

Comentario a la Sentencia sobre el Proyecto Hidroléctrico Río Cuervo

Luis Cordero Vega¹
Ezio Costa Cordella²

I. INTRODUCCIÓN

En Mayo de 2012 la Corte Suprema acogió un Recurso de Protección³ interpuesto por la Corporación Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA) en nombre de habitantes de la comuna de Puerto Aysén, en contra del Informe Consolidado de Evaluación (ICE) del proyecto “Central Hidroeléctrica Río Cuervo”, sobre la base de la falta de estudios relativos al riesgo que podía significar la construcción de la Central sobre una falla geológica y en un área volcánica. El riesgo había sido advertido por el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) en uno de sus informes previos, sin embargo durante la tramitación ambiental el ICE no consideró esta exigencia y el propio SERNAGEOMIN dio su conformidad en la etapa de aprobación del mismo.

243

La Corte de Apelaciones de Coyhaique rechazó el recurso presentado.⁴ La razón que tuvo para eso fue que el ICE había sido dictado conforme a la ley, constituyendo un acto trámite no impugnabile legalmente, señalando además que los hechos debatidos en el caso excedían la naturaleza del recurso de protección.⁵ Durante la tramitación judicial no existió Orden de No Innovar y tras la dictación de la sentencia, la Comisión de Evaluación

1 Abogado, Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida, Magíster en Derecho, Magíster en Políticas Públicas, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo e Investigador Senior de RegCom, Universidad de Chile.

2 Abogado, Magíster (c) en Derecho, Mención Derecho Público, Universidad de Chile. Investigador de RegCom, Universidad de Chile y Director Ejecutivo de FIMA.

3 Sentencia Corte Suprema (SCS), 11 de mayo de 2012, rol Nº 2463-2012.

4 Sentencia Corte de Apelaciones (SCA) de Coyhaique 03 de marzo de 2012, rol Nº 7 – 2012.

5 Ver considerandos 7º a 9º.

Ambiental de la Región de Aysén calificó favorablemente el proyecto.⁶ Días más tarde la Corte Suprema acogió el recurso de protección interpuesto, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones y rechazó el proyecto.

El caso es relevante por tres razones: (a) la primera porque ratifica la impugnación de los actos trámite al interior de la evaluación ambiental; (b) en segundo lugar, desarrolla un concepto de principio preventivo –más bien precaución en sentido débil– que aplicado a la evaluación ambiental debería tener un impacto en la manera de realizar las evaluaciones, considerando especialmente las exigencias o informaciones adicionales que se puedan exigir al proponente para el futuro en la calificación ambiental; (c) en tercer lugar, ratifica la revisión intensa de expediente administrativo como un medio de control de las decisiones de organismos administrativos de carácter técnico.

A continuación analizaremos los presupuestos del caso y los aspectos que explican los tres temas señalados.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

244

El proyecto hidroeléctrico Río Cuervo consiste en la construcción de una central Hidroeléctrica de embalse en el Río Cuervo, ubicado en la XI región de Aysén, a aproximadamente 50 kilómetros de la ciudad de Puerto Aysén. Se proyecta la construcción de la represa en el área de influencia de la falla geológica “Liquiñi Ofqui” y que asimismo, se encuentra cercana a volcanes activos.^{7 8}

6 La calificación se realizó el día 08 de marzo de 2012.

7 ORD. N° 2989, 5 de octubre de 2009, SERNAGEOMIN, advierte en su primer informe, con observaciones, del Estudio de Impacto Ambiental: “4.2 Por otra parte, siendo la zona de emplazamiento del proyecto una zona sísmica y volcánica activa, la geología proporcionada por la Línea Base, adolece de no entregar la estratigrafía completa de algunos volcanes, y sus productos. Más si se considera que la construcción de una central hidroeléctrica supone un cambio importante tanto en la hidrología superficial como subterránea de la cuenca afectada por el embalse.”

8 ORD. N° 2989, 5 de octubre de 2009, SERNAGEOMIN, señala que: “En cuanto a la mitigación, el peligro mayor radica en erupciones volcánicas y sismos. Por lo que se debe hacer un monitoreo continuo de la actividad sísmica del volcán y tener presente la necesidad de saber qué hacer en caso de erupción, esto es, presentar Planes de Emergencia y Contingencia, además de planes de monitoreo volcánico y sísmico.

1) Se debe tomar en cuenta que una erupción mantendría la central fuera de funcionamiento a lo menos por meses. Incluso en casos más extremos, por ej. Chaitén, durante años, por lo que el embalse corre riesgo de colapsar por rebalse y embancamiento.

2) En el capítulo de mitigación no existe un plan de contingencia dada una erupción, por lo que se requiere proponer plan de monitoreo y contingencia, que incluyan la generación de redes de comunicación y apoyo con Onemi y el Servicio Nacional de Geología y Minería.”

El proceso de evaluación comenzó en agosto de 2009 y el 28 de diciembre de 2011, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), dictó el ICE respectivo, sometiéndolo a visación por parte de los servicios involucrados en la Evaluación Ambiental,⁹ cuestión que acabó el 4 de enero del 2012. Una vez terminada la visación del ICE, el Director Regional de SEA procedió a citar a la Comisión de Evaluación Ambiental para proceder a la votación final para la aprobación o rechazo del proyecto Central Hidroeléctrica Río Cuervo.

El 27 de enero de 2012 se interpuso el recurso de protección en contra del ICE señalado, alegando que era un acto ilegal que amenazaba el derecho a la vida y la integridad física y psíquica,¹⁰ que asimismo conculcaba el derecho a la igualdad ante la ley¹¹ y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.¹²

La principal ilegalidad reclamada por los recurrentes era el incumplimiento de los requisitos del artículo 9 bis de la ley 19.300 en la dictación del ICE; por cuanto se decía que el acto impugnado: (a) no contenía pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron de la evaluación del proyecto, alegando que algunos pronunciamientos eran infundados y otros contradictorios con el procedimiento de evaluación; (b) que las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados no se encontraban técnicamente evaluadas; y, (c) que el ICE no contemplaba una recomendación de aprobación o rechazo.

245

Asimismo, se alegaba la ilegalidad del ICE por incumplir con los principios preventivo y precautorio, por cuanto a pesar de no existir los estudios geológicos suficientes y necesarios en el procedimiento de evaluación

9 El artículo 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), señala expresamente: "Artículo 27.- Una vez que se hayan evacuado los informes definitivos a que se refieren los incisos segundo y tercero del artículo anterior, se elaborará un Informe Consolidado de la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental. El Informe Consolidado de la Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental deberá contener: (...) (...) Dicho informe se remitirá a los órganos de la administración del Estado que participen en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, para su visación final, quienes dispondrán para tal efecto de un plazo máximo de cinco días. Si así no lo hicieren, darán razón fundada de su negativa. Una vez que exista constancia de la visación a que se refiere el inciso anterior, o de su negativa, y/o transcurrido el plazo de cinco días, se anexarán a dicho Informe Consolidado de la Evaluación las visaciones o negativas que se hubieren recibido."

10 Artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República (CPR).

11 Artículo 19 N° 2 CPR.

12 Artículo 19 N° 8 CPR.

ambiental, de todas formas se había dictado el ICE y se daba lugar a la citación de la Comisión de Evaluación Ambiental para votar el proyecto. Esto a pesar de que SERNAGEOMIN había solicitado los estudios pertinentes en sus observaciones al estudio de impacto ambiental y estos no habían sido realizados en el procedimiento.

El 3 de marzo de 2012, la Corte de Apelaciones de Coyhaique rechazó el recurso sobre la base de indicar que no existía ilegalidad en el ICE, por una parte porque este debía cumplir con los requisitos del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (RSEIA) y efectivamente los cumplía, y por otra porque dicho informe constituye un acto trámite que sirve de base para la dictación del acto terminal que es la RCA, de modo que no es impugnabile de conformidad a la ley de procedimiento administrativo.¹³

Sin embargo, apelada la decisión que rechazó el recurso, en un fallo dividido, la mayoría sostuvo que la circunstancia de que el ICE hubiese “ignorado” el informe del SERNAGEOMIN implica una ilegalidad, porque en opinión de la Corte Suprema el estudio de suelo requerido resultaba “imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental”.¹⁴ La tesis de la mayoría sostuvo su decisión sobre la naturaleza “preventiva” del SEIA.¹⁵

246

III. ¿CUÁLES SON LOS TEMAS DISCUTIDOS Y RELEVANTES EN ESTE CASO?

Tres son los temas que subyacen a la discusión de este caso: (A) la posibilidad de impugnar judicialmente el ICE; (B) los efectos del artículo 9 bis de la Ley N° 19.300 para efecto de determinar la ilegalidad del ICE y (C) la manera de concebir el principio preventivo – precautorio. La manera en cómo se discutieron cada uno de los asuntos y la manera en cómo la jurisprudencia ha adaptado algunos de estos aspectos con anterioridad, explican la importancia de las cuestiones debatidas.

13 Ver considerando 8º, SCA.

14 Ver considerando 9º, SCS.

15 Ver considerando 6º, SCS.

A. La impugnación del ICE

Una de las cuestiones debatidas en el último tiempo en la impugnación judicial de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) se vincula al tipo de acto contra el cual es procedente la impugnación. Dicho de otro modo, la pregunta relevante es si es posible trasladar a esa sede la distinción acto terminal – acto trámite, de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA).¹⁶ La Corte mayoritariamente se ha inclinado por sostener que esa distinción no es relevante para efectos de la impugnación en el recurso de protección,¹⁷ en la medida que el acto concreto que se impugne produzca el agravio o al menos lo amenace.

El tema, sin embargo, en este caso era un poco más complejo. Además de esa distinción, estaba en juego la naturaleza del ICE en el procedimiento de evaluación ambiental.

Los recurrentes sostuvieron que el ICE podía ser considerado un acto administrativo terminal, pues era el último acto dictado por el Servicio de Evaluación Ambiental dentro del procedimiento antes de que conociera la Comisión de Evaluación Ambiental, y dando por terminada esa fase de la evaluación ambiental era un acto administrativo terminal dentro de un procedimiento administrativo complejo. Se apoyaban para esta afirmación en el concepto de que la participación de diversos órganos supondría que haya varios procedimientos administrativos diversos, que terminen en actos diversos.

16 Ley 19.880. Artículo 15. Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

17 La jurisprudencia de la Corte en esta materia se ha manifestado en tres tendencias distintas. La primera, fue considerar que la RCA no podía constituir un acto susceptible de causar agravio porque este era “un acto trámite de valoración técnica”, cuyo caso destacado es Aguas Araucanía II el 2007. La segunda, fue sostener que en el SEIA lo que se debía impugnar era el acto terminal que es el que podría constituir formalmente el agravio, siendo el caso destacado el de Pesquera San José el 2010. Finalmente, desde Castilla I la tesis que ha terminado por aceptar la Corte, es que los actos trámite o intermedios de la evaluación ambiental son susceptibles de impugnación en el recurso de protección.

Aunque existen esas tres tendencias, son entre las dos últimas en donde se mantiene la discusión en la Corte. En los casos Planta de Paneles MDT de Teno y la Línea de Transmisión de Forestal Arauco, ambas de 2011, la Corte ha sostenido que los actos intermedios no son susceptibles de impugnación. En cambio, en el caso Bocamina II fue partidario de la tesis sostenida en Castilla I y Río Cuervo.

Por otra parte, sostuvieron que incluso en caso que no se le considerara un acto administrativo terminal, de todas formas el ICE era un acto que tenía la potencialidad de vulnerar derechos fundamentales, siendo a lo menos un acto trámite cualificado.

La autoridad ambiental, en cambio, sostuvo que el ICE es un acto trámite y como tal no sería impugnabile, en consideración a que el único acto terminal del SEIA sería la Resolución de Calificación Ambiental, utilizando la distinción de la LBPA.

La tesis de la Corte de Apelaciones fue que el ICE era un acto trámite y, en cuanto tal, no impugnabile judicialmente.¹⁸ Afirmó que:

“(...) Por lo demás, constituyendo dicho informe un mero trámite dentro del procedimiento de evaluación ambiental, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 19.880 no es impugnabile, ya que no se encuentra en las situaciones que prevé el inciso segundo, del artículo y cuerpo legal citados, puesto que no determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento ni produce indefensión, razón complementaria, también, como para rechazar la acción tutelar intentada.”

248

La Corte Suprema sin embargo, siguiendo con el estándar de su jurisprudencia previa, afirmó que no hace análisis sobre el particular, vale decir no establece vinculación entre la característica de terminal del acto recurrido y su potencialidad de vulnerar derechos fundamentales, sino que mira al acto en sí mismo con independencia de su posición en el procedimiento administrativo.

Pero a pesar de que esa conexión es obviada por la Corte Suprema, ello generó rechazo por parte de los ministros Carreño y Pierry, quienes siendo minoría votan en contra del recurso de protección, especialmente por considerar que el ICE es un acto trámite:

“Que de esta manera el acto censurado, en cuanto fue desplegado en cumplimiento de la legislación que rige esta materia y cuya finalidad

18 SCA, considerando 8°.

apunta a dictar el acto administrativo terminal, que es resolver si un proyecto o actividad se ajusta a la normativa ambiental, carece de la aptitud necesaria para amenazar cualquier garantía constitucional, pues como acto intermedio no puede generar efecto alguno en tal sentido.”

Como se ve el recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contenciosa administrativa, sigue tensionando la relación entre acción de urgencia (en donde se debe observar el acto de agravio autónomamente) de un sistema de impugnación de nulidad administrativa propio del contencioso, en donde se debe observar el acto impugnado sobre la lógica del procedimiento que lo crea. Río Cuervo es, en ese sentido, otra evidencia de esa tensión.

B. Vigencia del artículo 9 bis¹⁹

El artículo 9 bis de la ley 19.300 establece las condiciones de aprobación de un proyecto para la Comisión de Evaluación Ambiental, señalando que ésta debe ceñirse a lo dicho en el ICE en los aspectos normados. Además, establece los requisitos de dictación del ICE y por último señala que el incumplimiento de la norma será considerado vicio esencial del procedimiento.

Era el incumplimiento del artículo 9 bis el que constituía piedra angular de la ilegalidad del acto, pues alegaban los recurrentes que no se cumplía con los requisitos del ICE, dado que él no contenía la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad, ni tampoco una recomendación de aprobación o rechazo y los pronunciamientos fundados de los organismos sectoriales.

Este artículo fue introducido por la reforma a la ley, mediante ley 20.417, vigente desde el 26 de enero de 2010 y en cuyo artículo transitorio número

19 Ley 19.300. "Artículo 9° bis.- La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. En todo caso, dicho informe deberá contener, los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto. El incumplimiento a lo señalado en el inciso anterior se considerará vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental."

uno en su inciso final expresa que:

“Los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previos a la publicación de la presente ley, se sujetarán en su tramitación y aprobación a las normas vigentes al momento de su ingreso.”

Habiendo sido el proyecto presentado con anterioridad a la fecha de vigencia de la reforma, la discusión se centró en si la norma del artículo 9 bis era de aquellas sólo aplicables a proyectos nuevos o si por el contrario era posible aplicarlo a proyectos que se encontraban en tramitación con anterioridad.

La alegación de los recurrentes seguía el curso argumentativo de que el artículo 9 bis no constituía una norma de tramitación y aprobación de proyectos que tuviera efectos para el titular y que por lo tanto no cabía en la lógica del artículo uno transitorio. En efecto la situación de los titulares en nada cambiaba si al procedimiento se le aplicaba la norma, y entendiendo que el artículo transitorio estaba establecido con el objeto de no perjudicar a los titulares de proyectos que ya hubiesen presentado sus Estudios, ello no se producía. Lo que la norma hacía era dotar de cuerpo al ICE, siendo por lo tanto una obligación para la administración, a la cual no se le aplicaba el artículo uno transitorio.

250

El SEA sostuvo que la norma no estaba vigente por lo dispuesto en el artículo primero transitorio y que por lo tanto no había obligación de cumplirla, siendo que además se cumplía íntegramente con lo señalado en el artículo 27 del Reglamento del SEIA. Por último, señalaba que al ser un problema de interpretación normativa este no era susceptible de ser analizado en sede de Protección.

Sobre esa argumentación, la Corte de Apelaciones sostuvo que el artículo 9 bis no le era aplicable al proyecto Río Cuervo. Afirmó que:

“(…) Consecuencialmente, los requisitos que echa de menos la recurrente en el acto recurrido, no son omisiones ni infracciones a la ley, toda vez que a dicho informe sólo le es aplicable el cumplimiento de las menciones que ordena el artículo 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que, confrontado con el Informe Consolidado de

Evaluación impugnado, acompañado por la recurrida, no se aprecia omisión ni incumplimiento a ninguna de las disposiciones que dicha norma reglamentaria establece(...)."

Por su parte, la Corte Suprema si bien estuvo de acuerdo sobre la vigencia del artículo 9º bis, advirtió que ello no eximía de la aplicación de un estándar de revisión de legalidad sobre la naturaleza y principio de la evaluación ambiental. Señaló que:

"Que si bien es efectivo que el estudio de impacto ambiental fue presentado antes de la modificación de la Ley N° 19.300 como consecuencia de la dictación de la Ley N° 20.417, no lo es menos que cualquiera sea el cuerpo normativo aplicable al proyecto, según la etapa del mismo, éste debe ser estudiado y analizado por los organismos de rigor bajo el prisma de los principios ambientales que se han tenido a la vista al momento de legislar. No debe olvidarse que la Ley N° 19.300 constituyó una ley marco en materia ambiental que se hizo aplicable a todas las actividades o recursos respecto de los cuales posteriormente se crearon leyes especiales, por ello y recurriendo a la historia de la ley en comento y según se indicó en el Mensaje Presidencial de la misma "(...) el camino que se ha adoptado es dar un marco legal y preparar a los funcionarios del sector público para que puedan hacer cumplir las disposiciones; y así poco a poco, desarrollar las legislaciones sectoriales."²⁰.

251

Como se ve es la naturaleza preventiva del SEIA el que utilizará la Corte para razonar sobre los hechos del caso y finalmente determinar la ilegalidad del ICE para acoger el recurso de protección.

C. El principio preventivo

El último de los aspectos y quizá el más discutido desde el punto de vista conceptual, corresponde a la manera de entender la evaluación ambiental desde la perspectiva del principio preventivo, un argumento expuesto por la Corte Suprema con mucha insistencia en su jurisprudencia reciente.²¹

²⁰ SCS, considerando 5º.

²¹ Está presente como argumento esencial para la resolución de los casos Bocamina II, Dunas de Con Con y Castilla II

Como se explicó, una de las ilegalidades que alegaban los recurrentes era que el ICE no contara con los pronunciamientos fundados de los organismos sectoriales, expresando que los pronunciamientos de varios de los servicios que habían participado en la evaluación no tenían su fundamento en el ICE. Especial énfasis se hacía en lo referido al caso específico de SERNAGEOMIN, que había solicitado estudios específicos para poder analizar el proyecto y finalmente recomendar aprobar o rechazar el mismo.

En efecto, el ICE señalaba que éste organismo había solicitado:

“(...) un estudio en detalle de las erupciones holocenas enfocado en los depósitos piroclásticos, tales como caída y flujos piroclásticos ashflow, scoriaflow; ello en el entorno inmediato del volcán Cay. El mencionado estudio, deberá ser presentado previo al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberá proponer el plan de prevención correspondiente. Respecto del modelo de velocidades, el titular deberá presentar a la autoridad competente un segundo estudio que incluya en el modelo, la información de fuentes sismogénicas regionales, en atención a las características del entorno en el que se emplaza el proyecto. El titular deberá implementar un plan de monitoreo del nivel de aguas subterráneas en el sector de Portezuelo, el que deberá ser presentado a la autoridad competente, previo al inicio del llenado del embalse.”

252

Los recurrentes sostuvieron que varios otros organismos también habían puesto “condiciones” al proyecto, las que consistían en hacer estudios posteriores a la aprobación y que ello era inaceptable, pues se vulneraba el principio preventivo, que creó el SEIA precisamente con el objetivo de evitar que se produjeran problemas ambientales, evaluando previamente los impactos de los proyectos.²²

El tercero en la acción, Energía Austral– titular del proyecto– señaló en sus presentaciones que:

“En segundo lugar es necesario señalar que tanto el principio preventivo

20 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 19.300, p.11 y siguientes.

*como el precautorio, que evidentemente no han sido vulnerados en el caso como fue probado suficientemente con anterioridad, no son principios que estén autónomamente garantizados a través del artículo 20 de la Constitución Política de la República, y en consecuencia no deben ser incluidos de esa forma en el debate.*²³

Para la Corte de Apelaciones éste no fue un punto en discusión, porque su análisis lo concentró en los presupuestos procesales y formales de la impugnación del ICE. Si lo hizo, sin embargo, la Corte Suprema.

Para la Corte Suprema es precisamente el principio preventivo el que permite justificar su decisión, en razón de lo cual explicita su importancia como fundamento del SEIA²⁴ y su aplicación para la resolución de casos complejos como éste.²⁵

Afirma la Corte, al resolver el caso que:

“(...) de acuerdo a las disposiciones indicadas, la ilegalidad del ICE materia de este recurso deriva del incumplimiento del Servicio de Evaluación Ambiental de la obligación de hacerse cargo en el mismo de las condiciones fijadas por el SERNAGEOMIN en el Informe acompañado a fojas 101, que condicionó el proyecto a la realización de una 'Predicción y evaluación de impactos y situaciones de riesgo, puesto que debido al

253

23 Escrito presentado por Energía Austral Limitada con fecha 23 de febrero de 2012 en autos rol 7-2012, Corte de Apelaciones de Coyhaique.

24 SCS, considerando 6°.

25 SCS, considerando 7°.

Nota de Luis Cordero. En mi opinión la Corte en este considerando, al igual que las citas que ha realizado del principio preventivo en los casos Bocamina II, Dunas de Con – Con y Castilla II, confunde principio preventivo con precautorio. El principio preventivo, en términos simples, implica adoptar decisiones cuando las consecuencias son conocidas y determinadas desde la información disponible. Es una regla consecuencialista.

En cambio el principio precautorio se da en el marco de la incertidumbre científica y se consagró desde la Declaración de Río en 1992 en el principio 15. Para la mayoría de la literatura chilena ese principio no ha sido recogido en Chile.

Sin embargo, creo y siguiendo el debate comparado, que es posible distinguir dos tipos de precaución. Una en sentido débil y otra en sentido fuerte. La primera, permite adoptar decisiones sobre la base de evidencia científica conocida aunque ésta no sea concluyente sobre sus consecuencias concretas. La segunda – la fuerte – permitiría adoptar decisiones sobre la base de evidencia meramente especulativa, lo que implicaría un eventual estándar de prohibición.

Estimo que en Chile, tras la ley N° 20.417 se aceptó el principio de precaución en sentido débil, cuya evidencia más clara la constituye la exigencia de estudios de riesgos en salud en el caso de las evaluaciones ambientales en donde no existan normas de referencia.

Pareciera que la Corte cuando se está refiriendo al principio de prevención, en verdad está tratando de justificar su decisión de acuerdo al criterio del principio de precaución, pero en sentido débil. Si esa es su intención, en mi opinión es correcta aunque equivoque los términos que utiliza en su fundamentación.

*fenómeno de flujos piroclásticos –gases volcánicos- y su potencial acceso al río Tabo, se requiere que el titular del proyecto presente a la autoridad competente un estudio de detalle de las erupciones holocenas enfocado a los depósitos piroclásticos (...); ello en el entorno inmediato del volcán Cay. Dicho estudio, señala el organismo estatal, debe ser presentado **previo** al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberán proponer al plan de prevención correspondiente.”²⁶*

Y a continuación, afirma:

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.”²⁷

254

De este modo, para la Corte lo que amenaza la garantía de los recurrentes es que la postergación de estudios a situaciones futuras fuera del SEIA, constituye una ilegalidad que afecta la estructura y lógica preventiva del SEIA. Planteado de otro modo, para la jurisprudencia de la Corte las evaluaciones dentro del SEIA deben ser completas y no es jurídicamente aceptable que estas se posterguen para evaluaciones futuras.

IV. CONCLUSIONES

El caso Río Cuervo es otra de las decisiones en donde la Corte ha centrado la discusión en la manera de analizar la validez de la calificación ambiental desde la perspectiva del Derecho Administrativo procedimental.

Como hemos señalado, lo que cuestionaban los recurrentes²⁸ era que el ICE violaba su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación,

²⁶ SCS, considerando 8º.

²⁷ SCS, considerando 9º.

²⁸ SCS, considerando 10º.

porque éste se había dictado con prescindencia de algunas observaciones planteadas por los servicios públicos, en especial el SERNAGEOMIN, en relación con la necesidad de realizar estudios de suelo considerando las medidas de “seguridad y prospección de mitigación y prevención sísmica y de tsunamis” dada las “fallas en la geografía de los lagos que serían intervenidos por el proyecto”. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso sosteniendo el ICE – que es una especie de acto administrativo preparatorio a la RCA – no constituye por sí mismo una medida suficiente para producir agravio, porque éste es nada más que un acto trámite destinado a la dictación de un acto administrativo terminal, la calificación ambiental.

Sin embargo, el fallo de mayoría de la tercera sala de la Corte Suprema sostuvo otra cosa. Señaló que el ICE es susceptible de impugnación, porque en él se contienen eventuales actos de agravio. Hasta ahí, la Corte decide optar por un criterio expuesto en otros casos como Campiche y Castilla en donde aceptó la impugnación de actos trámite.

Pero además, el fallo de la Corte tiene un segundo aspecto que resulta indispensable destacar. Una de las cuestiones debatidas en el presente caso era si se podía admitir que el ICE prescindiera del informe técnico del SERNAGEOMIN mediante el cual se exigía un estudio de suelo previo a la construcción del embalse y sobre esa base se exigía proponer un plan de prevención. La tesis de los recurridos y de la propia empresa, fue que buena parte de las interrogantes planteadas por el servicio fueron despejadas en la evaluación lo que implicó la conformidad del SERNAGEOMIN en la etapa final, imponiendo la condición de realizar el estudio antes de la ejecución de obras.

255

La Corte, no obstante, considera que esa es una información esencial que debe existir antes de la votación para la aprobación o rechazo del proyecto. Por esa vía, el voto de mayoría se involucra directamente en la evaluación ponderando la observación de uno de los servicios involucrados y transformando la omisión de sus requerimientos en un problema de ilegalidad con prescindencia de su conformidad posterior, fundándose para ello en las consecuencias del “principio de prevención” como fundante del SEIA.

Un mes antes de que se dictara esta sentencia, en votación dividida, la Corte Suprema, en el caso Hidroaysén,²⁹ había aceptado que una medida de ese tipo era admisible en tanto estuviera condicionado a la ejecución de estudios posteriores a la RCA. Esta vez, sin embargo, la tesis de la Corte fue distinta y para eso desarrolló extensamente el principio de prevención. En efecto, afirmó que a consecuencia de tal principio no es jurídicamente admisible que una evaluación ambiental prescinda de información técnica para el desarrollo futuro de estudios que en opinión de ella debían ejecutarse con anterioridad, pues de lo contrario se eludirían las obligaciones propias del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), cuestión que había advertido la minoría en ese caso.

Esta cuestión no es trivial en la evaluación ambiental, pues como saben los practicantes en esta área, es una regla habitual que muchos estudios producto del proceso de discusión queden sujetos a ejecución posterior por la complejidad asociada, la extensión de los mismos o exigencias adicionales impuestas por los servicios públicos. La Corte considera que esa manera de operar en el SEIA es ilegal y de sostener ese criterio, implicará un cambio en la manera de funcionar en los procedimientos ambientales, lo que puede tener consecuencias insospechadas.

256

Río Cuervo es una nueva advertencia a los litigantes ambientales públicos y privados, que buena parte de los conflictos asociados a la regulación ambiental tienen cuestiones de Derecho Administrativo procedimental que resulta indispensable tener en consideración al momento de litigar sus casos ante la Corte Suprema, dada la manera en que los últimos años viene razonando este tribunal en estos asuntos. La pregunta nuevamente es, ¿Mantendrá la Corte el control intenso de expediente luego de la entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales? Por ahora, es difícil concluir algo.

29 SCS, 04.04.2012, rol Nº 10.220-2011