

CUANDO LA JUSTICIA SE TRANSFORMA EN REGULADOR: EFECTOS DE “CASTILLA”

SILVIA BAEZA VALLEJO
SUSANA JIMÉNEZ SCHUSTER

RESUMEN: Durante el 2012 y a partir de diversos fallos de la Corte Suprema, se ha planteado un debate respecto a la excesiva judicialización de los proyectos de envergadura sometidos para su aprobación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Así, iniciativas de inversión, principalmente energéticas, a pesar de ser aprobadas por el órgano técnico, han sido vetadas al someterse, generalmente vía recursos de protección, al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Esta tendencia se manifiesta con claridad en el denominado caso Castilla, en que la Corte Suprema, en un fallo controvertido para la ciudadanía, no solo desconoce el análisis técnico efectuado por el Servicio de Evaluación Ambiental, sino que excede en su interpretación el texto mismo de la ley. Este fallo es de suma relevancia, además, por cuanto modificó el criterio vigente hasta su dictación, cual es entender que la ley permite que los proyectos sean calificados por etapas, ya que la prohibición de fraccionamiento se establece solo cuando se intenta evitar la evaluación ambiental que corresponde. La decisión de la Corte entonces no solo establece un estándar supralegal al desconocer que la presentación separada de proyectos distintos pero relacionados es ajustada a derecho, sino que además se atribuye la calidad de experto técnico calificando la pertinencia y contenido de los actos, cuando su función es resguardar su legalidad. Este trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema del 28 de agosto de 2012 que acoge el recurso de protección interpuesto en contra de la Central y Puerto Castilla, analizando los criterios con que el tribunal justifica su fallo desde la perspectiva del fraccionamiento de proyectos para evaluación, de la calificación industrial en relación con el instrumento de planificación territorial y de la aplicación del principio preventivo. Las autoras concluyen, en disidencia con lo resuelto por la Corte Suprema, que los fundamentos del fallo exceden el ámbito de atribuciones de los tribunales de justicia y que en consecuencia la sentencia constituye un ejemplo de lo que se denomina activismo judicial.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El contexto social y económico en que se inserta el denominado “Caso Castilla”. 2.1 Principales proyectos energéticos judicializados. 3. Aspectos generales del “Caso Castilla”. 4. La Sentencia de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema. 4.1 En cuanto al denominado “fraccionamiento del proyecto”. 4.2 En cuanto al cambio de calificación industrial. 4.3 En cuanto al principio preventivo. 5. Comentarios a la sentencia. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La sentencia materia de este comentario fue dictada el 28 de agosto de 2012 por la Excma. Corte Suprema (CS) en causa rol 1960-2012¹. Esta sentencia por una parte, revoca una resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (CAA) dictada el 30 de enero de 2012 que a su vez rechazó los recursos de protección interpuestos contra la resolución del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de Atacama que calificó favorablemente el proyecto Castilla, dejando por tanto esta resolución aprobatoria sin efecto.

Por otra parte, la Corte Suprema en el mismo fallo de 28 de agosto, confirma una sentencia del 6 de marzo de 2012 de la misma Corte de Apelaciones de Antofagasta que dejó sin efecto la resolución que modificó la calificación de la industria de contaminante a molesta.

En suma, el fallo conocido comúnmente como “Castilla” deja sin efecto la calificación ambiental aprobatoria del proyecto “Puerto y Central Castilla” ya que, por una parte revierte la decisión de la CAA que dejaba a firme dicha calificación, por haber rechazado los recursos deducidos en su contra y por otra, revoca el cambio de uso de suelo aprobado por la Seremi de Salud, al dejar sin efecto la sentencia que validaba dicha decisión administrativa.

2. EL CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO EN QUE SE INSERTA EL DENOMINADO “CASO CASTILLA”

El contexto social en el cual se dicta por la Corte Suprema el fallo *Castilla* es de suma relevancia. En efecto, el ambiente político en el momento en que se resuelve el caso Castilla es básicamente el de rechazo a proyectos de envergadura, el cuestionamiento

¹ Rol Corte Suprema 1960-2012: Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa Egnem S. y el ministro suplente Sr. Juan Escobar Z. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el ministro señor Escobar por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 28 de agosto de 2012. Autoriza la ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema. Se previene que la ministra señora Egnem concurre a las decisiones de revocación y confirmación signadas con los numerales I y II, teniendo únicamente presente lo razonado hasta el fundamento trigésimo segundo y luego en los motivos trigésimo cuarto a trigésimo sexto del presente fallo. Redacción a cargo del ministro señor Muñoz.

sostenido al empresariado y al “modelo”, la falta de liderazgo de los actores políticos y el creciente activismo judicial, entendido en términos generales como el interés de los jueces de resolver los conflictos jurídicos ya no sobre la base objetiva de la ley sino que conforme a su propia interpretación de lo que es justo, conveniente y bueno, lo que lógicamente obedecerá a su concepción política, económica e ideológica del mundo y la sociedad. Y, como sostiene Cordero:

“El tema no es trivial. Es un error creer que la forma como nuestros jueces deciden los casos es un asunto estrictamente de los técnicos del derecho. La verdad es que está en juego la manera en que interpretamos las reglas de nuestra convivencia, en un contexto de preferencias distintas y donde cada una de ellas reclama una protección diferente. Es al final del día, la manera en como discutimos sobre nuestros valores públicos”².

Esta temperatura ambiente se percibe y permanece vigente hasta hoy, se ha manifestado con mayor o menor fuerza, pero está lejos de ser superado y su principal riesgo es que las legítimas demandas por un desarrollo sustentable se confunden ante la opinión pública con intereses particulares de quienes buscan obstaculizar el desarrollo o bien obtener un beneficio personal de este mediante la judicialización de las iniciativas de inversión.

En términos económicos, la realidad muestra que Chile es un país en vías de desarrollo que necesita de un sostenido crecimiento económico para superar definitivamente la pobreza y lograr los niveles de progreso y bienestar de la población que se ha propuesto.

Así, la experiencia nacional e internacional demuestra que este proceso va inevitablemente acompañado de una mayor demanda de energía pues es la que permite sostener la actividad productiva y satisfacer las necesidades de la población.

Tanto las estimaciones propias (oficiales y de expertos independientes) como de organismos internacionales avalan lo anterior. En particular, la Agencia Internacional de Energía estimó un crecimiento de las necesidades energéticas en nuestro país de 5,9% anual, lo que

² Ver CORDERO (2012).

elevaría la demanda de energía en cerca de 100.000 GWh al 2030 (hoy en 62.000GWh).

Resulta, pues, evidente la importancia de garantizar el suministro para satisfacer estas necesidades energéticas, pues limitaciones en esta materia tendría efectos perjudiciales en el bienestar de la población y en la competitividad del país. Para ello se requiere de importantes inversiones en proyectos de generación y transmisión que satisfagan la demanda.

Cabe además mencionar que Chile no cuenta con suficientes recursos propios para garantizar el suministro energético futuro. Los proyectos en base a fuentes propias (hidroelectricidad y energías renovables no convencionales) que hoy están en carpeta apenas cubrirían el 50% de las necesidades energéticas del país de acá al 2030. Por ello, no solo se requiere hacer uso de nuestros recursos disponibles en la generación de energía renovable, sino también permitir el desarrollo de otras fuentes termoeléctricas que cumplan con las debidas exigencias ambientales.

El problema es que las iniciativas energéticas están enfrentando crecientes dificultades para su realización, existiendo un número importante de proyectos paralizados. Lo anterior resulta contradictorio para un país que debiera ser un destino privilegiado por los inversionistas del sector eléctrico: ofrece estabilidad política y fortaleza económica, una creciente demanda energética y altos precios de la electricidad. Sin embargo, hoy faltan nuevas iniciativas de inversión, lo que pone en riesgo el suministro de energía a precios competitivos en el mediano plazo.

En particular, se estima que son más de 12 mil MW de potencia en iniciativas detenidas, lo que representa inversiones del orden de US\$ 22 mil millones. Esto se ha traducido en altos precios en el mercado spot y en los contratos de clientes libres –lo que repercute en la competitividad de la actividad minera, industrial y comercial– y ya comienza a reflejarse en los mayores precios que habrán de pagar los clientes residenciales.

Bajo este escenario, las trabas que enfrentan los proyectos para su realización son múltiples. No solo deben sortear dificultades propias de su diseño, construcción y operación, sino además demoras en las aprobaciones ambientales, largas negociaciones para establecer servidumbres y oposición ciudadana y de comunidades indíge-

nas. Estas complejidades conducen a un denominador común: el requerimiento de intervención de los tribunales de justicia.

La judicialización de iniciativas de inversión se ha multiplicado según revelan las cifras del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA): los recursos judiciales contra los Estudios de Evaluación Ambiental (EIA) que promediaban cerca de 6 por año entre 2001 y 2007, se elevaron a 15 de 2008 a 2011. Y es al sector eléctrico donde apunta la mayor cantidad de acciones jurisdiccionales contra Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA).

2.1 Principales proyectos de envergadura judicializados

Como se señaló, el contexto en el cual se dicta el fallo Castilla se encuentra inmerso en un escenario de sobrejudicialización. Esto se basa en la evidencia empírica y no en percepciones que puedan surgir de un análisis de la situación actual en materia de desarrollo de proyectos.

Parte importante de los problemas que enfrenta la realización de proyectos dice relación con el desarrollo de una industria del litigio que busca maximizar la indemnización (extracción de rentas) y la existencia de una profusa judicialización. A ello se suma uso excesivo de recursos de protección y un cambio de rol de los jueces, lo que genera incerteza jurídica y debilita la institucionalidad ambiental.

Ahora bien, el que existan cuestionamientos a los proyectos no es malo per se; las oposiciones son atendibles y por ello se les da cabida dentro del proceso de evaluación y por vía judicial. El problema es el rol que ha jugado el Poder Judicial y la influencia que ha tenido en materias propias del SEA, perdiendo toda deferencia con el órgano administrativo especializado en la materia.

Los últimos fallos, asimismo, dejan dudas respecto de cómo se están resolviendo los proyectos por medio del recurso de protección. Casos como el de la central Bocamina, donde se acogió a trámite un recurso contra un acto formal como el test de admisión; o de la central Río Cuervo, donde se fundamentó el actuar ilegal del SEA en una supuesta omisión de un informe que en realidad se había recogido textualmente de lo que pedía Sernageomin, parecen revelar que se ha querido interferir en el fondo de los temas ambientales, decidiendo cuándo un proyecto debe evaluarse ambientalmente,

bajo que modalidad, la suficiencia de las medidas adoptadas, etc., sin un sustento técnico y, en algunos casos, con un dudoso sustento legal.

A continuación, en el Cuadro N° 1, se exponen los principales proyectos de desarrollo energéticos judicializados o “entrabados” en diversas etapas de proceso de aprobación ambiental o una vez concluido este.

CUADRO N°1
PROYECTOS DE DESARROLLO ENERGÉTICO
JUDICIALIZADOS O ENTRABADOS

Proyecto	Empresa	Región	Capacidad instalada (MW)	Inv. Total (US\$ millones)	Tipo	Situación
PROYECTO DE HIDROAYSÉN CENTRALES	CENTRALES HIDROELÉCTRICAS DE AYSÉN S.A.	Región de Aysén	2.750	3.200	Centrales Hidroeléctricas	Equipos técnicos del SEIA deben analizar las reclamaciones presentadas por la ciudadanía. Luego de eso, el Comité de Ministros será oficiado para participar de la instancia y votación, que se realizará en enero, finalmente se efectuará en marzo.
CENTRAL TERMOELÉCTRICA A CARBÓN CASTILLA	CGX CASTILLA GENERACIÓN S.A.	Región Atacama	2.100	4.400	Central a carbón	Corte Suprema rechaza el proyecto (28.08.12) por considerar que no debió tramitarse por separado el Estudio de Impacto Ambiental del Puerto y la Central –aun cuando responden a descripciones distintas en la ley– dado que ello no permitiría determinar con certeza lo efectos medioambientales de la termoeléctrica Castilla.
CENTRAL A CARBÓN ENERGÍA MINERA	ENERGÍA MINERA S.A.	Región de Valparaíso	1.050	1.700	Central Termoeléctrica	Conama de Valparaíso había acogido a tramitación el EIA del proyecto, pero generó gran rechazo de la comunidad de Puchuncaví. Finalmente, Codelco decidió paralizar el proyecto.
CENTRAL A CARBÓN PUNTA ALCALDE	EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A.	Región Atacama	740	1.400	Central a carbón	Comisión de Evaluación Ambiental rechazó el proyecto, pero Consejo de Ministros para la Sustentabilidad autorizó en decisión unánime el proyecto, sujeto al cumplimiento de una serie de exigencias de mitigación. Ya fueron interpuestos recursos de protección por esta aprobación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.
CENTRAL HIDROELÉCTRICA CUERVO	ENERGÍA AUSTRAL LTDA.	Región de Aysén	640	733	Central Hidroeléctrica	Corte Suprema acogió recurso de protección en contra del SEA por organizaciones ecológicas y comunidades por la aprobación del EIA. Empresa debe realizar estudio de suelo indicado por <i>Sernageomin</i> .
CENTRAL HIDROELÉCTRICA NELTUME	EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A.	Región de Los Ríos	490	781	Central Hidroeléctrica	En etapa final de evaluación. En diciembre pasado, comunidades mapuche del lago Neltume y la Red de Organismos Ambientales de Panguipulli presentaron ante la Comisión de Impacto Ambiental de Los Ríos dos informes para frenar la construcción de la central.
CENTRALES HIDROELÉCTRICAS CONDOR Y BLANCO	ENERGÍA AUSTRAL LTDA.	Región de Aysén	54 + 375 = 429	844	Central Hidroeléctrica	Proyectos están en reevaluación y no hay certeza de la fecha de ingreso de sus respectivos EIAs. Enfrentan fuerte oposición de comunidades.
CENTRAL A CARBÓN PACÍFICO	RÍO SECO S.A.	Región de Tarapacá	350	750	A carbón	Aprobado, en proceso de licitación para su construcción. Gran oposición de la comunidad.

Proyecto	Empresa	Región	Capacidad Instalada (MW)	Inv. Total (US\$ millones)	Tipo	Situación
AMPLIFICACIÓN BOCAMINA II	ENDESA	Región de Bio Bio	20	184	Térmica de vapor - carbón	Fallo Corte Suprema obligó a Endesa a realizar EIA aun cuando se trataba de una optimización de proyecto ya aprobado. Pese al retraso, logró entrar en operación comercial el 28 de octubre.
PARQUE EÓLICO LEBU SUR	INVERSIONES BOSQUEMAR LTDA.	Región del Bio Bio	108	224	Parque Eólico	En negociaciones de servidumbres para construcción de línea de transmisión.
PARQUE EÓLICO CHILOÉ	ECOPOWER S.A.C	Región de Los Lagos	112	235	Parque Eólico	Corte Suprema ordenó un nuevo EIA que considere la opinión de la comunidad Antu Lafquen, de Huentetique, de acuerdo al Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Hay una mesa de trabajo funcionando entre Ecopower y la etnia Huilliche.
PARQUE EÓLICO ARAUCO	ELEMENT POWER CHILE S.A.	Región del Bio Bio	100	235	Parque Eólico	En negociaciones de servidumbres para construcción de línea de transmisión. En los primeros meses de 2013 debe ingresar el EIA. La empresa ha sostenido reuniones con los vecinos para exponerles detalles del proyecto.
PIRQUENES	SOUTH WORLD BUSINESS S.A.	Región del Bio Bio	50	82	Carbón y biomasa	La Corte Suprema acogió un recurso de protección presentado por vecinos en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente del Biobío por la aprobación del proyecto, confirmando el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción. La sentencia determina que la comisión no fundamentó los motivos para calificar favorablemente el proyecto y ordenó que sea sometido a una nueva votación por parte de esa instancia.
SISTEMA DE TRANSMISIÓN AYSÉN SIC	AYSÉN TRANSMISIÓN S.A.	Interregional	No aplica	3.800	Línea de Transmisión	EIA postergado mientras Gobierno no defina con mayor claridad política energética y se haga factible su realización.
SISTEMA DE TRANSMISIÓN ENERGÍA AUSTRAL- SIC	ENERGÍA AUSTRAL LTDA.	Interregional	No aplica	1.500	Línea de Transmisión	Pendiente su realización dado que tiene un acuerdo con HidroAysén para un trazado parcialmente común de la línea de transmisión.

Fuente: Elaboración LyD sobre la base de información oficial de las empresas y SEIA.

El Cuadro N° 1 revela que las dificultades que enfrenta la ejecución de proyectos energéticos abarcan no solo a la generación sino también a la transmisión eléctrica. En materia de generación, lo anterior se traduce en una escasez de nuevos proyectos, mientras que en el sector transmisión preocupa que no se cuente con la capacidad suficiente para trasportar la energía. Actualmente el sistema ya muestra problemas de congestiones e inseguridades, a lo que se suman dificultades para el desarrollo de ampliaciones y nuevas obras, lo que eleva el costo de la energía y complica el desarrollo de nuevas centrales de generación.

Los proyectos actualmente en operación, sumado a los que estarán pronto a entrar en servicio, permitirán satisfacer las necesidades de energía en los próximos 3 a 4 años; sin embargo, la creciente demanda y la ausencia de nuevas iniciativas empezarán tempranamente a reflejarse en una mayor estrechez del mercado energético.

Es, por tanto, evidente que Chile necesita establecer las condiciones necesarias para satisfacer la creciente demanda de energía que sustentará el progreso económico y social del país en las próximas décadas. Esto requiere introducir algunos perfeccionamientos al sistema vigente, parte de los cuales han sido abordados por el Ejecutivo con el ingreso de los proyectos de ley sobre concesiones y carretera eléctrica, la anunciada interconexión del SIC-SING, las licitaciones anticipadas para el suministro de las distribuidoras eléctricas y el proyecto de ley pro inversión. Sin embargo, se requiere más que eso.

El rechazo de Castilla –que se suma a la paralización de otros proyectos energéticos– no solo pone en duda la capacidad de desarrollar oportunamente los proyectos que el país necesita, sino que además devela el delicado rol que está jugando el Poder Judicial en el desarrollo energético del país. En efecto, casos como el de central Bocamina, Río Cuervo y, ahora, Castilla muestran una creciente injerencia en el fondo de los temas ambientales, donde la máxima autoridad judicial ha perdido toda deferencia con el órgano administrativo especializado en la materia. Este último fallo confirma el temor de que la justicia se estaría convirtiendo en un factor más de incertidumbre para la ejecución de proyectos.

Este será el tema de fondo de este capítulo pues, de no mediar un cambio de rumbo, Chile no estará en condiciones de garantizar el suministro de la energía requerida a un costo razonable, viéndose complicado para lograr el nivel de desarrollo que el país anhela alcanzar.

3. ASPECTOS GENERALES DEL “CASO CASTILLA”.

El término “Central Castilla” o “Castilla” se utiliza comúnmente para referirse tanto al “Proyecto Puerto Castilla” , que tiene por objeto localizar un puerto en la comuna de Copiapó, como al denominado “Proyecto Central Termoeléctrica Castilla” que, como su nombre lo indica, consiste en una central termoeléctrica en base a carbón que busca proveer de energía al Sistema Interconectado Central (SIC). Ambos proyectos se ubican geográficamente en un sector denominado “Hacienda Castilla” y se ingresan al SEA vía estudio de impacto ambiental.

Las principales actuaciones administrativas que fueron objeto de cuestionamientos son:

- a) Resolución Exenta N° 254 de 23 de diciembre de 2010, del SEA de Atacama que calificó favorablemente el EIA del Proyecto denominado “Puerto Castilla” cuyo titular es la Empresa OMX Operaciones Marítimas Limitada.
- b) Resolución Exenta N° 578 de 15 de febrero de 2011, por la que se invalidó el pronunciamiento BS3 N° 110 del Seremi de Salud de la Región de Atacama, que calificaba al Proyecto “Termoeléctrica Castilla” como industria “contaminante”, recalificándola como “molesta”; fundado básicamente en que la calificación sanitaria se había obtenido por una aplicación errada de la metodología de cálculo³. El titular es CGX Castilla Generación S.A.
- c) Resolución Exenta N° 46, de 1° de marzo de 2011, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Tercera Región, que calificó favorablemente el proyecto antes aludido.

La Corte de Apelaciones de Copiapó (CAC) defirió el conocimiento de estos asuntos a la Corte de Apelaciones de Antofagasta (CAA) que en definitiva conoció y resolvió los recursos que decían relación con “Puerto Castilla” y los referidos a la “Central Termoeléctrica Castilla”. Ambas causas se tramitaron separadamente rechazándose los recursos en “Puerto Castilla” y acogiéndose para el caso de la Central. Las partes apelaron de los fallos y la Corte Suprema (CS) decidió acumular ambos expedientes, para resolverlos en una misma sentencia.

Varios recurrentes se desistieron tanto de los recursos de protección deducidos, como de las apelaciones interpuestas o de sus calidades de partes. En consecuencia, respecto de “Puerto Castilla” solo quedan como recurrentes de protección y apelantes cuatro pescadores artesanales de Caleta Chasco y en lo que dice relación con la “Cen-

³ Según explican BOETTIGER y LEIVA (2012), la Ordenanza del Plan Regulador Comunal de Copiapó, señala que el uso de suelo donde se emplazaría el proyecto Castilla permite actividades productivas, industrias inofensiva o molesta, infraestructura energética tales como centrales de generación, transmisión o distribución de energía y similares, de gas y telecomunicaciones, entre otros.

tral Castilla” se mantienen como recurrentes seis personas al resolverse finalmente el proceso.

En términos generales las supuestas infracciones alegadas por los recurrentes pueden agruparse de la siguiente forma:

- a) Infracciones a la forma de presentación de los proyectos.
- b) Infracciones a la localización de los proyectos.
- c) Infracciones en el otorgamiento de permisos sectoriales, falta de fundamento de los actos de la administración.
- d) Infracciones relacionadas con la invalidación de pronunciamientos anteriores.

4. LA SENTENCIA DE LA TERCERA SALA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

4.1 En cuanto al denominado “fraccionamiento del proyecto”

La CS señala que la Ley de Bases del Medio Ambiente no contiene norma alguna que obligue al titular de un proyecto que se relacione con otro a presentarlos conjuntamente. Esto se reafirma con la modificación del año 2011 que prohíbe fraccionar proyectos con el objeto de eludir la evaluación ambiental. La Corte hace un análisis de ambos proyectos y de sus respectivas evaluaciones ambientales, concluyendo que los proyectos están relacionados y que ello fue reconocido por el titular.

Así, para la CS Central y Puerto son un solo proyecto que tiene tres unidades, la central, el puerto y la “conexión entre ambas” y que así deben considerarse para determinar la real influencia en el medio ambiente. No considerarlo en conjunto consistiría un actuar arbitrario e ilegal. Lo anterior sumado a que la conexión entre central y puerto no ha sido evaluada ambientalmente y por tanto no se habría podido, en opinión de la Corte, determinar el área de influencia del proyecto; predecir sus impactos; posibilitar a la ciudadanía utilizar los mecanismos de participación; e imponer las correspondientes medidas de mitigación, compensación o reparación según exige la ley. Como “medida de tutela” exige la presentación de ambos proyectos al SEIA en forma conjunta, incorporando en la línea de base la conexión entre ambos proyectos.

La CS señala que conforme a lo dicho, si bien el proyecto o actividad de central generadora de energía y puerto están tratados en letras separadas de la norma, lo importante, es destacar “que para el legislador esta clase de actividades deben someterse a evaluación, porque son susceptibles de causar impacto ambiental, es decir, una alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada” (considerando 20º). Agrega a continuación:

“Que de la lectura de los diversos artículos de la Ley N° 19.300 no se advierte la existencia de alguna norma que obligue al titular de un determinado proyecto que se relacione con otro, a presentarlos a evaluación en forma conjunta. Tal carencia, queda de manifiesto con las modificaciones introducidas por la Ley 20.417, que incorporó el artículo 11 bis, que dispuso la prohibición de fraccionar los proyectos o actividades, a sabiendas, con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental” (considerando 21º).

La Corte concluye señalando que si bien “la situación descrita no es la reprochada en autos, lo que aquí se cuestiona es que tanto el Proyecto Puerto como el Proyecto Central Termoelectrica son en realidad uno solo, y que la presentación a evaluación en forma separada, vulnera la ley” (considerando 22º).

Finalmente señala que “no resulta ajustado a un criterio racional el obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente” (considerando 29º) y que

“un comportamiento carente de la necesaria racionalidad –que en la especie estaba dado por permitir una visión y ponderación de conjunto de todas las fases de la actividad– se torna arbitrario y una conducta tal, además de revestir esta calidad no puede tampoco entenderse inserta en el marco de la legalidad, como quiera que atenta entonces contra la finalidad que el legislador previó al instaurar la norma, que en este caso, no es otra que asegurar a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, derecho que en estas cir-

cunstancias se ve afectado, al desconocerse la unidad de ambos proyectos y, además el total del área de influencia”.

4.2. En cuanto al cambio de calificación industrial

En lo que se refiere al cambio de calificación industrial de “contaminante a “molesto”, la CS estima que ambas calificaciones se han determinado en base a modelaciones que en ningún caso han superado la norma de emisiones. Sin embargo, la autoridad sanitaria habría utilizado en su calificación original “otros fundamentos” que serían atendibles y que frente a una decisión técnica que considera diversos aspectos el proyecto debe ser calificado como “contaminante” porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población aunque exista una decisión técnica que haya establecido la existencia de un error en la metodología de cálculo.

La CS afirma que cualquiera sea el procedimiento utilizado, Central Castilla no superó en sus modelaciones los límites máximos permitidos por la norma de calidad del aire. “En efecto, es importante tener presente que la calificación ha operado sobre la base de “modelaciones” y no a la realidad, pues el proyecto recién está en su etapa de evaluación ambiental, de tal modo que los eventuales cumplimientos o incumplimientos de las normas de calidad del aire obedecen a suposiciones de cómo operará, funcionará y se comportará la Central Termoeléctrica, circunstancia que dista de una medición real de la misma”. Asimismo, la CS tiene presente las normas aplicables a la calificación de los proyectos, tanto en el reglamento del SEIA , como en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC). La Corte señala que:

“frente a una decisión técnica que considera diversos aspectos para resolver la calificación de una actividad, y no solo las mediciones basadas en modelaciones y que estima, además, que el proyecto debe ser calificado como “contaminante” porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población, se preferirá esta, por sobre la decisión técnica que tacha de erróneo el procedimiento de cálculo efectuado a las modelaciones y que no se pronuncia sobre los demás argumentos entregados por la autoridad ambiental que emitió la primera decisión... Que lo anterior se sustenta en la aplicación

del principio preventivo que ha inspirado a la Ley N° 19.300 al que ya se ha hecho referencia en esta sentencia...” (considerando 50°).

Finalmente, sobre este punto concluye que:

“conforme a lo razonado, la decisión... no se ajustó a lo regulado en el artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción como tampoco permitió asegurar el debido cumplimiento del artículo 1 de la Ley N° 19.300 en relación al artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, y al principio preventivo inspirador del sistema de protección ambiental, por lo que la sentencia de la Corte de Apelaciones que la dejó sin efecto, se ajustó a derecho” (considerando 51°).

4.3. En cuanto al principio preventivo

La Corte menciona el principio preventivo como:

“uno de los principios rectores de la Ley N° 19.300 cual es, el principio preventivo, por el que se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales....Por ello, resulta prístino que lo que la ley busca es que un determinado proyecto se presente en todas sus variables a la evaluación de la autoridad ambiental, de tal suerte que todos los permisos ambientales que la actividad requiera, deben obtenerse con antelación a la calificación y no después de ella” (considerando 33°).

Se argumenta que frente a la evaluación como un solo proyecto, resultaría arbitrario e ilegal no permitir una visión de conjunto de todas las fases de la actividad sometida a evaluación ambiental.

Lo utiliza también para expresar que a su juicio la primera calificación (contaminante), es la que mejor se ajusta a la ley, manteniendo dicha calificación, que impide el emplazamiento del proyecto según dispone el instrumento de planificación territorial.

5. COMENTARIOS A LA SENTENCIA

Este fallo es sin duda uno de los más relevantes dictados en materia ambiental, aunque su relevancia se debe a las razones equivocadas.

En primer lugar, la CS reconoce que la Ley de Bases del Medio Ambiente no obliga al titular de un proyecto que se relacione con otro

a presentarlos conjuntamente. Esto se reafirma con la existencia de la prohibición de fraccionar proyectos con el objeto de eludir la evaluación ambiental o bien someterse a un régimen menos estricto (DIA *vs.* EIA), lo que en todo caso debe ser probado en el juicio. En este caso, los proyectos Puerto y Central se habían sometido al SEA a través de EIA por lo cual se les aplica el estándar máximo previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

La Corte entonces deviene en regulador, estableciendo su propio estándar suprallegal, la exigencia de presentación conjunta de un proyecto porque estima que en realidad “es uno solo”, siendo que ambos responden a objetivos distintos y son tratados en forma separada en la propia ley. “La consecuencia de razonar de ese modo, es que los jueces terminan realizando la calificación técnica de la evaluación ambiental”. Actualmente los proyectos se presentan en forma separada pero haciéndose cargo de los efectos sinérgicos.

Conforme este fallo, los proyectos relacionados (aunque distintos) tendrían que evaluarse como uno solo, lo que complejiza de forma importante la tramitación y evaluación ambiental de los proyectos de mayor envergadura y pone en duda la aprobación de cualquier proyecto que se relacione con otro, lo que es lógico dado que las necesidades de un proyecto van generando la existencia de otros nuevos para satisfacerlas.

Los efectos de esta decisión son negativos, por las contingencias que genera para proyectos actualmente en evaluación. En este caso “lo favorable u odioso de una disposición” si se tomó en cuenta para ampliar el ámbito de su aplicación, lo que contraviene los criterios de interpretación de la ley. Cumplir la norma ya no sería suficiente, sino que además, cabría consultar la opinión de los jueces.

En segundo término, la Corte se atribuye la calidad de experto técnico cuando su función es resolver las controversias entre partes, aplicando el derecho vigente. Los jueces debieran practicar lo que se llama “deferencia de experto” tan utilizada en áreas como la libre competencia, también en materia ambiental. Esta consiste en respetar los análisis y decisiones de la autoridad técnica en lo que se refiere a materias propias de su ciencia.

Lo anterior es de especial interés, dado que la Corte, más que revisar la legalidad de los actos y procedimientos, en este caso se pronuncia sobre el control de mérito, realizando una evaluación directa

y determinando la forma en que se debe realizar la gestión o evaluación de los proyectos, transformándose así en un gestor de política pública lo que escapa a sus atribuciones.

En tercer lugar, según la CS, las normas de emisión no son el único parámetro que contempla la calificación industrial prevista en el la regulación urbana y por esa razón, aunque se hayan tomado en consideración para el cambio de contaminante a molesta los factores contemplados en las normas de emisiones, como estándar de objetividad, al no ser el “único” elemento considerado, es necesario aplicar el principio precautorio que “evitaría” un eventual daño ambiental.

Asimismo, de mantenerse el criterio de que la calificación de contaminante de la OGUC prima por sobre la de la ley 19.300 implicaría que cualquier proyecto cuyos impactos excedan su propio terreno debe ser calificado de contaminante⁴.

La CS olvida que quien califica ambientalmente un proyecto es el SEA y no el instrumento de planificación territorial (que es previo a la ley 19.300). Ello porque el criterio de especialidad de la ley de bases es mayor que el de la OGUC que es general frente al carácter específico de la ley de medio ambiente.

Otro argumento dado por la Corte es que las mediciones se habrían hecho sobre la base de modelaciones y no de realidades, lo que es obvio ya que es un proyecto que no se ha materializado. Si el proyecto existiese en la realidad actual, lo que correspondería es obligarlo a cumplir la norma de emisión y aplicar las sanciones correspondientes en caso de contravención.

Es también relevante preguntarse si el recurso de protección es el mejor mecanismo para resolver estas controversias –que en general recaen sobre asuntos técnicos de gran complejidad– o son las acciones propias del SEIA las que deberían interponerse para velar por la

⁴ La definición de la OGUC de industria como “contaminante” es la siguiente: “el que por destinación o por las operaciones o procesos que en ellos se practican o por los elementos que se acopian, dan lugar a consecuencias tales como vertimientos, desprendimientos, emanaciones, trepidaciones, ruidos, *que puedan llegar a alterar el equilibrio del medio ambiente* por el uso desmedido de la naturaleza o por la incorporación a la biosfera de sustancias extrañas que perjudican directa o indirectamente la salud humana y ocasionen daños a los recursos agrícolas, forestales, pecuarios, , piscícolas, u otros”.

correcta calificación de los proyectos. Los cuestionamientos sobre el contenido material de los actos son más propios de una acción de lato conocimiento y no de una acción cautelar.

Otro aspecto a considerar es la aplicación de principios, como el preventivo, por sobre disposiciones legales expresas, genera una enorme falta de certeza jurídica, que está dada por las normas escritas y no por la aplicación de principios que puedan ir más allá de la ley. El fenómeno de judicialización excesiva, principalmente en materia energética ha minado la confianza de poder desarrollar los proyectos que han sido calificados favorablemente después de largos y costosos procesos de evaluación.

Finalmente, cabe señalar que si el llamado a conciliación efectuado por la CS, sin entrar a analizar su procedencia, hubiese prosperado, el proyecto se hubiese realizado. Entonces ¿si las ilegalidades expresadas en el fallo eran tan manifiestas por qué la Corte llama a conciliación? Una pregunta que la sentencia, voz de los tribunales, no nos permite contestar.

6. CONCLUSIONES

Existe una sobrejudicialización del desarrollo energético y medioambiental de nuestro país y desgraciadamente la Corte Suprema no está dando señales que permitan generar una buena doctrina que pueda otorgar uniformidad en la jurisprudencia. De hecho, muchas veces dependerá de la Sala de la Corte que conozca del asunto el resultado adverso o favorable respecto de un recurso de esta naturaleza, lo que a todas luces, está lejos del estándar de un estado de derecho moderno.

Cabe además recordar que la paralización de centrales de generación tiene un costo importante –se estima que un año de retraso tiene un efecto de hasta 20% en el costo marginal de largo plazo del sistema– cuyo efecto repercute directamente en la competitividad del país y en el bolsillo de los hogares. En efecto, Chile enfrenta una situación de estrechez de suministro a partir del año 2016, situación que se vuelve crítica ante la ausencia de nuevas inversiones, el retraso de proyectos hoy en carpeta y la paralización de obras como la comentada. La mayor incertidumbre respecto del suministro futuro se reflejará anticipadamente en los precios, pues el incre-

mento esperado en los costos marginales conlleva un mayor costo directo e indirecto (costo de oportunidad) para las generadoras que incide a la hora de firmar contratos de suministro de largo plazo. Resulta, por tanto, preocupante el que se continúe obstaculizando el desarrollo de proyectos que, respetando la normativa ambiental, permitirán sostener el desarrollo socioeconómico que el país necesita con una generación segura y competitiva. Es importante, entonces, que la ciudadanía sepa oportunamente lo que está en juego pues de seguir no aprobando proyectos de base, se llenará de centrales a diésel para cubrir la falta de energía, las que son mucho más contaminantes.

Finalmente, el hecho que los Tribunales Superiores de Justicia se aparten del texto de la ley, aun cuando esta regula en forma clara y expresa una materia, aunque sea a pretexto de invocar principios, introduce un grado tal de incertidumbre jurídica que terminará por afectar de forma fatal al permiso ambiental, autorización clave y emanada de un procedimiento técnico y complejo. Así, quedarán en letra muerta los esfuerzos de compatibilizar crecimiento y sustentabilidad y la aprobación ambiental de un proyecto sea un papel que, en definitiva, no valga nada mientras no sea validado por la propia Corte Suprema.

7. BIBLIOGRAFÍA

CORDERO VEGA, Luis. Columna de opinión El Post, 19 de junio de 2012. Disponible en línea en: http://www.elpost.cl/web/temas/nacional/753-mara_ins_de_pucn.html

BOETTIGER, Camila y LEIVA, Felipe (2012): “Caso Central Termoelectrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones”, Actualidad Jurídica, Vol. 23.