumenta la eficiencia y seguridad del suministro eléctrico de la Segunda Unidad. De acuerdo a lo señalado en la DIA, las emisiones a la atmósfera del proyecto en relación al proyecto originalmente aprobado, son equivalentes para SO2 y CO, mientras que para NOx y MP, los valores de emisión son menores en un 13% y 33% respectivamente. En materia de residuos (domésticos, líquidos, industriales y peligrosos), no habría diferencias en relación al proyecto original aprobado, salvo en los industriales no peligrosos que aumentarían menormente.

dudosa la procedencia del recurso de protección, por no tratarse de un acto terminal que pueda vulnerar alguna garantía constitucional. Para esto está precisamente el proceso de evaluación ambiental establecido en la Ley N° 19.300. Indica la CS que *"...el acto cuestionado no contiene fundamentos ni motivos que den cuenta de las razones consideradas por la autoridad para adoptar tal decisión, lo así resuelto deviene en arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen y legitimen, pues un proyecto que fue aprobado por Estudio de impacto ambiental y que ahora pretende modificaciones de la importancia y entidad que ya han sido referidos no puede ser sometido a una mera Declaración".*

Sin embargo, debe tenerse presente que el test de admisibilidad es un acto formal y no una evaluación de fondo. Lo que busca dicho test es analizar si el estudio o declaración consideró las exigencias formales. Se estima que el error de la Corte Suprema está en pretender que con este examen de admisibilidad se está considerando el fondo del proyecto, cuando en la realidad sólo se está revisando si el estudio o declaración está completo en relación a las exigencias legales y reglamentarias. Por ello, parece equivocado el actuar del máximo tribunal, ya que la evaluación de fondo sobre si procede un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental le corresponde a los órganos sectoriales que evalúan. El hecho de que el proyecto haya sido admitido a trámite no implica que dichos órganos no puedan solicitar luego un Estudio de Impacto Ambiental si estiman que el proyecto puede generar alguno de los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300, como más adelante se indicará.

Sin embargo la Excma. Corte Suprema indica que *"así las cosas, la calificación de impacto ambiental de la que trata el artículo 11 ter del cuerpo legal anteriormente invocado para los casos de modificación de un proyecto, sólo se satisface por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una mera Declaración, al contrario de lo que se pretende, pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica"* (Considerando quinto).

Continúa el considerando sexto expresando que *"La necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental, al igual como se hizo al momento someter a ese procedimiento los proyectos originales, y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente".*

El análisis de la Corte es errado y se aparta de la legalidad, puesto que la Ley N° 19.300 establece claramente el modo en que deben evaluarse los proyectos. Es así como su artículo 10 establece qué tipologías de proyectos deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Por su parte, el artículo 11 es el que diferencia qué proyectos deben evaluarse a través de un Estudio de

Impacto Ambiental, en base a si generan o presentan a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias allí señalados[2].

La Excma. Corte Suprema, para fundar su sentencia, no hace un análisis del artículo 11, sino que señala que *"no se entiende cómo una Declaración de Impacto Ambiental permita evaluar una cuestión técnica compleja ... pues un proyecto que fue aprobado por un Estudio de impacto ambiental y que ahora pretende modificaciones de la importancia y entidad que ya han sido referidos no puede ser sometida a una mera declaración* (considerando séptimo)*"*. Lo discutible es que la sentencia no hace análisis técnico alguno en ninguno de sus considerandos y tampoco indica cuál es el efecto, característica, o circunstancia de los taxativamente señalados en el aludido artículo 11, que ameritaría que el proyecto ingrese por un EIA.

La determinación de la vía de ingreso (DIA o EIA) es precisamente parte de lo que analiza el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, cuestión que máximo tribunal omite señalar. Para este caso particular, y como se ha indicado precedentemente, ninguno de los servicios sectoriales, luego de sus análisis técnicos, ha requerido que el proyecto ingrese por un EIA. No se entiende entonces bajo qué supuestos llega a esa conclusión.

3. Proyecto Parque Eólico Chiloé (rol n° 10.090-2011)

El 22 de marzo de este año, la Exma. Corte Suprema revocó la sentencia de la I.Corte de Apelaciones de Puerto Montt, y acogió el recurso interpuesto contra la resolución que califica favorablemente el proyecto "Parque Eólico Chiloé" (Rol N° 10090-2011), fundando su decisión en que a su juicio es necesario un Estudio de Impacto Ambiental para la evaluación del proyecto, instrumento que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, el que deberá ajustarse además a los términos del Convenio N° 169 de la OIT.

Entre los temas relevantes de la sentencia, el considerando octavo establece que se requiere, respecto del contenido de la consulta, que ésta permita a los pueblos indígenas: "*...posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad"*. Esto sin duda aumenta el estándar de participación de las comunidades indígenas a juicio de la CS, pero deja en una situación incómoda al SEIA dado que a través de este instrumento resulta imposible "influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto".

---

2 a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización 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; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Lo anterior es similar a lo señalado por la Corte respecto del proyecto "Sondaje Prospección Paguanta" (ROL N° 11.040-2011). En este caso incluso la Corte se refiere a que esa posibilidad de influir debe ser desde la gestación del proyecto.

4. Sondaje Prospección Paguanta (rol n° 11.040-2011)

La sentencia de fecha 30 de marzo de 2012 revoca la sentencia dictada por la I.Corte de Apelaciones de Iquique, en sede de protección.

El máximo tribunal declara que se deje sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental y ordena que el proyecto *"... deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales".*

Nuevamente, en este caso la Corte eleva la vara y deja al Sistema de Evaluación Ambiental en una situación de injustificada insuficiencia, cuando dice, en el considerando noveno de la sentencia, que la consulta debe brindar a las comunidades indígenas *"... posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del mismo, en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad".*

La tramitación como Declaración en lugar de un Estudio de Impacto Ambiental, y la omisión de la consulta indígena en los términos en que la Corte lo ha requerido para este caso, devienen en que señale en su considerando décimo: *"...que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. "*

Se repite entonces el mismo error: extender en demasía, fuera de los límites consagrados en la ley, los requisitos de validez de la consulta indígena.

III. FALLOS QUE SE CONSIDERAN AJUSTADOS A DERECHO

1. Proyecto Hidroaysén (rol n° 10.220-2011)

La Excma.Corte Suprema, con fecha 4 de abril de 2012, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rechazando los recursos de protección (6) interpuestos en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén.
Aspectos relevantes del fallo:

a. Afectación del Parque Nacional Laguna San Rafael
La Corte resuelve que la ejecución de un proyecto como el que se pretende en un parque nacional

no se encuentra prohibida por la ley. Sólo se impone la obligación de someterse al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental, como ha ocurrido en este caso.

En cuanto a la circunstancia que se permita la afectación de un sector del parque y que como medida de compensación se agreguen 100 hectáreas de superficie colindantes a los actuales límites del Parque Nacional Laguna San Rafael, lo que involucra alterar los límites del área sin que exista una ley para ello como lo dispone la Convención de Washington, la CS señala que la Constitución consagra en su artículo 60 las materias que son objeto de ley, dentro de las cuales no se contemplan los límites de los parques nacionales, de modo que no existe impedimento para que su modificación se haga a través de un instrumento distinto al de una ley.

b. Afectación del huemul

La Excma. Corte Suprema establece que cualquier proyecto de los señalados en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 produce un impacto ambiental, por lo que debe aceptarse que un proyecto de esta envergadura generará una alteración del medio ambiente, y no puede pretenderse que el Huemul no se vea afectado en forma alguna.

Estima que el proyecto ha propuesto suficientes medidas de compensación (Estudio de Cérvidos y creación de área de conservación de 11.560 Ha).

c. Predicción y evaluación de eventuales situaciones de riesgo

Los recurrentes sostienen que casi todos los pronunciamientos están condicionados a la entrega de información adicional previa a la construcción del proyecto (estudios o informes que debe aprobar una autoridad) y que esto vulnera el principio preventivo del sistema de evaluación. Dentro de los riesgos que no habrían sido evaluado, según ellos, se encuentran: (i) fenómenos glofs, que implican el desborde de un glaciar con descarga de agua, roca y sedimento, y (ii) fluctuaciones de caudal. Señalan que esto no les permite participar de la evaluación completa

La Corte sostiene que las condiciones impuestas no atentan contra la legalidad ni constituyen arbitrariedad. Indica que la propia ley de medio ambiente considera artículos que suponen la posibilidad de exigir condiciones en la Resolución de Calificación Ambiental. Adicionalmente, expone que estos estudios deben ser aprobados por las autoridades competentes (Dirección General de Aguas y Dirección de Obras Hidráulicas), en base a un procedimiento administrativo como el regulado en la Ley N° 19.880, que considera la participación de los interesados.

d. Fragmentación del proyecto hidroeléctrico de la línea de transmisión

La Excma. Corte Suprema es clara al señalar que la ley no exige que los proyectos deban presentarse conjuntamente. Lo que prohíbe el artículo 11 bis de la Ley 19.300, es que a sabiendas se fraccione un proyecto o actividad con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que no se advierte que haya ocurrido en este caso.

Votos disidentes

La sentencia contiene dos votos disidentes, que en lo medular se refieren a que la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén habría incurrido en ilegalidad al dejar de aplicar el texto expreso de la ley y obviar los principios que la rigen (principio preventivo), otorgando una calificación favorable a un proyecto que no cumple con la obligación que prescribe el artículo 12 letras d) y e) de la Ley N° 19.300 y que obliga a considerar una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo; como también las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente.

Dichas supuestas ilegalidades se relacionan con (i) la afectación del Parque Nacional Laguna San Rafael y del huemul y (ii) la ponderación de los efectos glofs y de fluctuaciones de caudal. Respecto de ambos riesgos la RCA exige estudios que deberán ser validados antes del inicio de la etapa de construcción, considerando los Ministros disidentes que esto excede la ley y por ello infringe las garantías constitucionales.

2. Proyecto línea de transmisión en poste de hormigón 110kv Melipeuco-Freire (rol n° 1602-2012)

El máximo tribunal, por Sentencia de fecha 8 de junio de 2012, conociendo de la apelación en contra de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 20.01.12, que acogió el recurso de protección interpuesto por la Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras comunidades indígenas en contra de la Resolución Exenta N° 127, de fecha 4 de noviembre de 2011 (RCA) dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire", (Rol Ingreso 349-2011), acoge y revoca la sentencia recurrida rechazando el recurso de protección interpuesto Rol Nº 1602-2012.

El fallo de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, dando aplicación al artículo 6 del Convenio 169 OIT, referido al deber de consulta: *"... ordena que el proyecto referido sea ingresado al Sistema de Evaluación Ambiental por medio de un Estudio de Evaluación Ambiental (EIA), debiéndose dar cumplimiento con el deber de consulta a las comunidades recurrentes contemplado en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT".*

La Corte Suprema expresa que la proximidad de las Comunidades Indígenas o de los sitios de significación cultural no es suficiente para dar por acreditada la significancia de los impactos a que se refiere el artículo 11 de la Ley N° 19.300. Con ello cambia la doctrina establecida en el fallo del Parque Eólico Chiloé, en que bastó la proximidad de las comunidades y sitios de significación cultural para entender la afectación.

Indica además la Corte, acertadamente en este caso, que no se ha logrado acreditar por los recurrentes de protección la mencionada afectación, y por ello no resulta procedente realizar un EIA y menos una consulta en el marco del SEIA.

Finalmente, el máximo tribunal aplica un criterio restringido de tierras indígenas, entendiendo que son sólo aquellas que señala el artículo 12 de la Ley 19.253, Ley Indígena.

IV. CONCLUSIÓN

Como se ha visto, la Excma. Corte Suprema parece haber incurrido en errores que impactan la credibilidad de nuestro orden medioambiental, y su capacidad de arribar a soluciones conforme a derecho que transmitan su legitimidad a la sociedad, cada vez más activa y sensible a estas materias.

Las observaciones que se han hecho en este trabajo, han dicho relación fundamentalmente con las siguientes cuestiones:

-En primer lugar, con la posibilidad de impugnar, en sede de protección, actos trámite del procedimiento administrativo de evaluación ambiental. Se ha señalado que éstos no son impugnables por medio de recurso de protección, pues no son susceptibles de afectar garantías constitucionales. La relativización de este principio podría generar una paralización completa de la evaluación ambiental de proyectos, ya que cualquier acto de mero trámite, de los muchos que existen en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, podría ser objeto de un recurso de protección.

-En segundo lugar, la Corte en algunos casos incursiona en dominios que son de competencia de la administración activa. Además, se ha sostenido que la acción de protección es por naturaleza cautelar, por lo que no es el instrumento idóneo para discutir sobre consideraciones técnicas, siendo el papel de las Cortes únicamente verificar si se cumplió con la legalidad vigente, y no entrar a la consideración de aspectos técnicos, que corresponden a un juicio de lato conocimiento.

-Finalmente, también parece un error el carácter que se le ha dado en oportunidades al Convenio 169 de la OIT. Este convenio, tal como ya lo ha dicho el Tribunal Constitucional, es de carácter programático salvo el deber de consulta contenido en sus artículos 6° y 7°. Esta afirmación ha sido relativizada por fallos como el recaído en el proyecto El Morro, en el cual se hace mención a la aplicación de otros artículos del referido convenio, por ejemplo en materia de distribución de los beneficios de los proyectos a los pueblos indígenas afectado.