



Universidad Católica del Norte
ver más allá



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAGÍSTER EN DERECHO

**PORTAFOLIO DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:
LA INCLUSIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA
LEGISLACIÓN INTERNA DE CHILE Y SU IMPLICANCIA EN
LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS
SOMETIDOS AL SEIA**

Alumna: Ximena Cancino Cepeda
Ciudad: Coquimbo
Email: ximenacancinocepeda@gmail.com

ÍNDICE

Tabla de abreviaturas	2
Introducción	3
Sentencia número uno	6
Análisis sentencia número uno	19
Sentencia número dos a)	39
Sentencia número dos b)	55
Análisis de sentencia número dos (a y b)	60
Sentencia número tres	83
Análisis sentencia número tres	95
Sentencia número cuatro	113
Análisis sentencia número cuatro	135
Sentencia número cinco	158
Análisis de sentencia número cinco	168
Sentencia número seis a)	186
Sentencia número seis b)	218
Análisis sentencia número seis (a y b)	231
Conclusiones	259
Bibliografía	265
Jurisprudencia y otros cuerpos normativos	275

TABLA DE ABREVIATURAS

Convenio 169	Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 OIT.
CS	Corte Suprema
CA	Corte de Apelaciones
LGBMA	Ley de Bases Generales del Medio Ambiente
LTA	Ley sobre Tribunales Ambientales
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PAC	Participación Ciudadana
RSEIA	Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
TA	Tribunal Ambiental
ADI	Área de Desarrollo Indígena
AID	Área de Influencia Directa
AII	Área de Influencia Indirecta
CEACR	Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT
PIUCT	Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
CGR	Contraloría General de la República
CPCH	Constitución Política de Chile
SSPP	Servicios Públicos

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia el año 2009 del Convenio 169 de la OIT que regula la consulta y participación de los pueblos originarios, ha involucrado la adecuación de la legislación interna del país, para dar cumplimiento a la normativa foránea que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

Para lograr lo anterior, en materia ambiental y sobre proyectos de inversión en el país, en el año 2010 fue modificada la Ley General de Bases del Medio Ambiente, Ley 19.300 incorporando en el inciso segundo del artículo 4, el Convenio 169 de la OIT.

Durante la etapa intermedia, la judicialización, mediante recursos de protección incoados en contra de las Resoluciones de Calificación Ambiental aprobatorias de proyectos, especialmente mineros, por no haberse efectuado o efectuado en forma deficiente el proceso de consulta indígena contemplado en el convenio 169, produjo una fructífera jurisprudencia, sobre la pertinencia y suficiencia de la consulta que el Estado debe realizar a los pueblos indígenas, durante la evaluación de proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, cuando comunidades indígenas son afectadas por estas actividades.

En el trabajo de portafolio que se desarrolla, se han incluido las sentencias más relevantes y actuales sobre la consulta indígena en el SEIA, como temática transversal planteada en los fallos comentados, con la finalidad de desentrañar en los diferentes análisis jurisprudenciales los diversos enfoques que las cortes superiores de justicia, Tribunal Constitucional y Ambiental han aplicado al dirimir sobre la correcta aplicación, en los casos, circunstancias y etapas en que se debe desarrollar la consulta a los Pueblos indígenas.

Las sentencias analizadas cobran real importancia, al reconocer, el derecho de los pueblos indígenas a la consulta efectuada de buena fe, previa, libre e informada, pero estableciendo requisitos y condiciones previas que deben ser cumplidas para que ésta proceda, así como también los recursos y acciones que franquean las leyes para que este trámite sea cumplido.

De este modo, desde la primera sentencia analizada se avizora cómo la inclusión del Convenio 169 de la OIT no ha sido tarea fácil, debiendo el Tribunal Constitucional, determinar el estatus legal con que éste ingresó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y cómo un reglamento de ejecución como el D.S. 40/2012 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tiene la facultad de regularla.

En la segunda sentencia comentada y que fue revocada por el máximo tribunal, siguiendo los criterios del voto disidente, se analiza la suficiencia del proceso de participación ciudadana contemplado en la Ley 19.300 para satisfacer el proceso de consulta indígena establecido en el Convenio, criterio que imperaba desde la inclusión del convenio a nuestra legislación.

La doctrina no ha estado conteste sobre el estándar de susceptibilidad de afectación que debe existir para que la consulta indígena sea aplicada, situación que se analiza en la sentencia número tres, donde se concuerda con lo plantado por la CA de Iquique, al determinar que el artículo 11 de la Ley 19.300 entrega las directrices para su procedencia y en los casos especialmente determinados.

El establecimiento de los Tribunales Ambientales, como tribunales especializados en dirimir las controversias mediambientales, son los llamados a conocer sobre la procedencia y suficiencia de la consulta a los pueblos indígenas, sin embargo éstos no contemplan un procedimiento rápido y eficaz para resolver sobre la aplicación de la consulta, lo que es comentado en la cuarta sentencia.

A su turno, desde la inclusión del convenio 169 de la OIT a nuestra legislación, las cortes superiores de justicia se habían arrogado la discrecionalidad técnica de los proyectos, al conocer los recursos de protección que las comunidades indígenas incoaban en contra de las RCA. La quinta sentencia analizada fue dictada por la CS, quien en su fallo reconoce el carácter técnico de la evaluación ambiental de los proyectos sometidos al SEIA y de la deferencia técnica que debe existir al conocer de los recursos de protección, refiriendo que son los órganos del Estado llamados a evaluar los proyectos, quienes dentro del procedimiento ambiental determinen sobre la afectación a las comunidades indígenas y la procedencia de la consulta por afectación.

Finaliza los comentarios, con la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, quien se pronuncia sobre el estándar y suficiencia de consulta llevada a cabo por el SEA en proyectos sometidos a un Estudio de Impacto Ambiental, procedimiento que por largo tiempo había sido cuestionado por las comunidades y parte de la doctrina nacional e internacional.

SENTENCIA NÚMERO UNO

Santiago, treinta de septiembre de dos mil trece.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 11 de septiembre de 2013, los diputados Manuel Monsalve Benavides; Luis Lemus Aracena; Gabriel Ascencio Mansilla; Gabriel Silber Romo; Pablo Lorenzini Basso; Osvaldo Andrade Lara; Orlando Vargas Pizarro; Roberto León Pizarro; Sergio Aguiló Meló; Aldo Cornejo González; Ricardo Rincón González; Felipe Harboe Bascuñán; Fuad Chahín Valenzuela; Enrique Accorsi Opazo; Marcelo Schilling Rodríguez; Lautaro Carmona Soto; Pedro Araya Guerrero; Marcos Espinosa Monardes; Guillermo Teillier Del Valle; Carolina Goic Boroovic; Juan Luis Castro González; Patricio Vallespín López; María Antonieta Saa Díaz; José Pérez Arriagada; Marcos Núñez Lozano; Cristina Girardi Lavín; Alfonso De Urresti Longton; Fidel Espinoza Sandoval; Joaquín Tuma Zedán; Marcelo Díaz Díaz; Guillermo Ceroni Fuentes; Patricio Hales Dib y Clemira Pacheco Rivas, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, han deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo No 40, del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de agosto de 2013;

2°. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 16°, de la Constitución, es atribución de este Tribunal "*resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.*".

A su turno, el inciso decimonoveno del mismo precepto de la Carta Fundamental señala: "*En el caso del número 16°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios*

que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.";

3°. Que, con fecha 25 de septiembre de 2013, este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento deducido;

4°. Que la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en su artículo 111, inciso segundo, dispone que "*procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado;*
- 2. Cuando se promueva extemporáneamente;*
- 3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad, y*
- 4. Cuando se alegue exceso de la potestad reglamentaria autónoma y no fuere promovida por una de las Cámaras."*;

I. LOS VICIOS.

5°. Que, antes de pronunciarnos sobre este examen de admisibilidad, es necesario señalar que los vicios formulados en el presente requerimiento se imputan respecto de dos categorías de normas del reglamento.

En primer lugar, se objetan los artículos 85 y 86 del D.S. N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente El primero regula la consulta a los pueblos indígenas. El segundo, establece la reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

En segundo lugar, se objetan los artículos 120, 121, 122, 128 y 129 del mismo cuerpo normativo, que regulan permisos sectoriales para la evaluación de impacto ambiental;

6°. Que, en relación a los primeros artículos objetados, los requirentes consideran que la consulta que regula el reglamento, es una materialización del artículo 6° del Convenio 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas.

Dicho precepto establece lo siguiente: "*1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean*

medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Específicamente, los requirentes denuncian tres vicios en esta materia.

Primeramente, se sostiene que se vulnera la igualdad ante la ley. Los grupos indígenas son un grupo históricamente discriminado. Por lo mismo, el reglamento debió haber establecido un procedimiento adecuado y operativo de consulta para corregir esa discriminación. Es decir, se reprocha al reglamento una ausencia de desarrollo normativo destinado a establecer una medida de discriminación positiva, que contuviera estándares más elevados que los establecidos en él. El reglamento, se agrega, es insuficiente, al consagrar una mera declaración genérica de principios, no normando sustantivamente el mecanismo de consulta.

El segundo vicio que se reprocha al reglamento es que la consulta es restringida a determinadas situaciones. A juicio de los requirentes, la consulta debió establecerse no sólo respecto de medidas graves, sino en relación a cualquiera que afecte los derechos colectivos que asisten a la comunidad indígena. En tal sentido, el reglamento no cumple el deber de respetar y promover los derechos establecidos en tratados ratificados por Chile y vigentes. Se afecta, en su concepto, el artículo 5° de la Constitución.

El tercer vicio que se reprocha al reglamento es que la consulta que establece el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas, se construye sobre la base

de un derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, que les permite definir sus propias prioridades, tutelando de esa manera sus derechos. El reglamento vulneraría, por lo mismo, la reserva legal, toda vez que incursiona en regulación de derechos;

7°. Que, respecto de los artículos 120 y siguientes del reglamento, el vicio que se reprocha consiste en lo siguiente.

La Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América (Convención de Washington) es un tratado internacional ratificado por Chile y vigente (D.S. N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores).

Dicho tratado establece distintas categorías de preservación: parques nacionales, reservas naturales, monumentos naturales, reservas de regiones vírgenes, aves migratorias.

Respecto de los monumentos naturales, dicha normativa establece que pueden recaer en tres categorías de bienes: regiones, objetos y especies vivas de animales o plantas (artículo I, N° 3). La declaración de un bien como monumento natural implica para el Estado una *“protección absoluta”*. La categoría preservación se crea *“con el fin de conservar”* dichos bienes, de modo que pasan a ser *“inviolables”*, *“excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales”* (artículo I, N° 3).

Respecto de los parques nacionales, éstos recaen en *“las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial”* (artículo I, N° 1);

8°. Que el vicio que se reprocha es que los artículos impugnados permiten realizar trabajos o actividades en santuarios de la naturaleza, en parques nacionales, en especies declaradas monumentos naturales.

Por un mero reglamento de ejecución, a través de los permisos ambientales sectoriales, se autoriza la corta y destrucción de especies declaradas monumentos naturales y se autorizan actividades productivas en parques nacionales. Ello contraviene el artículo 19 N° 8° de la Constitución;

II. TRES CONSIDERACIONES PREVIAS.

9°. Que corresponde que esta Magistratura se pronuncie sobre la admisibilidad del presente requerimiento;

10°. Que, para emitir dicho pronunciamiento, es necesario considerar los siguientes elementos. En primer lugar, la Constitución confiere a esta Magistratura una competencia restrictiva respecto del conocimiento de objeciones de constitucionalidad de decretos supremos, en su artículo 93, N° 16°. Por una parte, porque no conoce de cualquier controversia, sino sólo “*sobre la constitucionalidad de los decretos supremos*”. Por la otra, porque se tiene que invocar un “vicio” determinado;

11°. Que cuando la Constitución requiere que exista una inconstitucionalidad, está exigiendo varias cosas. Desde luego, está exigiendo que lo que se vulnere sea uno o más preceptos de la Constitución. Es decir, que se contradiga, transgreda o infrinja normas constitucionales, no infra constitucionales. En esta última categoría se encuentran las normas con rango o fuerza de ley y los tratados internacionales. Estos últimos no son aprobados por el poder constituyente; al contrario, están sometidos al control de supremacía constitucional, a través del control preventivo que debe ejercer el Tribunal Constitucional de los mismos si abordan materias propias de leyes orgánicas. Así, por lo demás, lo ha declarado esta Magistratura recientemente (STC 2387/2013).

Enseguida, la Constitución descarta el vicio de legalidad, es decir, la eventual contradicción del precepto reglamentario con la normativa legal, entre los asuntos que puede conocer esta Magistratura. El examen que debe practicar el Tribunal consiste en determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre dos normas, una de las cuales es la Constitución y la otra una norma reglamentaria. No examina la sujeción de la normativa administrativa a la ley. Ese control está entregado a otros órganos. Por ejemplo, a la Contraloría General de la República le corresponde ejercer “*el control de legalidad de los actos de la administración*” (artículo 98, Constitución). Tampoco examina la sujeción del decreto supremo impugnado con los tratados internacionales. Estos no son texto constitucional que le permitan al Tribunal determinar armonías o desarmonías con ese tipo de disposiciones.

Asimismo, la atribución del Tribunal implica que su parámetro de contraste está predefinido o es preexistente a su tarea de control. Por lo mismo, no puede constitucionalizar preceptos que no han sido incorporados, por los mecanismos definidos por la Constitución, a su contenido (STC 1284/2009; 1298/2010);

12°. Que, por otra parte, la facultad que tiene el Tribunal de conocer de eventuales transgresiones a la Constitución por decretos supremos, exige la formulación de un vicio de constitucionalidad. De ahí que los requerimientos deban señalar en forma precisa el vicio o los vicios de constitucionalidad que se aducen (artículos 111 y 63, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

Si bien la Constitución establece que dicho vicio puede ser “cualquiera”, comprendiendo, por ejemplo, la invasión de la reserva legal, la transgresión de derechos, la vulneración del procedimiento de generación del acto, la irregularidad vinculada a los requisitos de forma, etc., debe demostrarse categóricamente. Por una parte, porque el decreto ya ha pasado por un control preventivo a cargo de un órgano constitucional, como es la toma de razón por parte de la Contraloría General de la República. Por la otra, porque el decreto llega a conocimiento de esta Magistratura revestido de una presunción de legalidad (artículo 3° de la Ley N° 19.880) (STC 1849/2010);

13°. Que un segundo elemento que hay que considerar es que la norma impugnada reúne ciertas características. Por de pronto, es un reglamento. En tal sentido, es una norma general, obligatoria y permanente (STC 1153/2008). Enseguida, está dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República (artículo 32, N° 6°, constitucional), con remisión normativa, es decir con convocatoria expresa, efectuada por la ley (artículos 13 y 14, Ley N° 19.300).

Lo anterior es relevante para los efectos de la competencia de este Tribunal. De un lado, porque hay que distinguir el control de atribución de potestades del control de ejercicio de las mismas. En virtud del primero, se controla la entrega de atribución de potestades a la Administración. Mediante el segundo, se examina la dictación de los actos que se emiten en virtud de una potestad otorgada (STC 2069/2012). En este caso particular no se está enjuiciando ni la Ley N° 19.300 ni

tratados internacionales. Del otro, porque esta Magistratura no ejerce un control de mérito sobre los actos que examina. Por lo mismo, deja fuera todas las variables de conveniencia u oportunidad, así como no entra a calificar la bondad de las disposiciones examinadas (STC 792/2008, 1065/2008, 1295/2009);

14°. Que, finalmente, esta Magistratura no puede hacerse cargo del posible mal uso de la normativa que se establece. Eso se controla a través de los mecanismos de impugnación de los actos administrativos específicos, que puedan dictar las autoridades administrativas en su momento;

III. LOS REPROCHES CONSISTEN EN VICIOS DE LEGALIDAD.

15°. Que, entrando derechamente a analizar los vicios imputados, esta Magistratura ha llegado a la convicción de que en este caso dicha tarea está fuera del ámbito de sus atribuciones, toda vez que lo que se imputa al decreto impugnado son vicios de legalidad;

16°. Que, en efecto, requerimiento se construye contradicción que existiría impugnados y tratados internacionales. Por una parte, la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América (Convención de Washington) y, por la otra, el Convenio N° 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas;

17°. Que este Tribunal, como ya se indicó, ha sustentado la doctrina de que los tratados internacionales no tienen rango constitucional (STC 2387 y 2388/2013). Por lo mismo, una eventual contradicción entre las normas del reglamento y dichos tratados, tanto por acción como por omisión, no constituye un vicio de el sobre entre razonamiento del la base de la los preceptos constitucionalidad. No está, por tanto, entre sus competencias resolver este reproche.

La médula de la objeción que se formula a ambas categorías de normas del D.S. N° 40, es una eventual contradicción entre éstas y lo establecido en las convenciones internacionales recién señaladas;

18°. Que, enseguida, este Tribunal no puede enjuiciar los eventuales vacíos o insuficiencias que tenga el reglamento en relación a un tratado. Esa es una consideración ajena a sus atribuciones. El Tribunal puede enjuiciar que un reglamento exceda o contravenga la ley, porque la modifica o innova afectando la

reserva de ley. Pero no puede declarar que la regulación es inconstitucional por ser insuficiente. La potestad reglamentaria de ejecución está radicada en el Presidente de la República por mandato constitucional. Corresponde a esta autoridad definir la manera de complementar o desarrollar la ley;

19°. Que, a continuación, tampoco esta Magistratura puede, a través del ejercicio de la facultad que le asigna el artículo 93, N° 16°, de la Constitución, enjuiciar las leyes que convocan a la potestad reglamentaria de ejecución y en virtud de las cuales se dictó el presente reglamento;

20°. Que, en consecuencia, se dan los supuestos que establece el artículo 111 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cuanto a que debe declararse inadmisibile un requerimiento cuando “*se funda en vicios de ilegalidad*”;

IV. CONSIDERACION FINAL.

21°. Que, sin perjuicio de lo señalado, este Tribunal cree necesario insistir en lo siguiente respecto de la consulta establecida en el Convenio N° 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas.

Por de pronto, que “*se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5°.*” (STC 309/2000, 1050/2008, 2387/2013);

22°. Que, asimismo, ha sostenido, respecto del mismo tratado, que “*la auto-ejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele.*” (STC 2387/2013). Y que “*es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento*” (STC 2387/2013);

23°. Que, por lo mismo, reitera a los órganos colegisladores, una vez más, tal como lo hizo en la sentencia 2387/2013, la “*necesidad urgente de regular el*

procedimiento de consulta” a que se refiere el Convenio N° 169, “en el marco de los claros criterios establecidos respecto de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, enunciados en sentencia de 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y luego reiterados en sentencia de 24 de junio de 2011 (Rol 1988).” (STC 2387/2013).

Porque “sólo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo a otro” (STC 2387/2013).

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 16°, e inciso decimonoveno, de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 37, 63, inciso primero, 110, 111 y demás pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Se declara inadmisibile el requerimiento de fojas 1.

Se previene que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurre a lo resuelto sin compartir lo expresado en el considerando 23°, párrafo segundo, de la presente sentencia.

El Ministro Señor Iván Aróstica Maldonado y la Ministra Señora María Luisa Braham Barril previenen que concurren a lo resuelto, pero sin compartir lo razonado en los considerandos vigésimo primero a vigésimo tercero precedentes. Ello, precisamente porque en la presente resolución se declara inadmisibile el requerimiento deducido en autos, lo que constriñe a este Tribunal a exponer sólo aquellos aspectos que son pertinentes a un acto interlocutorio de tal naturaleza,

taxativamente establecidos en los artículos 63, inciso primero, y 111 de la Ley N° 17.997. Lo que obsta, por consiguiente, emitir pronunciamientos sobre el fondo de la cuestión o formular exhortaciones que, a más de ajenas en este trámite, no necesariamente son compartidas por estos jueces constitucionales.

Acordada con el voto en contra del Ministro Gonzalo García Pino, quien estuvo por declarar la admisibilidad del requerimiento, fundado en las siguientes consideraciones:

1°. Que, según decisión adoptada por esta Magistratura el 25 de septiembre de 2013, se admitió a tramitación el presente requerimiento, en circunstancia que en ese trámite procesal se debe verificar la concurrencia de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya;

2°. Que, con posterioridad, se declara inadmisile, siguiendo las causales tasadas del artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, acogiendo la argumentación en torno a fundarse en “vicios de ilegalidad”;

3°. Que la determinación de un “vicio de legalidad” no se deduce directamente del requerimiento sino que se deriva de una interpretación que el Tribunal Constitucional realiza, en el sentido de que los parlamentarios requirentes aluden a la vulneración del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Específicamente, se trata de impugnar el Decreto Supremo No 40, del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de 12 de agosto de 2013;

4°. Que llama poderosamente la atención el hecho de que se ha impugnado en 27 oportunidades decretos supremos ante esta Magistratura. En todos los casos se ha estimado admisibles tales requerimientos con la sola salvedad de dos situaciones. Primero, el caso de la STC Rol N° 234 por falta de legitimación activa y, segundo, el caso de la STC Rol N° 362 en que no fue admitida a tramitación por desarmonía entre lo pedido y lo fundamentado. A lo largo de esta amplia jurisprudencia se ha construido una doctrina sistemática que identifica que los hipotéticos conflictos de legalidad no pueden verificarse en sede de admisibilidad. Así, por ejemplo, frente a alegatos explícitos de declarar inadmisibles los requerimientos por plantear cuestiones de legalidad, esta Magistratura ha

sostenido "que la decisión acerca de si las cuestiones planteadas precedentemente configuran vicios de legalidad o son propias del conflicto constitucional que se ha sometido a esta Magistratura, forma parte del pronunciamiento de fondo que habrá de llevar a acoger o a rechazar el requerimiento deducido sobre la base de la competencia previamente constatada del Tribunal para resolverlo" (STC Rol N° 1153, considerando 21°). Incluso más, en el último caso sobre un Decreto Supremo que se impugnó ante este Tribunal (STC Rol N° 1.849, sobre televisión digital), la sentencia decidió rechazar el requerimiento basándose en la circunstancia de que existía una supuesta impugnación de legalidad. Por tanto, difirió su examen para el fondo;

5°. Que la conducta de esta Magistratura de dejar para un análisis de fondo supuestas cuestiones de legalidad se funda en tres tipos diferentes de razones. Primero, por argumentos procesales, porque el examen de su admisibilidad se realiza en un contexto de ausencia de la bilateralidad de la audiencia. En segundo lugar, por razones hermenéuticas, puesto que la definición de la causal de ilegalidad, salvo evidentes errores de factura del escrito, corresponde a una construcción normativa del propio Tribunal para determinar cuál es exactamente el patrón de la legalidad frente al cual repugnaría el propio reglamento. En este caso, el Tribunal incurre en un exceso interpretativo puesto que articula activamente una argumentación desestimatoria de la inconstitucionalidad que se corresponde, más bien, con el juicio ponderado del examen de fondo en un proceso constitucional. Y, por último, porque tal patrón no se corresponde con nuestra propia jurisprudencia. Así, por ejemplo, se estimó que si el reglamento se aparta de la ley, se produce la desvinculación entre uno y otro, ya que dejan de ser un todo armónico. En este caso, puede ser objetada la constitucionalidad del reglamento (STC Rol N° 253, considerando 9°, y STC Rol N° 254, considerando 12°);

6°. Que, sin embargo, este caso es aún más complejo, puesto que ni siquiera nos encontramos frente a un conflicto de legalidad bajo ningún aspecto. La sentencia de inadmisibilidad cuestiona que el parámetro utilizado sea el de un tratado internacional de derechos humanos. De acuerdo a nuestra jurisprudencia, el Convenio N° 169 de la OIT ¿es auténticamente una ley? Las STC roles N°s 2387

y 2388, sobre la Ley de Pesca, no establecen que el tratado internacional tenga rango de ley. Simplemente sostienen que es una fuente de derecho infraconstitucional. Es una fuente de derecho diferente a la ley. En ella, por ejemplo, la Constitución exige que se le preserven ciertas reservas normativas explícitas diferentes a las de una reserva de ley ordinaria. Así, por ejemplo, se debe cautelar las “normas generales de derecho internacional” tratándose de reservas, declaraciones interpretativas, derogaciones, modificaciones o suspensiones (artículo 54, N° 1, incisos tercero y quinto, de la Constitución). Si esa es la regla general para todo tipo de tratados, ¿cómo puede existir conflicto de legalidad tratándose de tratados internacionales en materia de derechos humanos regulados por el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución?;

7°. Que, adicionalmente, el requerimiento hace un extenso desarrollo relativo a la impugnación de los artículos 85 y 86 del Reglamento aludido, en donde no solamente pone por cartabón al Convenio N° 169 de la OIT sino que se refiere, reiteradamente, a la vulneración del artículo 19, N° 2°, relativo a la igualdad ante la ley. Son más de treinta páginas que se pueden cuestionar por su acertada descripción del problema y del parangón exacto contra el cual se está solicitando la declaración de inconstitucionalidad, pero bajo ningún aspecto se puede desconocer que plantea un problema constitucional real: la inexistencia de consulta indígena en materia ambiental, la determinación selectiva de su uso para ciertas inversiones de intensa afectación de derechos fundamentales y su alcance relativo al principio de igualdad. Por lo demás, éste es un asunto que esta Magistratura no puede desconocer y que exige un análisis más completo y respecto del cual la doctrina nacional ha incorporado un conjunto relevante de libros, como el de Jorge Contesse Singh (editor), “El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno”, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012. O el de Cristián Sanhueza, Daniel Saber, James Cavallaro, Jorge Contesse y César Rodríguez, “No nos toman en cuenta. Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía”, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013. O Pilar Moraga, “Las razones de la conflictividad en el sector eléctrico: el caso de la consulta indígena”, Anuario de Derecho Público 2012, Universidad Diego Portales. En fin,

no se puede soslayar el debate acerca de las reglas del trato aplicable tratándose de pueblos indígenas ni tampoco es razonable la ausencia de legislación que implemente medidas que propicien la ejecución de políticas inclusivas que importan la aplicación del principio de igualdad por diferenciación. Todas estas cuestiones, más allá de la determinación definitiva sobre el reglamento, debieron ser discutidas en el fondo de este proceso constitucional que parecía perfectamente admisible.

Comuníquese y notifíquese.

Rol N° 2523-13-CDS.

Se certifica que el Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurrió al acuerdo y a la presente sentencia, pero no firma por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por sus Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ANÁLISIS SENTENCIA NÚMERO UNO

RANGO NORMATIVO DEL CONVENIO 169 DE LA O.I.T. EN EL ORDENAMIENTO INTERNO CHILENO PARA CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1.- Identificación

1.1.- Tribunal que dictó la sentencia: Tribunal Constitucional.

1.2.- Fecha de la sentencia: 30 de septiembre de 2013.

1.3.- ROL de la sentencia: 2523-13 CDS.

1.4.- Recurrente: Diputados Manuel Monsalve Benavides y Otros.

1.5.- Recurrido: Inconstitucionalidad del D.S. N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

1.6.- Querellante particular: No procede.

1.7.- Datos de publicación de la sentencia o de disponibilidad informática:
<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>

1.8.- Decisión o resolución: La sentencia declara inadmisibile el requerimiento formulado por un cuarto de diputados en ejercicio. Sin embargo, el fallo que se comenta hace referencia a la infra constitucionalidad de los tratados internacionales ratificados por Chile.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurre a lo resuelto sin compartir lo expresado en el considerando 23°, párrafo segundo.

El Ministro Señor Iván Aróstica Maldonado y la Ministra Señora María Luisa Braham Barril previenen que concurren a lo resuelto, pero sin compartir lo razonado en los considerandos vigésimo primero a vigésimo tercero precedentes. La sentencia es acordada con el voto en contra del Ministro Gonzalo García Pino, quien estuvo por declarar la admisibilidad del requerimiento.

2.- Resumen de la sentencia

2.1.-Actuaciones procesales: No procede al recurrir directamente de inconstitucionalidad.

2.2.- Hechos juzgados: No hubo hecho juzgado al declarar inadmisibile el requerimiento, sin embargo el TC hace un razonamiento previo del fondo en el trámite de admisibilidad.

2.3.- Teoría del caso del actor: Treinta y tres Diputados de la República en ejercicio recurrieron de inconstitucionalidad del D.S. 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de agosto de 2013. La formulación planteada por los recurrentes ante el Tribunal Constitucional, consistía en dos categorías de vicios de que adolecería el citado decreto supremo. En primer lugar, se objetan los artículos 85 y 86. El primero regula la consulta a los pueblos indígenas y el segundo, establece la reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. En segundo lugar, se objetan los artículos 120, 121, 122, 128 y 129 del mismo D.S. 40/2012, que regulan permisos sectoriales para la evaluación de impacto ambiental.

Señalan los recurrentes, que los artículos 85 y 86 del reglamento cuya inconstitucionalidad se reclama, serían una materialización del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y al ser los grupos humanos indígenas históricamente discriminado, no hubo en el reglamento un desarrollo normativo destinado a establecer una discriminación positiva, vulnerando la igualdad ante la ley.

Se reprocha, que sólo en determinadas circunstancia, calificadas como graves, procede el trámite de la consulta, vulnerando de esta manera el artículo 5° de la Constitución al no cumplir con el deber de respetar y promover los derechos establecido en tratados internacionales ratificados por Chile.

Concluyen señalando es este punto que el reglamento vulnera la reserva legal, razonando para tal cuestionamiento, que la consulta que regula el Convenio 169 de la OIT se establece sobre la base de un derecho a la autodeterminación de

los pueblos indígenas.

A su vez, el cuestionamiento sobre artículos 120, 121, 122, 128 y 129 del D.S. 40/2012, se funda en que, a través de un mero reglamento de ejecución y mediante permisos ambientales sectoriales se permite realizar corta y destrucción de especies declaradas monumentos naturales y se autorizan actividades productivas en santuarios de la naturaleza, en parques nacionales contraviniendo el artículo 19º N° 8 de la Constitución.

2.4.- Medios de prueba del actor: No procede, porque la discusión es un problema sobre inconstitucionalidad de un decreto supremo.

2.5.- Teoría del caso del sujeto pasivo: No precede por la naturaleza de la acción.

2.6.- Medios de prueba del sujeto pasivo: No procede, porque la discusión es un problema de inconstitucionalidad de un decreto supremo.

2.7.-Hechos probados por el tribunal: No procede, porque la discusión es un problema de inconstitucionalidad de un decreto supremo.

2.8.- Argumentación del tribunal (voto de mayoría). El voto de mayoría fundamenta su decisión en las facultades entregadas a dicho Tribunal en el artículo 93º N°16 de la carta fundamental, respecto del conocimiento de objeciones de inconstitucionalidad de decretos supremos, exigiendo por tanto que se contradiga, trasgreda o infrinja normas constitucionales y no infra constitucionales, como son las normas con fuerza de ley y los tratados internacionales, los que no son aprobados por el poder constituyente, sino que supeditados a un control de supremacía constitucional mediante el control preventivo que realiza el TC. Asimismo indica, que el TC no puede constitucionalizar preceptos que no han sido incorporados, por los mecanismos definidos por la constitución, a su contenido (considerando 11º).

Continúa señalando el TC que la Constitución descarta del conocimiento de dicho Tribunal los vicios de legalidad existentes entre un reglamento y la ley, siendo tal conocimiento de otros órganos, como la Contraloría General de la República, mediante “el control de legalidad de los actos de la administración” que realiza.

En el considerando 15º el TC razona que se está discutiendo un vicio de

legalidad y no de constitucionalidad. “Que, entrando derechamente a analizar los vicios imputados, esta Magistratura ha llegado a la convicción de que en este caso dicha tarea está fuera del ámbito de sus atribuciones, toda vez que lo que se imputa al decreto impugnado son vicios de legalidad”. La contradicción existente a juicio del TC existiría entre los artículos impugnados del D.S. 40/2012 con tratados internacionales, por una parte, la Convención de Washington y, por la otra, el Convenio N° 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas.

En los considerando 17° y 18° se encuentra la *ratio decidendi* basada en la jurisprudencia asentada por el mismo tribunal, fundada en las sentencias 2387 y 2388 ambas del 2013 en las cuales el TC ha declarado que los tratados internacionales no tienen rango constitucional. Por tal razón el TC, “no puede enjuiciar los eventuales vacíos o insuficiencias que tenga el reglamento en relación a un tratado. Esa es una consideración ajena a sus atribuciones (...)”, señalando en el considerando 20° que se dan los supuestos que establece el artículo 111 de la LOTC, por fundarse el requerimiento en vicios de legalidad.

Complementa el fallo el TC, respecto de la consulta establecida en el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas, recordando argumentos vertidos, principalmente en la STC 2387 de 2013. Especial importancia cobra el considerando 23° de la sentencia en análisis al señalar “Que, por lo mismo, reitera a los órganos colegisladores, una vez más, tal como lo hizo en la sentencia 2387/2013, la *“necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta” a que se refiere el Convenio N° 169, “en el marco de los claros criterios establecidos respecto de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, enunciados en sentencia de 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y luego reiterados en sentencia de 24 de junio de 2011 (Rol 1988).” (STC 2387/2013)*”.

Porque *“sólo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación*

positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo a otro” (STC 2387/2013).

2.9.- Voto concurrente y/o disidente: En el presente fallo existen los siguientes votos concurrentes;

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurre a lo resuelto sin compartir lo expresado en el considerando 23°, párrafo segundo.

El Ministro Señor Iván Aróstica Maldonado y la Ministra Señora María Luisa Braham Barril previenen que concurren a lo resuelto, pero sin compartir lo razonado en los considerandos vigésimo primero a vigésimo tercero.

El análisis jurisprudencial incluye el análisis del voto disidente del Ministro Señor Gonzalo García Pino, quien estuvo por declarar la admisibilidad del requerimiento.

2.9.1.- Hechos probados por el voto disidente: No procede, porque la discusión es un problema sobre inconstitucionalidad de un decreto supremo.

2.10.- Argumentación jurídica del voto disidente : El juez concurre a lo resuelto sin compartir lo razonado en los considerandos vigésimo primero a vigésimo tercero.

Cuestiona el Ministro García el análisis efectuado por el TC al requerimiento realizado por un cuarto de Diputados en ejercicio, determinando dicha magistratura el vicio de legalidad, que al parecer del tribunal, los diputados argumentaban.

Señala en su considerando 3° “Que la determinación de un “vicio de legalidad” no se deduce directamente del requerimiento sino que se deriva de una interpretación que el Tribunal Constitucional realiza, en el sentido de que los parlamentarios requirentes aluden a la vulneración del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Específicamente, se trata de impugnar el Decreto Supremo N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de 12 de agosto de 2013”.

Cuestiona asimismo, que esa magistratura en reiteradas sentencias frente a

requerimientos de impugnación de decretos supremos, ha reservado para el fondo el análisis de ilegalidad, ya que los supuestos conflictos de legalidad no pueden verificarse, en sede de admisibilidad. Funda su razonamiento en el considerando 21° de la STC Rol N° 1153.

Razona el voto disidente en el considerando 6° al señalar que no se encontrarían frente a un conflicto de legalidad bajo ningún aspecto, cuestionando además la jerarquía jurídica que la jurisprudencia de TC ha dado al convenio 169 de la OIT, indicando. La sentencia de inadmisibilidad cuestiona que el parámetro utilizado sea el de un tratado internacional de derechos humanos. Las STC roles N°s 2387 y 2388, sobre la Ley de Pesca, no establecen que el tratado internacional tenga rango de ley. Simplemente sostienen que es una fuente de derecho infraconstitucional. Es una fuente de derecho diferente a la ley. En ella, por ejemplo, la Constitución exige que se le preserven ciertas reservas normativas explícitas diferentes a las de una reserva de ley ordinaria. Así, por ejemplo, se debe cautelar las normas generales de derecho internacional, tratándose de reservas, declaraciones interpretativas, derogaciones, modificaciones o suspensiones (artículo 54, N° 1, incisos tercero y quinto, de la Constitución). Si esa es la regla general para todo tipo de tratados, ¿cómo puede existir conflicto de legalidad tratándose de tratados internacionales en materia de derechos humanos regulados por el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución?

Concluye su argumentación indicando “Que, adicionalmente, el requerimiento hace un extenso desarrollo relativo a la impugnación de los artículos 85 y 86 del Reglamento aludido, en donde no solamente pone por cartabón al Convenio N° 169 de la OIT sino que se refiere, reiteradamente, a la vulneración del artículo 19, N° 2°, relativo a la igualdad ante la ley. (...) En fin, no se puede soslayar el debate acerca de las reglas del trato aplicable tratándose de pueblos indígenas ni tampoco es razonable la ausencia de legislación que implemente medidas que propicien la ejecución de políticas inclusivas que importan la aplicación del principio de igualdad por diferenciación. Todas estas cuestiones, más allá de la determinación definitiva sobre el reglamento, debieron ser discutidas en el fondo de este proceso constitucional que parecía perfectamente

admisible.

2.11.- Decisión o resolución del caso. La sentencia, voto de mayoría, declara inadmisible el requerimiento formulado. Basan su decisión al concurrir los supuestos que establece el artículo 111 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cuanto a que debe declararse inadmisible un requerimiento cuando “*se funda en vicios de ilegalidad*”.

3.- Análisis de la argumentación

3.1.- Problema jurídico: El problema jurídico que se analizará es Cuál es la jerarquía con que se encuentra revestido el convenio 169 de la OIT en nuestra legislación.

3.2.- Argumentación del TC: Se analiza el voto de mayoría.

El tribunal sentenciador hace un análisis de las facultades que le asisten para poder examinar la inconstitucionalidad de un decreto supremo, según las atribuciones otorgadas por la Constitución en el artículo 93 N° 16. Del análisis del requerimiento que formularon mas de un cuarto de los diputados en ejercicio, el TC concluyó que estaba en discusión un vicio de mera legalidad del D.S. 40/2012 y no de una inconstitucionalidad al confrontarla al Convenio 169 de la OIT.

El TC apoyado en su propia jurisprudencia, razona sobre los tratados internacionales ratificados por Chile, señalando que éstos no tienen rango constitucional, así el considerando 17° indica “Que este Tribunal, como ya se indicó, ha sustentado la doctrina de que los tratados internacionales no tienen rango constitucional (STC 2387 y 2388/2013). Por lo mismo, una eventual contradicción entre las normas del reglamento y dichos tratados, tanto por acción como por omisión, no constituye un vicio de constitucionalidad. No está, por tanto, entre sus competencias resolver este reproche.” Por tanto sólo le corresponde enjuiciar que un reglamento como el impugnado exceda o contravenga la ley, porque la modifica o innova afectando la reserva de ley, pero no puede declarar que la regulación es inconstitucional por ser insuficiente. Prosigue indicando que

tampoco esa Magistratura puede, a través del ejercicio de la facultad que le asigna el artículo 93, N° 16°, de la Constitución, enjuiciar las leyes que convocan a la potestad reglamentaria de ejecución y en virtud de las cuales se dictó el reglamento que se pretende impugnar por inconstitucional.

3.3.- Argumentación dogmática y opinión del autor del análisis de la sentencia.

La entrada en vigencia del inciso segundo del artículo 5° de la carta fundamental trajo aparejado divergencias de opinión respecto a la interpretación de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, no existiendo a la fecha consenso sobre el rango que se les otorga, tanto a las normas que consagran derechos humanos como a los propios tratados internacionales referentes a los mismos.

Como lo señala Nash¹ “la discusión se ha centrado en si estos derechos tienen una jerarquía legal, supralegal, constitucional o supraconstitucional. En Chile, es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales tienen una jerarquía supralegal. Sin embargo, han existido diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal Constitucional respecto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. Mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989; el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa.”

Para Nash, cuando se hace referencia a la recepción por parte del derecho interno a los tratados internacionales, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan

¹ NASH, Claudio. (2012) “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile. 445 pp., p.20. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> (fecha de visita 10 de mayo de 2016).

ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas. Con la reforma constitucional de 2005, el artículo 50 N°1 fue modificado y se introdujo un nuevo artículo 54 N°1² referente al procedimiento de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico interno.

Para Nogueira³, este nuevo inciso primero al incluir la frase “en lo pertinente” está reconociendo que el tratado internacional no es una ley. Este autor basa su afirmación al reconocimiento que hace el TC en el año 1999, mucho

² “Artículo 54. Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, *en lo pertinente*, a los trámites de una ley.

El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle. (lo destacado es nuestro)

El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64, y”

³ NOGUEIRA, Humberto (2007): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. *Estudios Constitucionales*. Año 5 N° 1, pp. 58-88.

antes de la reforma constitucional del 2005, en causa Rol 288⁴ considerando 6°.

Razona que la Constitución distingue claramente entre tratados y leyes o preceptos legales, especialmente en su artículo 93, en lo referente a control de constitucionalidad de tratados y leyes. Al respecto señala que “El artículo 93 despeja las dudas que pudieren existir sobre la materia, dado que cada vez que el constituyente quiso incluir a los tratados internacionales en los preceptos que confieren atribuciones al Tribunal Constitucional se hizo en términos formales y explícitos. Así sucede en los numerales 1° y 3°. En cambio, al ocuparse de las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, en los numerales 6° y 7°, se alude a “preceptos legales”, no siendo los tratados internacionales preceptos legales como el propio Tribunal Constitucional lo ha sostenido.”

Contrario a esta postura, Ribera⁵ sostiene que no existe tratado internacional alguno aprobado de acuerdo al artículo 54, N.° 1 de la Constitución que pueda cuestionar la supremacía constitucional. Funda su postura en el inciso 6° del N°1 del mismo artículo, cuando el constituyente reafirma la existencia, por primera vez en nuestra historia constitucional de un “orden jurídico chileno⁶”, el que sin perjuicio considera los debidos resguardos preventivos para que las normas externas que pretenden incorporarse no violen el marco jurídico nacional, adoptando igualmente mecanismos de coordinación entre el Derecho Interno y los sujetos, situaciones y las normas de derecho internacional público.

⁴ STC, Rol N° 288, de 24 de junio de 1999, considerando 6°. “Que, cabe puntualizar, en primer termino, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, N° 2°, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”

⁵ RIBERA, Teodoro (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*, vol. 5, número 1. pp. 89-118. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050105> (visita 15 de mayo de 2016).

⁶ Este orden jurídico chileno tiene como base filosófica el Capítulo I de la Constitución, esto es, entre otros aspectos, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, la primacía de la persona humana, el rol fundamental de la familia, la subsidiariedad del Estado, el principio de la democracia representativa y de la legalidad del actuar de los órganos del Estado. Consecuentemente, los titulares o integrantes de dichos órganos como toda persona, institución o grupo deben garantizar el orden institucional de la República y someter su acción a esta Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, no pudiendo reconocer o subordinar su actuar, *a contrario sensu*, a normas externas, surgidas en contravención al orden jurídico nacional.

Señala, que en el artículo 54° N° 1 inciso 5° de la Constitución, el constituyente se referió a “las normas generales de derecho internacional” y no a “las normas generales del Derecho Internacional”, no existiendo una referencia a un ordenamiento jurídico internacional que el constituyente le atribuya una identidad propiamente tal, sino que sólo una referencia a normas generales relativas al ámbito internacional.

Concluye, basado en el artículo 54° N° 1 de la carta fundamental que, “los tratados internacionales que recaen sobre materias de ley son preceptos legales que gozan de una especial protección constitucional, pero no por ello adquieren una jerarquía suprallegal”, como lo son los tratados sobre derechos humanos.

Nogueira⁷, promotor del bloque de constitucionalidad, ha señalado que “un tratado, convención o pacto internacional constituye un enunciado normativo que tiene su validez y vigencia determinadas por el Derecho internacional en cuanto constituyen fuente formal de éste. Para el autor, la Constitución chilena no determina la validez de un tratado internacional, sólo posibilita su incorporación al Derecho interno sin dejar de ser dicho tratado norma de Derecho internacional, posibilitando su *aplicabilidad preferente frente a las normas jurídicas de derecho interno* una vez válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional.”

Para el autor, la validez que tiene un tratado se determina por su gestación en el Derecho internacional y no por la Constitución de un Estado, (...) “afirmar la validez de un tratado en virtud de lo que determina la Constitución de un Estado parte no tiene sustento jurídico en el derecho constitucional chileno ni en el derecho internacional, sin perjuicio de que dicha práctica constituye una clara vulneración de los artículos 26, 31 N°1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, como asimismo de los principios imperativos del derecho internacional.”

De igual manera se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema en el Rol

⁷ NOGUEIRA, Humberto (2013). “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, No 2, 2013, pp. 97-154. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200004&script=sci_abstract. (visita 15 de mayo de 2016)

N°3069-08⁸ caratulada “Consortio Allianz Seguros Generales c/n Lan Chile S.A.” que en su considerando 5° se señala la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas.

El profesor Ayala⁹, al analizar la jerarquía de los tratados internacionales, hace una especial mención a aquellos que versan sobre los Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, indicando que es la Constitución de cada Estado la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convención internacional sobre derechos humanos. Señala que en el constitucionalismo moderno existe una marcada tendencia a equiparar los derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. Sin embargo, el reconocimiento expreso del rango constitucional sobre derechos humanos no siempre es claro. Los Estados, utilizan diferentes técnicas constitucionales ya sea por vía de la interpretación como es el caso de la Constitución española; por vía de la técnica de las cláusulas enunciativas como en el caso de la Constitución de Venezuela y Brasil y la técnica declarativa utilizada por Chile, la que mediante declaraciones contenidas en el artículo 5 inciso 2° asegura que el respeto de los derechos esenciales de la naturaleza humana son un límite al ejercicio de la soberanía.

La profesora Henríquez¹⁰, indica que en Derecho comparado se muestran diversas soluciones sobre la jerarquía de los tratados que versan sobre derechos

⁸ C.S. Rol 3069-2008 considerando 5°: “Que respecto de la eventual derogación del Convenio de Varsovia-La Haya [transporte aéreo internacional de mercaderías] por el Código Aeronáutico, es preciso tener presente, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte, que ya en el trabajo de la Comisión Redactora de la actual Constitución Política de la República (...) se planteó el tema de incorporar a la propia Carta Fundamental una norma expresa que consagrara en forma explícita la supremacía de los tratados frente a las leyes al dejar constancia que “todos los miembros de la Comisión reconocen por cierto, y en esto la doctrina y la jurisprudencia son uniformes, que los tratados son superiores en jerarquía a las leyes...”

“La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de la buena fe internacional y del cumplimiento de los adquiridos que constituyen principios de ius cogens codificados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno...”

⁹ AYALA, Carlos. (1988) “La jerarquía de los tratados de Derechos Humanos”. En “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Juan E. Méndez y Francisco Cox (Editores). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1991> (fecha de visita 13 de mayo de 2016).

¹⁰ HENRÍQUEZ, Miriam (2008). “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos” *Centro de Estudios Constitucionales*. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v6n2/art04.pdf>. (visita 12 de mayo de 2016)

humanos, agrupándolos en distintos sistemas: a) los que colocan a los tratados en un mismo plano jerárquico que las leyes internas; b) otros que consideran a los tratados con una jerarquía superior a las leyes; c) aquellos que otorgan rango constitucional a los tratados; d) finalmente los que reconocen un rango supraconstitucional a los tratados internacionales. La autora al hacer una recopilación de los dictámenes de la CS referente a tratados sobre derechos humanos, concluye que la tendencia de los tribunales superiores de justicia es a reconocer la “preeminencia” de la aplicación de los tratados de derechos humanos ante un conflicto normativo con la legislación interna.

Para Ferrajoli¹¹, “*La ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar*”, la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

Los *derechos esenciales* conforman una sola unidad y sistema, por ello puede hablarse de *bloque constitucional de derechos esenciales* y no de *bloque constitucional de normas*, los *derechos esenciales* es lo que el Estado tiene el deber de asegurar, respetar, garantizar y promover, los cuales pueden estar en un envase normativo constitucional o de fuentes del derecho internacional o incluso deducirse de valores y principios constitucionales, en cuyo caso estamos ante derechos no positivados, como son los “derechos implícitos”, “no enumerados”, “nuevos derechos” o “derechos de reconocimiento jurisprudencial” o cualquier otro “*nomen juris*” que desee otorgárseles.”

En el mismo sentido Nash¹² declara que, “está claro que, en estricto derecho, no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. Al referirse a la enmienda de 1989 señala que ésta obedeció a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en como se aplicaría la Constitución en el futuro. Por tanto, la enmienda al inciso segundo del artículo 5º reafirmó la

¹¹ FERRAJOLI, Luigi (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Cuarta edición (Madrid, Ed. Trotta), 180 pp.; p 63-65.

¹² NASH (2012) 22.

categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos.

Otro argumento para sustentar la conclusión a que arriba Nash se desprende al señalar que las fuentes de Derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba –por lo menos– en una categoría superior que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los derechos humanos.”

El profesor Tapia¹³ al analizar el inciso segundo del artículo 5º de la CPR señala que con la incorporación del nuevo inciso, se había creado una nueva categoría jurídica, una que por un lado es infraconstitucional y por el otro, supralegal. Asimismo, los derechos contemplados en el tratado sobre derechos humanos que es ratificado y se pone en vigencia se incorporan a la carta fundamental de derechos vigentes en el país, al lado y con la misma fuerza que los establecidos en la propia Constitución, formando un solo "Bloque Constitucional de Derechos Humanos", que el legislador no puede variar y el constituyente debe considerar, tomando en cuenta la aplicación estricta del artículo 27 y 31 de la Convención de Viena que consagra el principio *pacta sunt servanda* que niega incluso la posibilidad de invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional.

Tapia, al tratar la jerarquía supralegal de los TDH señala “*aprobado un tratado, el legislador y la ley quedan, quiérase o no, en una jerarquía inferior en esa materia. El legislador y por tanto la ley no puede dictar normas sobre esa materia ya que no puede modificar el tratado, y ello no sólo por efecto de la*

¹³ TAPIA, Jorge (2003). “Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1, pp. 351-364. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100017>. (visita 13 de mayo de. 2016).

aplicación del principio "pacta sunt servanda", sino por la forma textual y de contexto en que la Constitución misma ha arreglado las cosas. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 19 N° 26 de la CPR.

A su turno Nogueira¹⁴ señala que el concepto de derechos humanos en el contexto contemporánea “se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el Derecho Internacional, sea éste Consuetudinario, Convencional o *Ius Cogens* (Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario). Muchas veces el concepto se extiende a los presupuestos éticos y los componentes jurídicos positivados en las Cartas Fundamentales de cada Estado, denominados también derechos constitucionales o derechos fundamentales.”

Con la entrada en vigencia el año 2009 del Convenio 169¹⁵ de la OIT que regula la consulta y participación de los pueblos originarios, la normativa interna chilena ha debido adecuarse, para dar cumplimiento a la normativa foránea que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional. La incorporación a la legislación interna del convenio 169 de la OIT y en especial las disposiciones contenidas en los artículo 6 N° 1 letra a) que establece que los Gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y el artículo 7 N° 1 del mismo cuerpo legal, y que han sido reconocidas como las únicas autoejecutables por el Tribunal Constitucional¹⁶, en cuanto “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que esto afecte a sus vidas,

¹⁴ NOGUEIRA, Humberto (2003). “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *ius et praxis* [online]. vol.9, n.1, pp. 403-466. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122003000100020>. (visita 20 de mayo de 2016).

¹⁵ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 04 de agosto de 2000, en causa rol N°309, que se pronuncia de acuerdo al artículo 82, n° 2, de la Constitución Política de la República sobre requerimiento formulado por diversos Diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del trabajo, el 27 de junio de 1989. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl. Considerando Séptimo.

creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”, no ha sido tarea fácil.

Agrega la profesora Gaete¹⁷ que “Tales reconocimientos se gestaron en medio de una serie de controversias, lo que explica las salvaguardas existentes sobre el concepto de pueblos en el Convenio N° 169 y sobre el reconocimiento expreso del derecho humano a la libre determinación en la declaración de la ONU.”

Para Nash¹⁸, el Convenio 169 de la OIT, “es el único tratado internacional específico sobre derechos de los pueblos indígenas. Si bien es un tratado que surge en el marco de la OIT, no cabe duda alguna que es un tratado de derechos humanos, en tanto consagra y da contenido a derechos humanos y, como tal, ha sido incorporado a la normativa aplicable que viene siendo utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para interpretar sus propias normas.”

Por su parte Sanhueza¹⁹ al analizar la ratificación del Convenio 169 de la OIT ha señalado que “En cualquier caso, el Convenio 169, vigente desde septiembre de 2009, además de imponer a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos allí contemplados, forma parte de aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos como fuente legítima de limitación del ejercicio de la soberanía.” Para estos autores, tal ratificación ha impuesto obligaciones al Estado chileno, que parten del deber de adecuar su legislación interna a los estándares establecidos en el instrumento internacional.

¹⁷ GAETE, Lucía (2012). “El convenio 169. un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa” Revista ius et praxis, año 18, N°2. pp. 77 – 124. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf>, (Visita 05 de abril 2016).

¹⁸ NASH, Claudio, (2014). “Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT”. *Centro de Derechos Humanos*. 147 pp. Disponible en http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/otros/Manual_DDHH_Convenio_169.pdf (visita 18 de mayo de 2016).

¹⁹ SANHUEZA, Cristián, *et al* (2013) “NO NOS TOMAN EN CUENTA. Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía”. Ediciones Universidad Diego Portales. p. 27

En la esfera normativa ambiental, el Estado de Chile efectuó una adecuación a su legislación interna para dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, en específico, a la Ley General de Bases del Medio Ambiente 19.300²⁰, introduciendo en el año 2010 un nuevo inciso 2° al artículo 4²¹ el que alude en forma explícita al instrumento internacional. Dos años mas tarde, el D.S. 40/12²² que reglamenta el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ha hecho operativas las modificaciones realizadas a la ley, en especial la consulta y participación contenidas en el Convenio 169 de la OIT.

Con la reforma constitucional del año 2005, el Tribunal Constitucional adquirió mayores y más explícitas facultades sobre el control de decretos supremos, como el D.S. 40/2012, al incorporar el artículo 93° N° 16²³ a nuestra carta fundamental.

El profesor Cazor²⁴, al desarrollar la hipótesis sobre el verdadero alcance del nuevo artículo 93 N° 16 de la carta fundamental, en la relación ley-reglamento, analiza la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 325 de 2001 que argumenta las atribuciones otorgadas a éste por el artículo 82 numerales 5 y 12. Precisa el autor sobre lo que el fallo debió efectivamente ponderar, esto es, la naturaleza de la infracción constitucional que se debe considerar en la verificación de un decreto de ejecución. Destaca dos extremos, el primero “lo concerniente al control de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal de la potestad de ejecución cuando ésta se opone directamente a la carta política, es decir, cuando la norma

²⁰ Ley 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

²¹ Artículo 4°.- Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

²² Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

²³ CPR artículo 93 N° 16; Son atribuciones del Tribunal Constitucional: N° 16°.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

²⁴ CAZOR, Kamel (2005): “Nuevo artículo 93 número 16: Un enfoque coherente en torno al control de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional”. En Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador): *Reforma Constitucional*. Santiago: LexisNexis, pp. 399 – 414, p. 411.

infralegal se ve inmediatamente confrontada con la Constitución, sin posibilidad de cubrirse con la ley ordinaria” y en segundo lugar “lo referente a la controversia competencial que puede manifestarse cuando el tribunal constitucional al controlar un reglamento ejecutivo involucre en su análisis materias que pudieren estar reservadas a la ley, debido a la estrecha relación que se da en ese tópico entre norma legal y reglamentaria”.

Prosigue su trabajo analizando el nuevo artículo 93 N° 16 de la CPR, señalando que constituye un tipo de control jurídico abstracto y represivo, en el que se conoce del requerimiento desvinculado de todo presupuesto concreto de aplicación del decreto supremo que se impugna (autónomo o de ejecución). Postula, que de forma residual, el nuevo articulado recepta la hipótesis general²⁵ de inconstitucionalidad, sobre un amplio abanico en que el Presidente de la República puede incurrir al ejercer su potestad jurídica, incluyendo por cierto dentro de éste a la potestad reglamentaria de ejecución.

Ante los argumentos entregados por la doctrina y las sentencias en que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, no cabe duda alguna que la determinación de la jerarquía constitucional de un tratado internacional, aún de derechos humanos, no tiene una categorización taxativa en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto, existe laxitud de interpretaciones en uno y otro sentido. Y es así, por cuanto el constituyente no fue expreso en la declaración del rango normativo de los tratados internacionales, como sí lo han hecho otras Constituciones en el mundo.

Sin embargo, y siguiendo las tendencias actuales de constitucionalización del derecho, en especial con el desarrollo de los derechos fundamentales, a través del Neoconstitucionalismo y la reforma constitucional del año 1989, siguiendo la misma tendencia, ha influido en las decisiones de los jueces del fondo para incorporar, mediante el control de convencionalidad, los tratados internacionales, otorgándoles rango supralegal y decidiendo las controversias jurídicas que se suscitan, con estricto apego a éstos.

Es mi parecer que la sentencia en análisis elude el conocimiento profundo

²⁵ La hipótesis general abarca todo tipo de decretos supremos y cualquiera sea el vicio invocado.

del fondo del requerimiento al declarar su inadmisibilidad, fundado sólo en la jurisprudencia del mismo tribunal, sin recoger la doctrina y las tendencias neoconstitucionalistas y del bloque de constitucionalidad imperantes en el mundo globalizado. Asimismo, descarta su inadmisibilidad sin considerar el verdadero sentido armónico de las normas que se están confrontando, sin analizar al menos, la relación ley-reglamento del cual podría haber obtenido diferente conclusión.

Sostener, que un tratado internacional, en especial que verse sobre derechos humanos, como el 169 de la OIT no tiene categoría constitucional, sin señalar cuál es la jerarquía normativa que este detenta en nuestra carta fundamental, es eludir en el caso de análisis el conocimiento que de los decretos supremos emanados de la potestad reglamentaria de ejercicio del Presidente de la República, la propia Constitución le ha entregado al TC.

No es posible desconocer, que el Convenio 169 de la OIT, aún cuando emana de una organización que versa sobre el trabajo, es un tratado sobre derechos humanos y por tanto revisten una categoría superior a una ley simple. Así se desprende la interpretación armónica de los preceptos constitucionales, sin perjuicio, que el constituyente no lo dejó expresado explícitamente.

Lo que se pretendía por los congresista era precisamente verificar la constitucionalidad del D.S. 40/2012, es especial la consulta y participación de los pueblos indígenas, incorporadas dentro de los artículos 85 y 86 del reglamento impugnado, agregando además, que los artículos sobre consulta y participación del Convenio 169 de la OIT, son los únicos autoejecutables, declarados precisamente así, por el propio Tribunal Constitucional. De esta manera y al resolver sobre el fondo, la declaración de constitucionalidad del referido D.S. pudo haber despejado las dudas que hasta hoy subsisten sobre la suficiencia de la consulta y participación en el Reglamento del SEIA.

4.- Conclusiones

Los criterios que debería seguir el Tribunal Constitucional si resuelve un caso semejante son las siguientes:

1.- Reconocer, mediante un análisis armónico entre nuestra carta fundamental, la doctrina, las tendencias neoconstitucionalistas y del bloque de constitucionalidad imperantes en el mundo globalizado, la categoría supra legal que tienen los tratados internacionales, incluyendo los de derechos humanos, sin que por ello se desnaturalice la soberanía de nuestro Estado. De esta manera, podrá ejercer plenamente la atribución que le otorga la Constitución y no buscar eludirla, fundada en otorgarle sin mayores reflexiones, sólo un rango legal, a los tratados internacionales.

2.- Que de no ser así, al menos el TC debe interpretar los arts. 93 N°1 y 93 N° 3 de la Constitución como un dispositivo de coherencia entre norma internacional y norma interna y no como normas constitutivas de un criterio de jerarquía, resolviendo al menos revisar la constitucionalidad de la norma interna, en este caso un Decreto Supremo.

3.- El TC al emitir sus pronunciamientos, debe limitarse al requerimiento formulado y si existen meridiana certeza que se declarará su inadmisibilidad, abstenerse de efectuar análisis de fondo, que además de acotados, como en el caso de la sentencia en análisis, su aporte al ordenamiento jurídico es escaso, creando artificiosa jurisprudencia. A *contrario sensu*, si reflexiona que no existe plena certeza de declarar inadmisibile un requerimiento, debe declararlo admisible y pronunciarse detalladamente sobre el fondo. Solo así se despejarán dudas tan importantes como el cuestionamiento de inconstitucionalidad de un D.S. al confrontarlo con un tratado internacional que al menos tiene una categoría superior a una ley simple.

SENTENCIA NÚMERO DOS

Puerto Montt, once de octubre de dos mil once.

Vistos:

A fojas 78, comparece **José Omar Guentelican Maldonado**, chileno, casado, abogado, cédula nacional de identidad 5.696.425-8, con domicilio en sector Huentetique, comuna de Ancud, y en su calidad de Presidente de la Comunidad indígena “Antu Lafquen de Huentetique”, recurre de protección en contra de la **Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos**, representada por su Presidente don Juan Sebastián Montes Porcile, ambos domiciliados en San Martín N° 80, comuna de Puerto Montt, para que se declare ilegal y se deje sin efecto Resolución Exenta N° 373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé” y se sustituya el procedimiento de calificación de impacto ambiental, pues dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al artículo 11 de la Ley 19.300, y que se proceda conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, en cuanto al procedimiento de consulta.

Refiere que el proyecto está ubicado a sólo 4 kilómetros de la comunidad que representa y de 400 metros de asentamientos ancestrales, en particular un cementerio indígena y demás descubrimientos que se pueden hacer luego del movimiento de tierras. Agrega que su comunidad es de vocación pesquera y turística, por lo también podría haber repercusiones económicas y sociales a la comunidad, teniendo presente el carácter de la zona que es histórica y turística.

Alega en primer lugar, por tratarse de una zona de influencia indígena, existiendo Santuarios Naturales en un sector costero y humedales adyacentes de Mar Brava, se deben aplicar procedimientos tendientes a cumplir con los compromisos internacionales acordados por el Estado de Chile a través del Convenio 169 de OIT, lo que implica desarrollar una consulta ciudadana, lo que no

se hizo en este proceso. En este sentido, la resolución recurrida 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 vida de las comunidades indígenas originarias, lo que torna ilegal la decisión, lesionando la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica igualar para los efectos de resolver la declaración presentada.

En segundo lugar, alega que atendido las consecuencias del proyecto de parques eólicos, lo que genera una amenaza para la mantención del equilibrio ecológico, fragmentación de hábitat, barrera geográfica y cambios en la cascada trófica, serán algunos de los perjuicios en el ecosistema. En consecuencia, el proyecto produce efectos que según la normativa que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se debe evaluar a partir de una Estudio de Impacto Ambiental y no a través de una Declaración de Impacto Ambiental, como ocurrió en la especie, por cuanto concurren los supuestos del artículo 11 letras d), e) y f) de la Ley 19.300. Y en tal sentido ha sido confirmado por la autoridad ambiental, al momento de comprender en la Declaración medidas de resguardo a la población y medio ambiente, siendo un reconocimiento expreso de la necesidad de realizar el Estudio de Impacto Ambiental.

Así las cosas, los hechos antes descritos atentan gravemente las garantías constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Concluye pidiendo que se acoja el recurso y en definitiva se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 373/3011 del 18 de agosto de 2011, y se someta el proyecto “Parque Eólico Chiloé” a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley 19.300, se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, con condena en costas.

A fojas 90, informa don Jaime Hausdorf Steger, abogado, por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, solicitando el rechazo del presente recurso por improcedente, con expresa condenación en costas.

Refiere que el proyecto en cuestión fue calificado favorablemente en sesión del 1° de agosto pasado, por la unanimidad de los once integrantes de la Comisión de Evaluación Ambiental, habiéndose presentado el 4 de octubre de 2010 una DIA del Proyecto Parque Eólico Chiloé, de acuerdo al artículo 10, letra c) y 3° letra c) del D.S. 95, en la categoría de Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW.

El recurrido describe el proyecto y el lugar de emplazamiento del mismo, (Sector Mar Brava – Bahía de Polocuhue, comuna de Ancud – Chiloé), indicando que éste presenta condiciones adecuadas para utilizar de manera optimizada los vientos existentes y así aprovechar al máximo el potencial eólico de la zona, enclavada en un área rural que no está afecta a instrumento de planificación territorial y describe a continuación las instalaciones con que estará implementado.

Sobre el recurso de protección, sostiene que debe rechazarse, primero por ser improcedente, ya que excede el ámbito propio de esta acción constitucional, primero, porque la Comisión de Evaluación es el órgano de la administración del Estado que posee competencia para el análisis del mérito técnico-científico asociado a materias ambientales; segundo, porque no corresponde que por ejercicio de la acción de protección, se intervenga en competencias que se han determinado como propias de la administración; tercero, porque el Parque Eólico no requiere de un Estudio de Impacto Ambiental al no generar los efectos, características y circunstancia del artículo 11 de la Ley 19.300, y transcribe en ese orden el considerando 5° de la RCA. La recurrida sostiene que la contraria se afirma en juicios de opinión sin fundamento jurídico.

Precisa que en el procedimiento de evaluación se emitieron dos informes Consolidados de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones (ICSARA), el primero por Ord 128 de 1° de diciembre de 2010 que reúne las observaciones de los órganos del Estado a la DIA, y el segundo, mediante Ord 366 de 10 de mayo de 2011 que contiene las observaciones formuladas a los

Servicios Públicos a la Adenda N° 1. Señala que el 27 de junio de 2011 se elaboró el Acta de Evaluación prevista en el artículo 86, inciso 2° de la Ley 19.200, en tanto que el Informe Consolidado previsto en el artículo 32, el 1° de agosto, debido a que los servicios públicos emitieron respecto del Adenda N° 2 informes definitivos de acuerdo a la DIA, de modo que cumplidas estas actuaciones, la Comisión de Evaluación podía calificar ambientalmente el proyecto.

En cuanto al reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 11 letra c), refiere que los reproches del actor al motivo 5° letra c) de la RCA, son sólo formales y omite la alusión a la información consignada en la DIA, informes de los servicios públicos y en las adendas y anexos, omisiones que a juicio de la recurrida evidencian que el verdadero fin de esta acción es que el proyecto no se ejecute porque no están de acuerdo con alguna de sus cualidades. Sostiene que el actor efectúa una serie de prevenciones que constituyen antecedentes relevantes refiriéndose por ejemplo al área que se vería afectada pero sin determinarla, mencionando comunidades que no han sido consideradas pero no explica las razones de por qué deberían serlo. Sostiene que se alude a población de la zona comprendida entre los sectores como Pilluco, Península de Lacuy y Pumillahue, población que el recurrido indica se encuentra fuera de la influencia del proyecto y que por ello no es considerada ni por la DIA ni por los Servicios Públicos. Además, sostiene que se alude en el recurso a más de 100 organizaciones de diverso tipo que podrían eventualmente verse afectados por la alteración de sus modos de vida, y por ello son los órganos a los que el Estado ha dotado de competencia a quienes les corresponde evaluar los posibles efectos ambientales. Refiere que fue así que la I. Municipalidad de Ancud emitió el Ord. 7 de 29 de octubre de 2010 que señala que no se generan o presentan efectos adversos significativos en magnitud o importancia sobre las dimensiones ambientales, y sólo consigna como observación la de establecer los impactos y medidas de mitigación asociados en los asentamientos humanos del sector, principalmente referidos a su conversión laboral, observación recogida por el primer Icsara y respondida en el Adenda N° 1, indicándose que el proyecto no

generará impactos sobre la materia aludida por el municipio, entidad que no reitera dicha observación ni solicita precisiones al Adenda N° 1.

Sobre la posible afectación significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, con población protegida por leyes especiales, se generaron observaciones por la Conadi, que derivaron en la presentación de minutas y de un informe antropológico y de Significación Cultural de 18 sitios arqueológicos en Anexo 5 al Adenda N° 2, y a través de pronunciamiento conforme del proyecto por dicha Corporación, la comisión concluyó que la ejecución del proyecto no generaba reasentamiento de comunidades humanas ni afectación significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Sobre la localización próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, susceptibles de ser afectadas, así como el valor ambiental del territorio que se pretende emplazar (letra d) artículo 11 ley 19.300, se efectúan sólo reproches de orden formal y omite la alusión a la información consignada en la DIA, informes de los servicios públicos y en las adendas y anexos. Refiere que los planteamientos de los actores son jurídicamente imprecisos y transcribe la letra d) del motivo 5° de la RCA, que recae sobre dicha materia. Sostiene que fuera del área de emplazamiento y de influencia del proyecto se encuentran tres comunidades, una a 1 km, que es la más cercana y otras dos a 4 kms, las que no se exponen a ser afectadas, como lo avala la Conadi, información que concuerda con las actas de socialización realizadas en esas comunidades incorporado por la empresa en su anexo n° 5 del Adenda 2, refiere que con el contenido de estos informes, se generó un pronunciamiento final por la Conadi en Ord 265 de 4 de julio de 2011, sin perjuicio de agregar que la aprobación de una DIA no constituye una medida administrativa susceptible de afectar directamente a población indígena, que se ubica fuera del área de influencia.

Respecto a la alteración significativa en términos de magnitud y duración del valor paisajístico o turístico de una zona, efecto previsto en la letra e) del artículo 11 de la Ley 19.300, refiere que este es uno de los aspectos que amerita mayores consideraciones en el caso de la evaluación ambiental de parques eólicos y por ello se acompañó por el titular un documento denominado “Estudios

de especialidad, Informe de Paisaje Final” que concluye que “El resultado del análisis de fragilidad y calidad intrínseca arroja clases de conservación compatible con la instalación de este tipo de aerogeneradores, con la única excepción del área cercana al humedal Quilo, que debiera excluirse de cualquier tipo de actividad. El efecto visual potencial de la instalación de las turbinas es de 5% sobre la cuenca visual relativa, valor que es considerado “poco significativo”. Refiere que los actores no comparten estos datos sin embargo no plantean la alternativa que consideran pertinente. En relación a ello, la recurrida consigna lo señalado por los Órganos de la Administración, indicando que el Municipio de Ancud sólo solicitó analizar los impactos asociados y medidas de mitigación respecto de la influencia del proyecto sobre el monumento nacional Islotes Puñihuil, las Playas de Mar Brava y Humedal Quilo, indicando al respecto la titular que ha definido áreas de amortiguamiento y franjas de protección en torno a las áreas ambientalmente sensibles detectadas en las etapas de estudio y levantamiento, y en relación a los Islotes Puñihuil, se estableció un distanciamiento de más 3000 metros que permite garantizar que no se producirá efectos de ningún tipo. Por su parte el Sernatur, refiere que puede apreciar que el proyecto está emplazado en un área con valor turístico, que deberá permitir el normal desarrollo de iniciativas turísticas en las zonas aledañas, que actualmente tales actividades están presentes en Islotes de Puñihuil, Humedal de Laguna Quilo, Sitio Arqueológico de Quilo, Sendero de Chile, toda la extensión de playa Mar Brava, hasta Piedra Run. Se indica que el titular deberá aportar con un documento de Programa de Mitigación de Impactos, por posibles efectos adversos que genere el proyecto, y que van más allá del humedal mencionado. Se transcribe cual fue la respuesta a través del Adenda N° 1, que en síntesis señala que el proyecto ha considerado reducir aún más su área de influencia alejándose del Monumento Natural Islotes de Puñihuil a una distancia final de 3000 mts, refiere que durante la etapa de operación, el área efectivamente intervenida será cercana a las 40 hectáreas, lo que constituye una superficie reducida, y por último, estima que el efecto del proyecto sobre el turismo será positivo porque la experiencia de otros parques eólicos constituyen un potenciamiento de la actividad

turística, puesto que tales instalaciones constituyen atractivos turísticos por sí solos.

En ese orden, la Municipalidad se manifestó conforme al proyecto través de Ord. 13 de 15 de abril de este año, y así también Sernatur, mediante Ord. 167 de igual fecha, en razón de lo cual la Comisión de Evaluación concluye fundadamente la no generación de los efectos del artículo 11 letra e) de la Ley 19.300.

Sobre la alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, previsto en la letra f) del artículo 11 de la Ley 19.300, sostiene que los actores no consideran nuevamente apropiadas las conclusiones contenidas en la letra f) del motivo 5° de la RCA, no obstante respecto de cada situación analizada, esto es, Monumento natural Islote Puñihuil, sitio Quilo, 18 sitios arqueológicos que constituyen hallazgos, Playa Rosaura, refiere que el expediente contiene la información necesaria, los planteamientos y medidas planteadas por el titular para no afectar tales elementos.

Señala que la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es improcedente en el procedimiento de Evaluación del Proyecto “Parque Eólico Chiloé”, por cuanto la resolución impugnada no es susceptible de afectar directamente a pueblo indígena alguno, por cuanto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) y 7 N° 1 del Convenio 169, establecen la consulta en el evento que la medida legislativa o administrativa produzca grados de afectación en las comunidades indígenas, teniendo presente que las afectaciones que se alegan son hipotéticas y dependen de causas remotas, que en ningún caso son afectaciones que podrían vincularse directamente a ella, a nivel de causalidad.

Refiere que el acto no agravia las garantías constitucionales que se invocan, y no existiendo tal conculcación, no puede darse lugar al recurso aún cuando pudiera tacharse de ilegal o arbitrario el acto que se impugna. Enseguida, sostiene que no configura alguna de las presuntas ilegalidades ni arbitrariedades alegadas, puesto que su parte, en cumplimiento de un deber público y en el ejercicio de una potestad legalmente atribuida, dictó un acto administrativo

terminal con el objeto de concluir un procedimiento administrativo, velando porque el interesado dé cumplimiento a todas las normas y condiciones indispensables para la ejecución de la actividad lo sea con respecto al ejercicio por parte de terceros de los derechos constitucionales que los amparan. Expresa que consta que la RCA se hizo cargo de todos los asuntos que en el procedimiento requirieron especial consideración, que en el caso del Monumento Natural Islotes Puñihuil ubicado a 3 kms del aerogenerador más cercano y respecto del que Conaf y la Subsecretaría de Pesca impusieron estrictas condiciones de operación al proyecto a fin de evitar la afectación del sitio y sus recursos, entre los que se cuentan los pingüinos Humboldt y Magallánicos; se materializaron informes de impacto acústico específicos para evitar la afectación del hábitat de los islotes Puñihuil así como de las actividades de pesca artesanal y manejo de determinadas áreas de manejo de recursos bentónicos. Agrega que también se impusieron múltiples obligaciones al titular para la mantención y conservación de los hallazgos arqueológicos efectuados con motivo de los estudios previos al sitio.

Finalmente, señala que normas específicas de la Ley 19.300 y del DS 95 / 2001, dotan de plena legalidad a la actuación recurrida, en especial, sus artículos 2 letras j) y k), 24, 25, y del segundo, su artículo 34.

Sobre las garantías constitucionales que se indican como vulneradas, en cuanto a los derechos previstos en el artículo 19 N°s 2 y N° 21 de la Carta Fundamental, sostiene que el actor se basa en meras suposiciones, juicios de opinión sin fundamento jurídico, no vislumbrándose cómo su actuar pueda conculcar el ejercicio legítimo de tales derechos, puesto que se actuó en ejercicio de una competencia expresa para dar curso al procedimiento administrativo, en cumplimiento de un deber administrativo, y menos se puede considerar que la dictación de la resolución de calificación ambiental cause o genere contaminación, ni menos que se encuentre en situación riesgosa o real de vulnerarse.

A fojas 1 y siguientes, la parte recurrente acompaña Copia de Estudio “Observaciones Proyecto Eólico Chiloé”; Copia de Solicitud Espacio Costero y Marítimo de Pueblos Originarios; y Copia Certificado N° 47/05 de la Dirección Regional de la CONADI, Región de Los Lagos.

A fojas 131, la parte recurrida acompaña copia de expediente administrativo “Proyecto Eólico Chiloé”

A fojas 133, encontrándose en estado, se traen los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que, para analizar el asunto planteado por la presente vía, es oportuno consignar que el Recurso de Protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de las medidas de resguardo que sean pertinentes ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio;

Segundo: Que, como se desprende de lo anotado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal - esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil - o arbitrario - producto del mero capricho de quién incurre en él - y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto; el carácter sumario de la acción cautelar, así como el hecho de dejar subsistentes las vías legales respectivas para discutir contenciosamente el asunto, impone - para su éxito - que se trate de actos manifiestamente arbitrarios o ilegales, condiciones que puedan establecerse sumariamente mediante el procedimiento establecido por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema que regula la materia.

Tercero: Que, en el caso que nos ocupa, se ha deducido la acción cautelar de protección, contra la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, representada por su Presidente don Juan Sebastián Montes Porcile, para que se declare ilegal y se deje sin efecto Resolución Exenta N° 373/2011 expedida por aquella, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé”, y como consecuencia, se sustituya el procedimiento de calificación de

impacto ambiental, por cuanto, según el recurrente, el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental, de conformidad al artículo 11 de la Ley 19.300, y para que se proceda conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, en cuanto al procedimiento de consulta.

Cuarto: Que en su informe de fojas 90, el representante de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, solicitó el rechazo del presente recurso, primero por ser improcedente, ya que excede el ámbito propio de esta acción constitucional, pues la Comisión de Evaluación es el órgano competente para analizar situaciones asociadas a materias ambientales; porque el Parque Eólico no requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, al no generar los efectos, características y circunstancias que señala el artículo 11 de la Ley 19.300, como se consignó en el considerando 5° de la resolución de calificación ambiental, y aquellos efectos que la recurrente señala son meros juicios de opinión que carecen de fundamento jurídico, y tampoco corresponde el trámite de la consulta a las comunidades, por cuanto la aprobación de una DIA no constituye una medida administrativa susceptible de afectar directamente a población indígena, la que en la especie se ubica fuera del área de influencia del proyecto eólico.

Quinto: Que en apoyo de sus pretensiones, el recurrente acompañó Copia de un documento que contiene “Observaciones Proyecto Eólico Chiloé”; Copia de Solicitud Espacio Costero y Marítimo de Pueblos Originarios; y Copia de Certificado N° 47/05 de la Dirección Regional de la CONADI, Región de Los Lagos. A su turno, la recurrida acompañó copia de expediente administrativo “Proyecto Eólico Chiloé”.

Sexto: Que de los antecedentes aportados por la recurrida, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, fluye en forma indubitada que el procedimiento que culminó en la expedición de la resolución impugnada en estos autos se llevó a efecto de acuerdo a las normas que establece la ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, basado en el principio de contradictoriedad del artículo 10 de la ley N° 19.880, en virtud del cual, los servicios convocados plantearon dentro de la esfera de su competencia las

observaciones y aclaraciones que podría generar el proyecto Parque eólico. De este modo, la Resolución Exenta N° 373/2011 fue expedida por el órgano competente, dentro de la esfera de sus atribuciones, y previo cumplimiento de todas las etapas contempladas en la primera de las leyes mencionadas: De allí que no pueda calificarse ese acto como ilegal, ni menos arbitrario.

Por lo demás, la Resolución precitada no causa agravio ni es susceptible de amenazar derechos esenciales, toda vez que se trata de un acto administrativo de opinión y no representa un acto material de resultado que cause agravio actual y real, presupuestos indispensables para el éxito de la acción de protección, que en este caso no se presentan, pues el recurso se funda en un temor y especulaciones, por lo demás infundadas, acerca de los impactos asociados al funcionamiento del proyecto Parque eólico, lo que representa una situación futura que esta vía cautelar no permite calificar como susceptible de poner en riesgo derechos fundamentales, menos aún los invocados por el recurrente.

Séptimo: Que el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone que "Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente."

En este caso, como se ha venido señalando, la medida que el recurrente estima les agravia es la dictación de la Resolución exenta que califica el proyecto "Parque eólico" que se pretende emplazar en la isla de Chiloé; sin embargo, dicho acto administrativo, constituye la culminación de todo un proceso iniciado el 4 de octubre de 2010 mediante la presentación de una Declaración de impacto ambiental del Proyecto Parque Eólico Chiloé, de acuerdo al artículo 10, letra c) y 3° letra c) del D.S. 95, en la categoría de Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW, y que ajustándose al procedimiento contemplado en la ley N° 19.300, sirvió de plataforma para escuchar a todos los servicios públicos en cuya competencia se comprenden materias de índole ambiental, entre otros Conadi,

servicios que emitieron las observaciones que tal proyecto les merecía, con lo cual resulta evidente que los temas que al recurrente le preocupan, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron concretados finalmente a través de la resolución de calificación ambiental, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicha Resolución, entre los cuales cabe considerar el informe favorable de Conadi.

Por otra parte, la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no resulta pertinente en el procedimiento de evaluación del Proyecto antes mencionado, esto, porque ni la resolución impugnada, ni las obras en que se traducirá el proyecto mismo, afectan directamente a pueblo indígena alguno, - situaciones que determinan la procedencia de la consulta -, desde que las afectaciones que se alegan por el recurrente, aparte de no perjudicar directamente a ninguna población o comunidad, son hipotéticas y dependen de causas remotas, como se desprende del tenor de su presentación.

Octavo: Que, desde otro punto de vista, situándonos en una posición contraria a lo señalado en el motivo que antecede, debemos recordar que lo que el artículo 6° letra a) del Convenio 169 impone a los Estados contratantes es, - en las situaciones que indica -, consultar a los pueblos interesados, mediante “procedimientos apropiados”; esta proposición se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300. En este orden de ideas, las comunidades indígenas asentadas en sectores aledaños a la superficie en que se emplazarán las obras del proyecto Parque eólico Chiloé tuvieron una vasta participación en el desarrollo del procedimiento y así se consignó latamente en el considerando 5° de la resolución de calificación ambiental.

En la especie, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.

En efecto, una interpretación armónica del Convenio N° 169, de la Ley Indígena y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, permite concluir que la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos cumplió con la finalidad de la Consulta prevista en el Convenio N° 169. El artículo 34 de la Ley N° 19.253, establece que: "los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley."; a su vez la Ley N° 19.300 establece que corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan. Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface –en este caso por los antecedentes ya expuestos- la exigencia del Convenio en referencia.

Noveno: Que la conclusión expuesta aparece corroborada en causa Rol 4078-2010, de la Excma.Corte Suprema, cuando señala: “Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen”, en consecuencia, la participación de las comunidades indígenas en el marco de la ley 19.300, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental.

Décimo: Que al no existir un acto arbitrario o ilegal, es innecesario analizar la transgresión de las garantías constitucionales que el recurrente estima amagadas.

De conformidad, asimismo, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se rechaza** el recurso de protección deducido a fojas 78.

Acordada con el voto en contra del Presidente Sr. Hernán Crisosto Greisse, quien estuvo por acoger el recurso de protección, existe una afectación ilegal y arbitraria al derecho consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, acorde los siguientes fundamentos:

PRIMERO: Que la Línea de Base del proyecto en cuestión, en lo que dice relación con sus aspectos culturales y arqueológicos, da cuenta de la existencia de un sitio de aproximadamente 800 metros cuadrados descrito como: “un extenso y potente sitio con evidencias de entierros humanos y fechas en torno a los 6.166 a 6.150 años de antigüedad.....” sitio que luego se procede a describir en sus distintas capas de superficie; es así como desde la superficie hasta los 40 centímetros, detalla entre otros la existencia de restos de cerámica, lo que indica que probablemente fue utilizado por familias de horticultores probablemente Williche: Luego entra los 40 y 70 centímetros, describe la aparición de un conchal netamente canoero, que incluye curantos y restos humanos, para luego entre los 70 y 120 centímetros, describir la existencia de abundantes restos de piedra trabajada fabricadas por los primeros canoeros que llegaron al archipiélago.

SEGUNDO: Que, ante tal hallazgo de valor arqueológico se propuso la modificación de la ubicación del aerogenerador para evitar el sitio; sin embargo, a juicio de este sentenciador, tal hallazgo, debió obligar a la autoridad, a que se dispusiere un Estudio de Impacto Ambiental, abandonando la tramitación de la Declaración de Impacto Ambiental en trámite, ello por cuanto el hallazgo constatado, más la precisión de CONADI en el sentido que si bien los terrenos a intervenir no son tierras indígenas, ante la clara presencia de personas y comunidades indígenas cercanas al sitio de emplazamiento del proyecto y el hallazgo de 18 sitios arqueológicos y de importancia patrimonial, estimó que

Ecopower S.A.C. debía incorporar a la evaluación ambiental de su proyecto la normativa indígena, específicamente en lo que dice relación con el artículo 34 de la ley 19.253 y artículo 6 punto 1 , literal a) y punto 2 del Convenio 169.

TERCERO: Que, respecto de lo señalado en el considerando anterior, cabe precisar que a juicio de este sentenciador, si bien los recurrentes son vecinos a las tierras en que se llevará a efecto el proyecto el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y a no dudarlo dado los hallazgos arqueológicos y culturales en algunas áreas del terreno a intervenir con el proyecto dicho terreno forma y formó parte del hábitat de una comunidad indígena.

CUARTO: Que, ante la precisión de la CONADI la Empresa entendió cumplida la consulta la participación de los pueblos indígenas del área con voluntarios procesos de acercamiento e información a la comunidad, incluyendo personas y organizaciones indígenas. Sin embargo la única institución que cumple con el deber de consulta a los pueblos indígenas consagradas en el Convenio 169, es el Estudio de Impacto Ambiental, dado que conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del título II de la ley 19.300, tal participación está reservada a EIA. A ello se une que se daban los supuestos del artículo 11 letra f) de la ley 19.300 puesto que con el proyecto se producirán alteraciones de sitios de valor antropológico de manera que el proyecto debió ser sometido a un Estudio de Impacto Ambiental.

QUINTO: Que omitirse el EIA, se ha omitido la debida consulta a los pueblos indígenas vecinos, tanto por ser en sitio a intervenir parte de su hábitat, como por haberse encontrados en él, sitios arqueológicos que formaron el hábitat de sus ancestros Williches, incurriéndose así en una discriminación hacia los recurrentes, y se vulnera en consecuencia el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2, por el incumplimiento de leyes y tratados vigentes que favorece a los miembros de los pueblos indígenas, consagrado en el caso sub lite, en el derecho a la consulta que contempla el artículo 6 N° 1 y 2 y

artículo 7 del convenio 169 de la OIT. De igual manera se ha vulnerado la citada garantía en cuanto se ha hecho una diferencia arbitraria a favor de la empresa interesada, al favorecerla por actos administrativos irregulares, en detrimento de los demás ciudadanos que están obligados a respetar y acatar la legalidad vigente.

Redacción del Ministro Leopoldo Vera Muñoz y del voto disidente su autor.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N° 239-2011

Pronunciado por la primera Sala, integrada por el Presidente don Hernán Crisosto Greisse, Ministro don Leopoldo Vera Muñoz y Abogado integrante don Pedro Campos Latorre.

Santiago, veintidós de marzo del año dos mil doce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos sexto a décimo que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, está consagrado como una acción cautelar, frente a una actuación arbitraria o ilegal que prive, amenace o perturbe alguna de las garantías que el constituyente ha protegido en el artículo 20 de la Carta Política, de tal suerte que al comprobarse los supuestos de la acción, procede brindar la medida que ampare al recurrente en sus derechos.

Segundo: Que el acto que origina la presente acción cautelar es la Resolución Exenta N° 373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé”. En concepto de la entidad que recurre Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique, dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al artículo 11 de la Ley N° 19.300, y al no haberse dispuesto así por la referida autoridad, se afectarían las garantías constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Tercero: Que la reclamante sostiene que el proyecto denunciado produce efectos que, según la normativa que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se deben ponderar, a partir de un Estudio de Impacto Ambiental y no a través de una Declaración de Impacto Ambiental -como aconteció-, puesto que concurren los supuestos contemplados en el citado artículo 11, particularmente los que prevén sus literales d),e) y f).

Argumentan que el proyecto afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas, circunstancias que no se encuentran cuestionadas por la autoridad ambiental, pues es innegable el asentamiento de comunidades indígenas Huilliches en los terrenos que se pretenden intervenir, por tratarse de un área

declarada zona o centro de interés turístico nacional, la existencia de monumentos históricos y zonas típicas ubicadas dentro del área de influencia del proyecto.

Cuarto: Que el segundo reproche de ilegalidad se hace consistir en haber faltado al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio N° 169 de la OIT, no obstante estar frente a una decisión administrativa que ha certificado que el proyecto evaluado supuestamente cumple con todas las exigencias que impone la normativa aplicable y que es obligatoria para los demás órganos del Estado con competencia ambiental, los cuales no podrán denegar las autorizaciones sectoriales correspondientes.

Quinto: Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Sexto: Que la resolución que califica favorablemente el proyecto en cuestión, en su considerando 5° manifiesta que el proyecto no genera, ni presenta ninguno de los efectos, características o circunstancias que dispone el artículo 11 de la Ley N°19.300, manifestando al respecto que no se cumple con ninguna de las hipótesis que señala la norma.

Séptimo: Que en contradicción con lo previamente señalado y teniendo en consideración lo dispuesto en la letra f) del artículo 11 de la citada ley, los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto en los antecedentes con que contaba el organismo, contenidos en el documento acompañado a la Declaración de Impacto Ambiental denominado “Línea base aspectos culturales y arqueológicos” que da cuenta de la existencia de 18 sitios

arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto, debieron ser consideradas para someter el referido proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental para así dar cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4° dispone la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.

Octavo: Que las instancias de participación que se aducen en la ADENDA N°2, consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen 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. Es decir, la autoridad administrativa recurrida determina el asentamiento de un proyecto en un lugar donde se encuentran hallazgos arqueológicos de una cultura originaria, prescindiendo de la participación y cooperación de ésta para determinar las mejores medidas que se puedan adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural.

Se debe considerar, además, lo indicado en el estudio antropológico realizado en mayo de 2011, que se adjunta a la citada ADENDA N°2, donde se reconoce el valor patrimonial y la significación simbólica que las comunidades le otorgan a los sitios arqueológicos identificados, relacionados con sus prácticas ancestrales, identificando la zona de Playa Mar Brava -lugar de asentamiento del proyecto- como territorio Huilliche, destacándose el Puente Quilo como un lugar vinculado a ceremonias rituales fúnebres.

Noveno: Que tal proceder deviene en 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 opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas.

Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía acatar la autoridad por imperativo legal, proceder que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.

Décimo: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto “Parque Eólico Chiloé” era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

Undécimo: Que lo antes expuesto, no se encuentra en contradicción con lo resuelto en los autos Rol N° 10.383-2011, por cuanto difieren los procesos tanto en los comparecientes como en las causas que le sirven de base a las pretensiones sometidas a la decisión de este tribunal.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de once de octubre de dos mil once, escrita a fojas 154 y, en consecuencia, se acoge el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 78, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 373/2011 de 18 de agosto de 2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, por lo que el proyecto “Parque Eólico Chiloé”, 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.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval.

Rol N°10.090-2011.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia

Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Juan Escobar Z. y el Abogado Integrante Sr. Luis Bates H. Santiago, 22 de marzo de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de marzo de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

ANÁLISIS SENTENCIA NÚMERO DOS

SUFICIENCIA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA CONTEMPLADA EN LA LEY 19.300, PARA SATISFACER LA EXIGENCIA DE CONSULTA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN PROYECTOS DE INVERSIÓN

1.- Identificación

- 1.1.- Tribunal que dictó la sentencia: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.
- 1.2.- Fecha de la sentencia: 11 de octubre de 2011.
- 1.3.- ROL de la sentencia: 239-2011.
- 1.4.- Recurrente: José Omar Guentelican Maldonado.
- 1.5.- Recurrido: Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos.
- 1.6.- Querellante particular: No procede.
- 1.7.- Datos de publicación de la sentencia o de disponibilidad informática:
<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>
- 1.8.- Decisión o resolución: La sentencia rechaza la protección reclamada al no existir, al parecer del tribunal, un acto arbitrario o ilegal.

La sentencia en análisis es acordada con el voto en contra del Presidente Sr. Hernán Crisosto Greisse, quien estuvo por acoger el recurso de protección.

2.- Resumen de la sentencia

- 2.1.- Actuaciones procesales: No procede al recurrir directamente de protección.
- 2.2.- Hechos juzgados: Los hechos Juzgados por el voto de mayoría son los siguientes:
 - 2.2.1.- La existencia de la ilegalidad o arbitrariedad de la resolución recurrida
 - 2.2.2.- La existencia de agravio de la resolución recurrida
 - 2.2.2.- Procedencia de la Consulta según lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.
 - 2.2.4.- La suficiencia de reuniones voluntarias con las comunidades indígenas

para la toma de decisión.

2.3.- Teoría del caso del actor: Basa su presentación el recurrente en que el proyecto “Parque Eólico Chiloé” aprobado ambientalmente mediante Resolución Exenta N° 373/2011, se encuentra emplazado a 4 kilómetros de la comunidad Indígena “Antu Lafquen de Huentetique”, de la cual es su presidente y a 400 metros de asentamientos ancestrales, en particular un cementerio indígena. Agrega que su comunidad es de vocación pesquera y turística, por lo que también podría haber repercusiones económicas y sociales a la comunidad, teniendo presente el carácter de la zona que es histórica y turística. Que por estas razones en la evaluación ambiental se debió aplicar procedimientos tendientes a cumplir con los compromisos internacionales acordados por el Estado de Chile a través del Convenio 169 de OIT, lo que implica desarrollar una consulta ciudadana, lo que no se hizo en el proceso de evaluación, incumpliendo de esta manera la resolución recurrida, en 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 vida de las comunidades indígenas originarias, lo que torna ilegal la decisión, lesionando la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica igualar para los efectos de resolver la declaración presentada.

De igual manera señala que, los proyectos de parques eólicos generan una amenaza para la mantención del equilibrio ecológico, fragmentación de hábitat, barrera geográfica y cambios en la cascada trófica, siendo algunos de los perjuicios en el ecosistema. En consecuencia, el proyecto produce efectos que según la normativa que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se debe evaluar a partir de un Estudio de Impacto Ambiental y no a través de una Declaración de Impacto Ambiental, como ocurrió en la especie, por cuanto concurren los supuestos del artículo 11 letras d), e) y f) de la Ley 19.300.

Concluye indicando que los hechos antes descritos atentan gravemente las garantías constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, igualdad ante la ley y el

derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

2.4.- Medios de prueba del actor:

- a) Copia de Estudio “Observaciones Proyecto Eólico Chiloé”
- b) Copia de Solicitud Espacio Costero y Marítimo de Pueblos Originarios y
- c) Copia Certificado N° 47/05 de la Dirección Regional de la CONADI, Región de Los Lagos.

2.5.- Teoría del caso del sujeto pasivo: El Servicio de Evaluación Ambiental en representación de la Comisión Ambiental de los Lagos, solicitó el rechazo del recurso interpuesto por cuatro razones: primero porque excede el ámbito propio de la acción constitucional de protección; segundo, porque la Comisión de Evaluación es el órgano de la administración del Estado que posee competencia para el análisis del mérito técnico-científico asociado a materias ambientales; tercero, porque no corresponde que por ejercicio de la acción de protección, se intervenga en competencias que se han determinado como propias de la administración y cuarto, porque el Parque Eólico no requiere de un Estudio de Impacto Ambiental al no generar los efectos, características y circunstancia del artículo 11 de la Ley 19.300.

En este último punto indica, que sobre la posible afectación significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, con población protegida por leyes especiales, se generaron observaciones por parte de la Conadi, las que fueron respondidas en el Anexo 5 de la Adenda 2 por el titular, siendo aceptadas posteriormente por dicha Corporación Nacional al dar un pronunciamiento conforme sobre el proyecto y por tanto, la comisión concluyó que la ejecución del proyecto no generaba reasentamiento de comunidades humanas ni afectación significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Continúa señalando que fuera del área de emplazamiento y de influencia del proyecto se encuentran tres comunidades, una a 1 km, que es la más cercana y otras dos a 4 kms, las que no se exponen a ser afectadas, y con las que se realizaron socializaciones por parte de la empresa, agregando además que la aprobación de una DIA no constituye una medida administrativa susceptible de

afectar directamente a población indígena, que se ubica fuera del área de influencia. Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) y 7 N° 1 del Convenio 169, establecen la consulta en el evento que la medida legislativa o administrativa produzca grados de afectación en las comunidades indígenas, teniendo presente que las afectaciones que se alegan son hipotéticas y dependen de causas remotas, que en ningún caso son afectaciones que podrían vincularse directamente a ella, a nivel de causalidad.

Sobre las garantías constitucionales que se indican como vulneradas del artículo 19 N° 2 y N° 21 de la Carta Fundamental, sostiene que el actor se basa en meras suposiciones, juicios de opinión sin fundamento jurídico, no vislumbrándose cómo su actuar pueda conculcar el ejercicio legítimo de tales derechos, puesto que se actuó en ejercicio de una competencia expresa para dar curso al procedimiento administrativo, en cumplimiento de un deber administrativo, y menos se puede considerar que la dictación de la resolución de calificación ambiental cause o genere contaminación, ni menos que se encuentre en situación riesgosa o real de vulnerarse.

2.6.- Medios de prueba del sujeto pasivo: copia de expediente administrativo “Proyecto Eólico Chiloé”

2.7.-Hechos probados por el tribunal: No procede, porque la discusión es un problema sobre vulneración de garantías constitucionales.

2.8.- Argumentación del tribunal (voto de mayoría). Razona la Corte de Apelaciones que el procedimiento que culminó en la expedición de la resolución impugnada se llevó a efecto de acuerdo a las normas que establece la ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, basado en el principio de contradictoriedad del artículo 10 de la ley N° 19.880, en virtud del cual, los servicios convocados plantearon dentro de la esfera de su competencia las observaciones y aclaraciones que podría generar el proyecto Parque eólico.

Señala que la Resolución Exenta N° 373/2011 fue expedida por el órgano competente, dentro de la esfera de sus atribuciones, y previo cumplimiento de todas las etapas contempladas en la ley 19.300, de ahí que no pueda calificarse ese acto como ilegal, ni menos arbitrario.

continúa indicando que la rca n° 373/2011 no causa agravio ni es susceptible de amenazar derechos esenciales, toda vez que se trata de un acto administrativo de opinión y no representa un acto material de resultado que cause agravio actual y real, presupuestos indispensables para el éxito de la acción de protección, que en este caso no se presentan, pues el recurso se funda en un temor y especulaciones, por lo demás infundadas, acerca de los impactos asociados al funcionamiento del proyecto parque eólico, lo que representa una situación futura que esta vía cautelar no permite calificar como susceptible de poner en riesgo derechos fundamentales, menos aún los invocados por el recurrente.

Concluye que la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no resulta pertinente en el procedimiento de evaluación del Proyecto, porque ni la resolución impugnada, ni las obras en que se traducirá el proyecto mismo, afectan directamente a pueblo indígena alguno, desde que las afectaciones que se alegan por el recurrente, aparte de no perjudicar directamente a ninguna población o comunidad, son hipotéticas y dependen de causas remotas, como se desprende del tenor de su presentación.

Recuerda que el artículo 6° letra a) del Convenio 169 impone a los Estados contratantes es, consultar a los pueblos interesados, mediante “procedimientos apropiados”; esta proposición se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300. Así las cosas, las comunidades indígenas asentadas en sectores aledaños a la superficie en que se emplazarán las obras del proyecto Parque Eólico Chiloé tuvieron una vasta participación en el desarrollo del procedimiento. Por lo anterior, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.

El tribunal de alzada efectúa una interpretación armónica del Convenio N° 169; Ley Indígena y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, concluyendo que la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos

cumplió con la finalidad de la Consulta prevista en el Convenio N° 169. Asimismo concluye y en base a los antecedentes aportados por el proyecto, que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley, satisface la exigencia del Convenio en referencia.

Refuerza su fundamento basado en la causa Rol 4078-2010, de la Excma. Corte Suprema, cuando señala: “Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen” y por tanto el deber de consulta se rige por nuestra legislación ambiental.

2.9.- Voto disidente: Emitido por el presidente de la Sala Sr. Hernán Crisosto Greisse, quien estuvo por acoger el recurso de protección.

2.9.1.- Hechos probados por el voto disidente: No procede, porque la discusión es un problema sobre vulneración de garantías constitucionales.

2.10.- Argumentación jurídica del voto disidente : El juez al fundamentar su voto analiza la línea de base del proyecto en sus aspectos culturales y arqueológicos, la que da cuenta de la existencia de un sitio de aproximadamente 800 metros cuadrados con evidencias de entierros humanos y fechas en torno a los 6.166 a 6.150 años de antigüedad, que en sus diferentes estratos existen restos de cerámica, lo que indicaría que probablemente fue utilizado por familias de horticultores probablemente Williche; un conchal netamente canoero, que incluye curantos y restos humanos y la existencia de abundantes restos de piedra trabajada fabricadas por los primeros canoeros que llegaron al archipiélago.

Que al existir estos restos arqueológicos se debió disponer realizar un Estudio de Impacto Ambiental, abandonando la tramitación de la Declaración de

Impacto Ambiental, ello por cuanto el hallazgo constatado, más la precisión de CONADI en el sentido que si bien los terrenos a intervenir no son tierras indígenas, ante la clara presencia de personas y comunidades indígenas cercanas al sitio de emplazamiento del proyecto y el hallazgo de 18 sitios arqueológicos y de importancia patrimonial se debía incorporar a la evaluación ambiental de su proyecto la normativa indígena, específicamente en lo que dice relación con el artículo 34 de la ley 19.253 y artículo 6 punto 1 , literal a) y punto 2 del Convenio 169.

Continúa señalando que si bien los recurrentes son vecinos a las tierras en que se llevará a efecto el proyecto el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y que los hallazgos arqueológicos y culturales en algunas áreas del terreno a intervenir con el proyecto, forma y formó parte del hábitat de una comunidad indígena.

Argumenta que la única institución que cumple con el deber de consulta a los pueblos indígenas consagradas en el Convenio 169, es el Estudio de Impacto Ambiental, dado que conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del título II de la ley 19.300, tal participación está reservada a EIA y que no bastaba con voluntarios procesos de acercamiento e información a la comunidad, incluyendo personas y organizaciones indígenas, realizadas por la empresa. De igual manera indica, que se daban los supuestos del artículo 11 letra f) de la ley 19.300 ya que con el proyecto se producirán alteraciones de sitios de valor antropológico de manera que el proyecto debió ser sometido a un Estudio de Impacto Ambiental.

Concluye señalando en el considerando Quinto del voto disidente *“que omitirse el EIA, se ha omitido la debida consulta a los pueblos indígenas vecinos, tanto por ser el sitio a intervenir parte de su hábitat, como por haberse encontrados en él, sitios arqueológicos que formaron el hábitat de sus ancestros Williches, incurriéndose así en una discriminación hacia los recurrentes, y se vulnera en consecuencia el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el*

artículo 19 N° 2, por el incumplimiento de leyes y tratados vigentes que favorece a los miembros de los pueblos indígenas, en el derecho a la consulta que contempla el artículo 6 N° 1 y 2 y artículo 7 del convenio 169 de la OIT. De igual manera se ha vulnerado la citada garantía en cuanto se ha hecho una diferencia arbitraria a favor de la empresa interesada, al favorecerla por actos administrativos irregulares, en detrimento de los demás ciudadanos que están obligados a respetar y acatar la legalidad vigente.”

2.11.- Decisión o resolución del caso. La sentencia, voto de mayoría, rechaza la protección reclamada al no existir un acto arbitrario o ilegal. Basa su fundamento señalando que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 establecen, satisface la exigencia del Convenio 169.

2.12.- Sentencia Corte Suprema (Rol 10.090 de fecha 22 de marzo de 2012) que revoca la sentencia de la CA Pto. Montt. Disponible en la página web <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

Para una mejor comprensión del caso en estudio, se analizará la sentencia del máximo tribunal, quien adhiriendo al voto de minoría de la CA Pto Montt, revoca la sentencia.

El máximo tribunal a partir del considerando quinto, formula su *ratio decidendi*, al señalar que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

Refiere que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en

dirección a ella y que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

El Tribunal supremo adscribe a lo planteado por el voto disidente, razonando que en el proyecto “Parque Eólico Chiloé” sí existiría la afectación de la letra f) del artículo 11 de la Ley 19.300 por haberse encontrado 18 hallazgos arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto, concluyendo que éste debió ser evaluado mediante un EIA, con la finalidad de dar cumplimiento al proceso de consulta establecido en el numeral 1° del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, no bastando con las instancias de participación, consistentes en acercamientos e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, ya que esto dista de satisfacer las especiales características de la consulta por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen 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.

La CS concluye que la RCA recurrida no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas y por tanto existe una vulneración de la igualdad ante la Ley, ordenando dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 373/2011 de 18 de agosto de 2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, por lo que el proyecto “Parque Eólico Chiloé”, 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.

3.- Análisis de la argumentación

3.1.- Problema jurídico: El problema jurídico que se analizará es, Si la consulta indígena establecida en el convenio 169 de la OIT se satisface con la participación ciudadana contemplada en los artículos 26 al 31 de la ley 19.300.

3.2.- Argumentación del juez: Se analiza el voto de mayoría de la sentencia de la CA Pto. Montt y lo resuelto por la CS.

La CA señala en el considerando séptimo de su resolución que el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone que "Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente."

Continúa indicando que, (...) "la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no resulta pertinente en el procedimiento de evaluación del Proyecto antes mencionado, esto, porque ni la resolución impugnada, ni las obras en que se traducirá el proyecto mismo, afectan directamente a pueblo indígena alguno, - situaciones que determinan la procedencia de la consulta -, desde que las afectaciones que se alegan por el recurrente, aparte de no perjudicar directamente a ninguna población o comunidad, son hipotéticas y dependen de causas remotas, como se desprende del tenor de su presentación.

Este razonamiento fue cuestionado por la CS quien consideró que existía una afectación a los pueblos indígenas, especialmente Williches, tipificando la afectación dentro de la letra f) del artículo 11 de la Ley 19.300 y que por tanto, debió haber sido evaluado el proyecto mediante un EIA, con la finalidad de dar cumplimiento al proceso de consulta establecido en el numeral 1° del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

En el considerando octavo de la sentencia de la CA se encuentra la *ratio decidendi* al señalar el tribunal "Que, desde otro punto de vista, situándonos en una posición contraria a lo señalado en el motivo que antecede, debemos

recordar que lo que el artículo 6º letra a) del Convenio 169 impone a los Estados contratantes es, - en las situaciones que indica -, consultar a los pueblos interesados, mediante “procedimientos apropiados”; esta proposición se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300. En este orden de ideas, las comunidades indígenas asentadas en sectores aledaños a la superficie en que se emplazarán las obras del proyecto Parque eólico Chiloé tuvieron una vasta participación en el desarrollo del procedimiento y así se consignó latamente en el considerando 5º de la resolución de calificación ambiental. En consecuencia, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.

Para argumentar su razonamiento, la CA realiza una interpretación armónica del Convenio N° 169; Ley Indígena y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, concluyendo que la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos cumplió con la finalidad de la Consulta prevista en el Convenio N° 169 de la OIT. Añade que el artículo 34 de la Ley N° 19.253, establece que: "los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley."; a su vez la Ley N° 19.300 establece que corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan. Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana

que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface –en este caso por los antecedentes ya expuestos- la exigencia del Convenio en referencia.”

La CS no comparte lo sentenciado por el tribunal inferior indicando que, no bastan con las instancias de participación, consistentes en acercamientos e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, ya que esto dista de satisfacer las especiales características de la consulta por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen 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, por lo cual ordena realizar un EIA que contempla la participación ciudadana.

El máximo tribunal reconoce que sólo en el caso de existir un EIA, esto es, existencia de afectación directa, es necesario aplicar el trámite de la consulta a las comunidades indígenas existentes, sin embargo al igual que la CA, hace homologables los procesos participativos de la evaluación de proyectos de inversión sometidos al SEIA, con el proceso de consulta establecido en el 169 de la OIT.

La CA de Pto. Montt concluye su sentencia señalando que no existe arbitrariedad ni ilegalidad en la dictación de la RCA, toda vez que ésta, por aplicación de la Ley 19.300 fue expedida por el órgano competente, dentro de la esfera de sus atribuciones, y previo cumplimiento de todas las etapas contempladas en la citada ley. Contraria a esta postura, la CS razona que la RCA recurrida no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas y por tanto existe una vulneración de la igualdad ante la Ley, ordenando se revoque la RCA aprobatoria del proyecto “Parque Eólico Chiloé”.

3.3.- Argumentación dogmática y opinión del autor del análisis de la sentencia.

Adhiriendo a lo sentenciado por la Corte Suprema, la participación

ciudadana se encuentra establecida en nuestra carta fundamental, dentro de las bases de la institucionalidad, al ordenar en el artículo 1º²⁶ inciso 4º que es el Estado (...)“quien debe asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” La participación ciudadana es “la facultad de tomar parte activa en los distintos ámbitos de la vida política, económica, social y cultural del país o ámbito infra o supranacional al cual dicho derecho sea referido como ámbito de aplicación. La conducta de participar puede ser desarrollada, ya sea individualmente o a través de diferentes grupos, organizaciones e instituciones, que la sociedad se da para la expresión o la formación de una voluntad colectiva.” Sin embargo, la participación ciudadana no estaría tan claramente establecida en el ordenamiento jurídico nacional y su reconocimiento se podría derivar si se utiliza un método reconstructivo que permita, a partir de ciertas bases conceptuales y positivas, integrar una variedad de elementos normativos que están dispersos en la legislación vigente y que indican un cierto reconocimiento de la participación ciudadana como un componente válido y operante en el sistema democrático chileno²⁷.

En materia ambiental, la participación ciudadana o participativa²⁸, es una manifestación del principio de cooperación, atendido el rol activo que le corresponde a la comunidad en la protección del medio ambiente²⁹. Tal participación es un elemento de gestión ambiental que se le entrega a la ciudadanía para lograr el desarrollo sustentable. Su importancia radica en el

²⁶ Artículo 1º.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Inciso 4º Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

²⁷ RIVEROS, Felipe (2008). "IV: Marco Jurídico de la Participación Ciudadana en Chile". En Mecanismos de Participación Ciudadana en el Diseño, Implementación y Evaluación de Políticas Públicas. Universidad de Los Lagos, 82 pp. Disponible en <http://www.knowhowchile.cl/KNOWHOWCHILE/wp-content/uploads/downloads/2012/06/MarcoJur%C3%ADico-Felipe-Viveros.pdf> (visita 06 de junio de 2016)

²⁸ Evaluación participativa o participación ciudadana puede definirse como una intervención de los ciudadanos, organizados o no, en el procedimiento administrativo de evaluación de proyectos o actividades que causan impacto ambiental, con el objeto de formular consultas y plantear las observaciones, críticas y aprensiones que los mismos les merezcan.

²⁹ BERMÚDEZ, Jorge (2014). "Fundamentos de Derecho Ambiental". 2ª Edición. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 549 pp., p. 269.

carácter social de lo ambiental³⁰.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, se relaciona directamente con la participación ciudadana que establecen los artículos 26 al 31 de la Ley 19.300. Esta participación comprende dos áreas; a nivel de información y publicidad y a nivel de actuación en el proceso de evaluación del Estudio³¹ o de la Declaración de Impacto ambiental³². El primero de ellos da derecho a que cualquier persona natural y jurídica pueda imponerse del contenido de un proyecto sometido al SEIA, salvo aquellos que se determine que deben permanecer en reserva. En cuanto a la participación de la comunidad en el proceso de evaluación de impacto ambiental de un EIA o una DIA, éste comprende tres derechos; el de acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones en el proceso y obtener respuestas fundadas de ello.

Desde la promulgación y vigencia de la Ley 19.300³³ en el año 1994 y su Reglamento el año 1997, muchos cambios han acontecido en la legislación ambiental. Lo anterior se ve reflejado en un nuevo marco institucional ambiental en Chile con la dictación de la Ley 20.417³⁴, que ha incorporado en un nuevo inciso 2 del artículo 4, el convenio 169 de la OIT al señalar que, “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

³⁰ FERNANDEZ, Pedro (2013). “Manual del Derecho Ambiental Chileno”. 3º Edición. Santiago. Legal Publishing Chile, 551pp., p. 200.

³¹ Estudio de Impacto Ambiental: el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos.

³² Declaración de Impacto Ambiental: el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes

³³ Ley 19300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente

³⁴ Ley 20.417 que modifica la 19.300

Así, desde la entrada en vigencia del convenio en septiembre de 2009, los proyectos de inversión sometidos al SEIA, al existir afectación directas a los pueblos indígenas, han debido incorporar el trámite de consulta establecido en el convenio 169 de la OIT. Tal como ha acontecido en el caso de análisis, los recursos de protección incoados por las comunidades indígenas en contra de las RCA aprobatorias de proyectos de inversión, se han fundado principalmente en la vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la Ley, basados en la no realización de la consulta contemplada en el tratado internacional ratificado por Chile, N° 169. Los tribunales superiores de justicia y en especial la CS, han reconocido que la participación ciudadana contemplada en la ley ambiental satisface la consulta indígena del convenio 169 de la OIT, existiendo sentencias y en especial votos disidentes, que han demandado la realización de un EIA cuya participación ciudadana cumpla los estándares del convenio. Así queda demostrado en las sentencias de la Excm. Corte Suprema N°4078-2010³⁵; N° 1525-2010³⁶; N°2262-2011³⁷; N° 258-2011³⁸; N°6062-2010³⁹; N°4289-2011⁴⁰.

Donoso⁴¹ al analizar la jurisprudencia del máximo tribunal, concluye que la obligación de consulta indígena del Convenio 169 se puede cumplir mediante el procedimiento contemplado en el SEIA, la participación ciudadana.

³⁵ Corte Suprema, 14 de octubre de 2010, ROL N°4078-2010. Recurso de Protección. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>. (fecha de visita 7 de abril de 2016)

³⁶ Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, Rol N° 1525-2010. Recurso de Protección. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>. (fecha de visita 7 de abril de 2016)

³⁷ Corte Suprema, 16 de junio de 2011, ROL N° 2262-2011. Recurso de Protección. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>. (fecha de visita 5 de abril de 2016)

³⁸ Corte Suprema, 13 de julio de 2011, ROL N° 258-2011. Recurso de Protección. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>. (fecha de visita 11 de abril de 2016)

³⁹ Corte Suprema, 04 de enero de 2010, ROL N° 6062-2010. Recurso de Protección. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>. (fecha de visita 7 de abril de 2016)

⁴⁰ Corte Suprema, 17 de junio de 2011, ROL N° 4289-2011. Recurso de Protección. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>. (fecha de visita 10 de abril de 2016)

⁴¹ DONOSO, Sebastián; HERNÁNDEZ, Claudia. (2013) "Participación Ciudadana del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental como Consulta Indígena: Alcances a la Jurisprudencia de la Corte Suprema". Serie Informe Sociedad y Política (136). Libertad y Desarrollo. p. 10.

Al respecto y en relación a los fallos pronunciados por la CS, el relator especial de la OIT Anaya⁴² hace un análisis y da recomendaciones y orientaciones al Estado de Chile sobre el proceso de consulta indígena y participación que señala el convenio 169, cuando existe susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas y que se encuentra recogido en los artículos 6 y 7 del citado convenio. El relator en los considerandos 15 y siguientes señala “15. El Relator Especial considera importante subrayar aquí que no existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación con el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas en relación con las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a sus derechos e intereses. Así, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT establece que “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. En la recomendación 16⁴³, Anaya pone límites a la discrecionalidad para hacer operativa la consulta, señalando que ésta se encuentra dada por la buena fe con que debe interpretarse los Tratados internacionales, sin embargo no entrega una forma de cómo debe ésta ser realizada.

En este orden de ideas, estimo que las instancias de participación, consistentes en acercamientos e información con la comunidad respecto de los

⁴² ANAYA, James (2012) Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf> en línea (fecha de visita 07 de abril de 2016)

⁴³ Considerando 16. “Lo anterior no significa, sin embargo, que dicho margen de discrecionalidad sea absoluto. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, el instrumento [el Convenio 169 de la OIT] otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

alcances del proyecto, efectuados por el titular de la DIA del proyecto “Parque Eólico Chiloé” no fueron suficientes para dar cumplimiento a lo que el convenio 169 de la OIT⁴⁴ y sus disposiciones autoejecutables⁴⁵ declaradas por el TC⁴⁶, contenidas en los artículo 6 N° 1 letra a)⁴⁷ y N° 2⁴⁸ el artículo 7 N° 1⁴⁹ párrafo final, señalan. Sin embargo, al no existir afectación directa a los pueblos indígenas, ya por la RCA o por las obras que se realizarían en el proyecto, no era aplicable el trámite de consulta. Adhiero en este punto a lo sentenciado por la CA, pero discrepo en lo referente a haber cumplido mediante la participación ciudadana, el proceso de consulta.

Es de mi parecer que la CA de Pto Montt siguió el criterio del TC quien en el año 2000 en sentencia 309, indicó que “Los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena.” (considerando 70).

⁴⁴ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 04 de agosto de 2000, en causa rol N°309, que se pronuncia de acuerdo al artículo 82, n° 2, de la Constitución Política de la República sobre requerimiento formulado por diversos Diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del trabajo, el 27 de junio de 1989. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl. Considerando Séptimo.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 04 de agosto de 2000, en causa rol N°309, que se pronuncia de acuerdo al artículo 82, n° 2, de la Constitución Política de la República sobre requerimiento formulado por diversos Diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del trabajo, el 27 de junio de 1989. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl. Considerando Séptimo.

⁴⁷ Artículo 6 N°1 letra a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

⁴⁸ Artículo 6 N°2 Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

⁴⁹ Artículo 7 N°1 Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Contesse⁵⁰ al comentar el considerando 70 de la sentencia del TC ha indicado que “Es la ley de bases del medio ambiente la que contiene normas sobre participación ciudadana, pero es discutible que se trate de una ley sectorial en tanto fija las bases generales en materia ambiental, y por otra parte, su procedimiento de participación es muy restrictivo. Efectivamente, las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental han limitado, antes que favorecido, la consulta a pueblos indígenas.” El principal problema de la doctrina que presenta el TC es en los casos en que proyectos de inversión ingresan al sistema de evaluación ambiental como DIA, dejando a los afectados en una posición muy desvalida frente al particular y al propio Estado⁵¹.

En apoyo a lo sentenciado por la CA de Pto. Montt, es de mi parecer que la existencia de 18 restos arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto, no es suficiente argumento para determinar que se tipifica la letra f) del artículo 11⁵² de la Ley 19.300 y por tanto efectuar un EIA, toda vez que el levantamiento de restos arqueológicos, en este caso cerámicos, pueden ser medidas de resguardos de ámbito sectorial que no necesariamente corresponden a medidas de mitigación, reparación o compensación, requisitos de la esencia de un EIA y que respecto de los otros elementos encontrados y de significancia, el titular del proyecto ya había señalado que no se verían afectados, correspondiendo a los SSPP con competencia ambiental, quienes en base a su conocimiento y especialidad, dieron su conformidad al proyecto, incluyendo a la CONADI.

Asimismo, no concuerdo con el máximo tribunal al señalar que es necesario realizar un EIA, 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°

⁵⁰ CONTESSE, Jorge (2012). “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”. En El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 189-232, p. 208.

⁵¹ SANHUEZA, Cristián op. Cit. (2013) NO NOS TOMAN EN CUENTA Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía. Ediciones Universidad Diego Portales. 185 pp. Disponible en <http://ediciones.udp.cl/no-nos-toman-en-cuenta/> (visita 03 de junio de 2016)

⁵² Artículo 11°

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, toda vez, que como ya se indicó existen diferencias sustanciales entre un procedimiento y otro.

Normativamente, el primer esfuerzo realizado para la introducción y adecuación del convenio 169 es el Decreto 124 de MIDEPLAN⁵³ que definió lo que debe entenderse por consulta⁵⁴ y participación⁵⁵. Asimismo, el referido decreto supremo hace una especial consideración a la participación que contempla la normativa sectorial en proyectos de inversión, señalando al efecto, que se debe seguir la tramitación en ellos contempladas, siendo facultativo aplicar el Decreto Supremo 124.

Ríos⁵⁶ realiza un análisis crítico de los aspectos ambientales del citado decreto supremo constatando, según el autor “las innumerables trasgresiones, tanto formales como de fondo, a los estándares mínimos fijados por el Derecho internacional de los pueblos indígenas para la implementación del derecho de consulta, “piedra angular” del Convenio.” “El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas⁵⁷”. Se debe tener

⁵³ D.S 124 Reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.

⁵⁴ Artículo 2º.- Consulta. Para los efectos de este reglamento, la consulta es el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas.

⁵⁵ Artículo 3º.- Participación. Para los efectos de este reglamento, la participación es el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden concurrir a la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento.

⁵⁶ RÍOS, Marco (2011). “Implementación del derecho de consulta de los pueblos indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del convenio N° 169 de la OIT caso del Decreto Supremo 124/2009 que crea el reglamento sobre consulta” *Revista catalana de dret ambiental* vol. ii núm. 2. Pp. 1 – 41. Disponible en <http://www.rcda.cat/index.php/rcda/article/viewFile/242/956> en línea (fecha de visita 8 de abril de 2016).

⁵⁷ ANAYA, James (2009) Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas. Disponible en la Web: http://www.politicaspublicas.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf en

presente que ni la CA de Pto. Montt, ni la CS apoyaron sus resoluciones o fundaron sus fallos en el D.S. 124, coincidiendo en este punto con ambas magistraturas, al existir graves falencia en esta medida legislativa que regulaba el trámite de la consulta y participación de los pueblos indígenas.

Es mi opinión, que tanto el máximo tribunal al fundamentar su resolución, como lo resuelto por los sentenciadores de Puerto Montt, que estuvieron por rechazar el recurso de protección incoado, han subsumido la consulta previa en la figura de la participación ciudadana de la Ley 19.300, sin considerar las claras diferencias entre ambos. El razonamiento de los sentenciadores de Puerto Montt, si bien se alejaba del carácter de la consulta en los términos establecidos en el Convenio, utilizó la deferencia técnica y otorgó relevancia a los pronunciamientos de los órganos de la administración del Estado, que dotados de los conocimientos y discrecionalidad, dentro del marco legal, evaluaron el proyecto y concluyeron que no existía afectación a los pueblos indígenas que se encontraban cercanos a la zona de emplazamiento del proyecto, no siendo aplicable un EIA, único que daría derecho al proceso de consulta que establece el 169 de la OIT, por afectación directa. Por tal razón, al haberse efectuado reuniones de socialización, las comunidades indígenas tuvieron participación en el procedimiento que derivó en la respectiva RCA, pero no constituía un trámite de consulta.

La forma en como la Consulta y la Participación se encuentran establecidas y reguladas en el Convenio 169 de la OIT, difieren del proceso de participación ciudadana contemplada en la Ley de Bases del Medio Ambiente, esto por cuanto los sujetos llamados a participar en cada una de ellos son diferentes. En la consulta y participación contemplada en el Convenio, son los Pueblos Indígenas que a través de sus instituciones representativas participan de él y en la participación ciudadana contemplada en la Ley 19.300 es la ciudadanía sin distinción, en especial las organizaciones ciudadanas y personas naturales que opinan sobre asuntos pertinentes en materia ambiental de un proyecto en evaluación.

El TC ya en el año 2000 había señalado el carácter diferenciador de la consulta y la participación que contempla la Ley indígena, indicando en el considerando séptimo de la sentencia 309, que la participación contenida en el artículo 34 de la Ley 19.253 no se correspondía a la Consulta del Convenio, por tener esta última una connotación jurídica especial, esto es, la buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Sin embargo y como fue señalado en párrafos precedentes, el TC en el considerando 70 de su sentencia homologó la participación ciudadana con el proceso de consulta del 169 de la OIT al indicar que “Los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente..”

Si bien la Corte Suprema, siguiendo la postura del juez disidente de Puerto Montt trata de resguardar el verdadero alcance de la consulta del Convenio 169, lo hace en forma artificiosa, al pretender elevar la categoría de un proyecto evaluado mediante una DIA a un EIA, con el único objetivo de asegurar la participación activa de la comunidad indígena, determinando que de esta manera sí se cumpliría el trámite que el convenio consagra. El máximo Tribunal al pretender aplicar el artículo 11 de la Ley 19.300 se atribuyó facultades de las que no se encuentra revestido, al realizar un análisis técnico-científico de la evaluación ambiental del proyecto, apartándose del principio de deferencia técnica, que sí aplicó la CA de Pto. Montt.

Así las cosas, si bien fueron encontrados restos arqueológicos cercanos al área de influencia del proyecto, esto no habilita para que por sí, exista afectación directa a los pueblos indígenas, sino que las conclusiones deben ser emanadas de procesos analíticos, técnico-científicos que la ley ha entregado a los órganos del Estado con competencia ambiental que se pronuncian en la evaluación de los proyectos.

4.- Conclusiones

Los criterios que debería seguir un juez si resuelve un caso semejante son las siguientes:

Primero: Aplicar el principio de deferencia técnica en la evaluación ambiental de proyectos y de las materias especiales de que trata, ya que no sólo la norma es la que prevalece en él, sino que el análisis técnico-científico que realizan dentro del ámbito de sus competencias, los órganos del Estado que participan en la evaluación ambiental de proyectos presentados a su consideración y discrecionalidad, dentro del marco legal.

Segundo: Con la finalidad de lograr la consulta establecida en el convenio 169 de la OIT, los tribunales no deben elevar en forma artificiosa la categoría de un proyecto, de una DIA a un EIA, sino ponderar la afectación a los pueblos indígenas, con un efectivo análisis de los argumentos dados por los SSPP competentes ambientalmente.

Tercero: Las indiscutibles diferencias existentes entre el proceso de Participación ciudadana reglada que considera el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Participación y Consulta que regula el Convenio 169 de la OIT, deben ser tomadas en consideración por los jueces al momento de resolver. Por lo anterior, la consulta, cuando corresponde ser aplicada, por existir afectación directa a las comunidades indígenas, no se satisface con la participación ciudadana contemplada en la Ley 19.300 en los artículos 26 al 31, o con la socialización del proyecto, o proporcionar información a los pueblos indígenas, o la recolección de información que permiten los procedimientos de participación ciudadana, debiendo por tanto exigir mecanismos más inclusivos concordantes a los estándares del 169 de la OIT.

SENTENCIA NÚMERO TRES

IQUIQUE, veintiocho de julio de dos mil catorce.

VISTO:

A fojas 1, comparecen Hilario Cayo Moruna, agricultor y ganadero, por sí y en representación de la **COMUNIDAD INDIGENA AYMARA DE PARCA**, RUT 74.505.500-1, y Martina Mamani Paycho, agricultora y ganadera, presidente y representante legal de la **ASOCIACION INDIGENA AGRICOLA SAN ISIDRO DE QUIPISCA**, RUT 65.955.090-3, todos ellos domiciliados en calle Vivar N° 1153, oficina 302, comuna de Iquique, quienes recurren de protección en contra de la Resolución Exenta N° 54, de 4 de mayo de 2014, dictada por la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, presidida por Mitchel Cartes Tamayo, Intendente Regional, en cuanto dicha resolución calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Obras de protección de cauce CMCC”, de la proponente Compañía Minera Cerro Colorado.

Señalan que dicha resolución vulnera respecto de ellos y de sus representadas, el artículos 19 N° 1, 2, 8 y 24, en cuanto la misma es ilegal y arbitraria, ya que fue dictada con omisión de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas afectados directamente por el proyecto, en los términos establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT, habiendo además ingresado a evaluación de impacto ambiental, mediante la fórmula de Declaración de Impacto Ambiental, y no como era procedente, esto es mediante un Estudio de Impacto Ambiental, dado que a su juicio se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, específicamente en sus letras a) Riesgo para la Salud de la Población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos, 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; específicamente en cuanto a la naturaleza del bien jurídico protegido, Área de desarrollo indígena Jiwasa Oraje, poblaciones y recursos altoandinos protegidos, atendido el carácter precautorio de dicha norma, siendo suficiente que dicho territorio sea susceptible de ser afectado, para que sea exigible un Estudio de Impacto Ambiental.

Asimismo, estiman que la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá, para dictar la Resolución de Calificación Ambiental N° 54, debió exigir un Proceso de Consulta Indígena, conforme al Convenio N° 169 de la OIT, en cuanto debe consultarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Exponen también que la citada Resolución N° 54 es susceptible de afectar directamente a los recurrentes, en cuanto se emplaza en el Área de desarrollo indígena “Jiwasa Oraje”, una zona con aguas y tierras patrimoniales que pertenecen a sus comunidades, cubriendo caminos troperos ancestrales e interrumpe la comunicación entre las localidades Parca y Quipisca, generando riesgos para la vida y bienes de los habitantes de Quipisca y miembros de la asociación indígena de Quipisca, además de encontrarse dentro de tierras que están en posesión de los pueblos de manera milenaria.

A su juicio, existiendo la obligación de realizar una consulta para obtener el consentimiento al proyecto, habiendo dictado una medida administrativa que los afectará directamente, la Comisión ha infringido el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, el que para estos efectos desde el año 2009 es una norma legal.

Consideran también que el actuar de la Comisión Evaluadora fue arbitrario, por cuanto en la dictación de la resolución recurrida no funda razonablemente la omisión de llevar a cabo un Proceso de Consulta Indígena de acuerdo a lo dispuesto en el citado Convenio N° 169.

Lo anterior, en base a que la Conadi Región de Tarapacá, durante la tramitación del proyecto, manifestó que el mismo fuera considerado como un Estudio de Impacto Ambiental, asegurando la participación ciudadana, con los

estándares requeridos para la Consulta Indígena, a través del Ordinario 152, de fecha 27 de junio de 2013; de igual forma en el Ordinario 287, del 24 de octubre de 2013; Ordinario 063, de 18 de febrero de 2014 y 072, de 18 de febrero de 2014.

Sin perjuicio de aquello, la Resolución N° 54 no se hace cargo de lo sostenido por la Conadi, por lo que al no fundamentar su determinación su acto resulta arbitrario.

Sostienen que la resolución vulnera las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 1, 2, 8 y 24, en cuanto el encausamiento de la Quebrada de Quipisca y la instalación de gaviones para el caso de sismo, establece un riesgo para la integridad física que no ha sido evaluado; asimismo respecto a la igualdad ante la ley, pues no se les ha permitido expresar su opinión en un proceso ambiental que les afecta directamente; también el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, en cuanto se aprobó un proyecto en que se presentó solo Declaración de Impacto Ambiental, cuando lo que correspondía era una Evaluación de Impacto Ambiental; consideran que al no haberse consultado a sus comunidades, ni verificado la alteración grave del medioambiente en áreas de población y recursos protegidos, se ha incumplido con la obligación de los pueblos indígenas; asimismo respecto al derecho de propiedad, señala que existe un régimen especial en virtud de los artículos 62 y 63 de la Ley Indígena, como también respecto a la propiedad del agua y recursos naturales, que se encuentran protegidos por la ley 19.253, de 1993.

Por lo anterior, solicitan acoger el recurso de protección en contra de la resolución recurrida, dejándola sin efecto, tomar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar protección a los afectados, con expresa condena en costas.

A fojas 163, se ordenó acumular el rol N° 299-2014 al N° 290-2014, por ser éste el más antiguo.

A fojas 177, comparece Gudelia Cautin Caqueo, por sí y en representación de la **COMUNIDAD INDÍGENA QUECHUA DE MAMIÑA**; Alejandro Capetillo Caqueo, Secretario de la misma, quien comparece por sí y en representación de ella y Marcela Bacion Paycho, por sí y en representación de la **ASOCIACION**

INDIGENA DE MAMIÑA UNIDOS, todos domiciliados en Vivar N° 470, Iquique, interponiendo recurso de protección contra la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá, por haber dictado la Resolución Exenta N° 54, de 2 de mayo de 2014, que calificó favorablemente el proyecto “Obras de Protección de Cauce CMCC”, en cuanto vulnera la garantía de igualdad ante la ley y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes.

Indican que se vulneran dichas garantías, en cuanto se aprobó la citada Resolución N° 54, luego de haberse iniciado la tramitación administrativa mediante una Declaración de Impacto Ambiental y no un Estudio de Impacto Ambiental, habiéndose pronunciado la Conadi, mediante distintos Ordinarios, señalando que para dicho procedimiento correspondía un Estudio de Impacto Ambiental y no una Declaración.

Ello porque el proyecto se encuentra emplazado en el área de desarrollo indígena “Jiwasá Orajé”, reconocida por Decreto Supremo de fecha 9 de mayo de 2011.

Respecto a la igualdad ante la ley, explican que el hecho de no haberse efectuado la consulta ciudadana, atendida la jurisprudencia de los tribunales superiores, el grado de afectación constituye una privación de la garantía prevista en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, en cuanto no se ha tratado como iguales a las comunidades indígenas.

Asimismo, vulnera el artículo 19 N° 8, en cuanto se aprobó el proyecto careciendo de la información relevante que precise el efecto que tendrá el proyecto en la zona con aguas y tierras patrimoniales que pertenecen a las comunidades indígenas existiendo una real amenaza de contaminación a sus recursos hídricos.

A fojas 66, rola informe evacuado por la autoridad recurrida en los autos rol N° 290-2014, señalando que, en principio, la calificación de las circunstancias que hacen necesario un Estudio de Impacto Ambiental, requieren de un análisis de lato conocimiento, correspondiendo a una complejidad que excede la acción de protección, debiendo procederse en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 20.600, una vez que fuere agotada la vía administrativa.

En este sentido, expone que como se acreditó durante la evaluación ambiental, el proyecto sometido a conocimiento de la Comisión de Evaluación Ambiental, no genera o presenta efectos al tenor del artículo 11 de la ley 19.300, siendo procedente la evaluación de conformidad a una Declaración de Impacto Ambiental.

Añade que la resolución recurrida se funda en presupuestos que descartan la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental, y en consecuencia la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades recurrentes, la proximidad de un grupo humano no resulta por si misma suficiente para acreditar la susceptibilidad en términos de la recurrente, siendo improcedente el trámite de Consulta Indígena, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6, N° 1, letra a) del Convenio 169 de la OIT. Por otra parte señala que los recurrentes no han logrado acreditar los efectos contemplados en el artículo 11 de la ley 19.300; en el mismo sentido, tampoco es efectivo que la resolución recurrida no se haya hecho cargo de lo sostenido por Conadi en forma reiterada, dado que sus planteamientos fueron sometidos a análisis por la Comisión en forma previa a la calificación del proyecto.

Por ello afirma que no se ha logrado acreditar por los recurrentes la acción u omisión arbitraria o ilegal de la autoridad, solicitando el rechazo del respectivo recurso.

A fojas 188, rola informe de la autoridad recurrida recabado en la causa rol N° 299-2014, en que se reiteran las argumentaciones expuestas en el rol N° 290-2014, solicitando el rechazo de la acción de protección.

A fojas 119, se hace parte la Compañía Minera Cerro Colorado, como tercero coadyuvante de la recurrida, solicitando rechazar el recurso de protección por improcedente e infundado, manifestando su interés en participar, debido a que existen proyectos que pueden verse afectados por la resolución en el presente procedimiento.

Refiere que el proyecto no genera impactos significativos respecto a los recurrentes, dado que no se emplaza en territorios bajo posesión indígena, sino que en bienes nacionales de uso público y en tierras fiscales gravadas por

servidumbre minera a favor de Cerro Colorado; además, las obras del proyecto son de carácter menor y se encuentran a distancia considerable de las comunidades indígenas del sector, no afectan la disponibilidad hídrica ni ninguno de los efectos significativos del artículo 11 de la ley 19.300, elementos que fueron ponderados por la autoridad administrativa en su oportunidad al momento de aprobar el proyecto.

En términos similares se manifiesta en su escrito de fojas 234, al hacerse parte en la causa rol N° 290-2014.

A fojas 152, se hace parte Humberto López Bacián, por sí y por la Comunidad Indígena Quechua de Iquiuca, como tercero coadyuvante de la parte recurrente, en cuanto existe interés en el procedimiento al ser uno de los poblados más cercanos al proyecto cuestionado.

Explica que las obras propuestas corresponden a la consecuencia del proceso de fiscalización conducido por el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá, en virtud de las denuncias de Quipisca y Mamiña.

En su exposición, señala que el proyecto se encuentra a 4 kilómetros del poblado de Iquiuca, siendo el poblado más cercano. También señala que resulta evidente que en la fase de construcción se afectará el medio ambiente mediante emisiones que afectarán la calidad del aire, que perjudicará el normal desenvolvimiento del sector, se producirá también una afectación al patrimonio arqueológico y cultural porque se omitió información sobre su real afectación, dado que no se realizaron estudios arqueológicos en el sector; asimismo, existe una eventual afectación por manipulación y no retiro de desechos producto del proyecto, al no haber suficientes estudios sobre las características de los desechos comprendidos en el botadero y que no serán retirados de las quebradas, como tampoco un análisis sobre las eventuales afectaciones a las comunidades indígenas del sector, como también a las eventuales afectaciones a la flora y fauna nativa existente, en cuanto impedirían el crecimiento de especies que desarrollan en el fondo de la quebrada importantes para estudios de bioremediación, y la flora que no podrá reproducirse por la infraestructura construida.

Estas omisiones hacen que el proyecto amenace gravemente los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Quechua de Iquiuca, en cuanto no se les escuchó durante la tramitación del procedimiento, a pesar de ser territorios indígenas, al tenor de lo dispuesto en el convenio 169 de la OIT.

En este sentido, expone que Conadi expuso durante la tramitación la necesidad de que el proyecto ingresara mediante un Estudio de Impacto Ambiental, destacando que la autoridad competente en este sentido es precisamente la Conadi, y si bien existen otros órganos ambientales en este punto, sus opiniones no pueden tener el mismo valor, en cuanto el conocimiento y la capacidad de entendimiento es distinta y limitada, por ello el hecho que la Resolución N° 54 no haya realizado la Consulta Indígena, deviene la misma en arbitraria, al contrariar la opinión del organismo técnico competente.

En idénticos términos se expresa a fojas 266, al hacerse parte dicha Comunidad en la causa rol N° 290-2014.

A fojas 289, se trajeron los autos en relación.

En audiencia de 21 de julio pasado, se procedió a la vista del recurso, alegando porque se acogiera el recurso de protección los Abogados don Lorenzo Soto Oyarzún y don Matías Ramírez Pascal, e instando por su rechazo, los Abogados don Patricio Meza Guerrero y don Alejandro Canut de Bon Lagos.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como se ha reseñado en la sección expositiva del presente fallo, los recurrentes, don Hilario Cayo Moruna, por sí y en representación de la Comunidad Indígena Aymará de Parca, doña Martina Mamani Paycho, en representación de la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca, doña Gudelia Cautín Caqueo y don Alejandro Capetillo Caqueo, ambos por sí y en representación de la Comunidad Indígena Quechua de Mamiña, doña Marcela Bacían Paycho, por sí y en representación de la Asociación Indígena de Mamiña Unidos, interponen recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, organismo presidido por el Intendente Regional, don Mitchel Cartes Tamayo, por haber dictado la Resolución Exenta N° 54, de 4 de mayo de 2014, la cual calificó favorablemente la

Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Obras de Protección de Cauce CMCC”, de la proponente Compañía Minera Cerro Colorado Limitada, acciones respecto de las cuales se hizo parte como tercero coadyuvante don Humberto López Bacian, por si y en representación de la Comunidad Indígena Quechua de Iquiuca.

En su libelo los recurrentes sostienen que la referida resolución vulnera a su respecto las garantías estatuidas en los numerales 1°, 2°, 8° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En síntesis sostienen que la referida Resolución Exenta N° 54 es ilegal y arbitraria al haberse omitido una consulta previa a los pueblos indígenas directamente afectados por el proyecto, de conformidad a lo establecido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y al haberse sometido su evaluación de impacto ambiental a la fórmula de Declaración de Impacto Ambiental y no como correspondía, esto es, a un Estudio de Impacto Ambiental, conforme lo dispone el artículo 11 de la Ley N° 19.300, de Bases del Medio Ambiente, en sus letras: a) Riesgo para la Salud de la Población, c) Reasentamiento de Comunidades Humanas; 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, área de desarrollo indígena -Jiwasá Orajé-, poblaciones y recursos altoandinos protegidos, siendo suficiente que dicho territorio sea susceptible de ser afectado, para que sea exigible un Estudio de Impacto Ambiental. Conforme al Convenio N° 169 de la OIT, debió la Comisión exigir un Proceso de Consulta Indígena, por tratarse de una medida administrativa que les afecta directamente, por cuanto el proyecto se emplaza en el Área de Desarrollo Indígena (ADI) Jiwasá Orajé, zona con aguas y tierras patrimoniales de sus comunidades, cubriendo caminos troperos ancestrales e interrumpe la comunicación entre las localidades milenarias de Parca y Quipisca, generando riesgos para los habitantes de ésta última. Afirman que el actuar de la Comisión Evaluadora fue arbitrario dado que no funda razonablemente la omisión de efectuar un Proceso de Consulta Indígena, en circunstancias que la Conadi de la

Región de Tarapacá, durante la tramitación del proyecto, mediante los Ordinarios N° 152, de 27 de junio de 2013, 287 de 24 de octubre de 2013, 063 de 18 de febrero de 2014 y 072 de 18 de febrero de 2014, manifestó que dicho proyecto fuera considerado como un Estudio de Impacto Ambiental, y al no fundamentar la Resolución N° 54/2014, haciéndose cargo de la opinión de Conadi, resulta un acto arbitrario.

SEGUNDO: Que, para la procedencia de la acción constitucional de protección es necesario que reúna las siguientes exigencias: a) Que se compruebe la existencia de una omisión o acción cuestionada; b) Que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de la omisión o acción; c) Que de ella se deduzca en forma directa e inmediata la vulneración de una o más de las garantías constitucionales invocadas y que se encuentren protegidas por este resorte constitucional; d) Que el Tribunal se encuentre en situación material y jurídica de brindar la protección requerida; y, e) Que la acción se haya intentado dentro del plazo fatal de 30 días corridos.

TERCERO: Que, cabe agregar que la acción constitucional interpuesta tiene por objeto poner pronto remedio a la infracción de garantías constitucionales señaladas en el artículo 20 de nuestra Carta Magna, correspondiendo, si es procedente, adoptar de inmediato las medidas que se estimen indispensables para el restablecimiento del derecho.

CUARTO: Que en el caso sub lite, se cuestiona la Resolución Exenta N° 54, de 4 de mayo de 2014, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la I. Región de Tarapacá, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Obras de Protección de Cauce CMCC”, presentado por la Compañía Minera Cerro Colorado.

QUINTO: Que, como situación previa esta Corte estima cuestionable el haber recurrido los actores a esta acción constitucional encontrándose vigente la Ley 20.600, de 28 de junio de 2012, que creó los Tribunales Ambientales, los que tienen competencia natural para conocer de las contiendas medioambientales, como sería el presente caso en que se pide la invalidación de una resolución de calificación ambiental.

SEXTO: Que, sin perjuicio de lo expresado precedentemente, se analizarán los fundamentos de fondo de los recursos deducidos.

Para estos efectos, hay que dejar asentado que conforme a los antecedentes allegados al recurso, valorados conforme a las reglas de la sana crítica, el proyecto calificado favorablemente por la autoridad recurrida como Declaración de Impacto Ambiental, denominado “Obras de Protección de Cauce CMCC”, presentado por la Compañía Minera Cerro Colorado, consiste en la canalización del curso de aguas de la Quebrada, sector Quipisca, en un tramo de 3.033 metros, construyendo muros de gaviones en la rivera Sur, con duración de faenas estimada en 8 meses, obras de carácter permanente, es decir, dice relación con obras de protección de cauce, y no se trata de un nuevo proyecto de explotación o de ampliación del ya existente.

Asimismo, cabe tener presente que conforme a lo reseñado por el tercero coadyuvante de los recurrentes, esto es, la Comunidad Indígena Quechua de Iquiua, al momento de hacerse parte, las obras propuestas corresponden o derivan del proceso de fiscalización conducido por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de Tarapacá, en virtud de denuncias formuladas en dicha sede.

SÉPTIMO: Que en dicho contexto la Comisión recurrida informó que en la evaluación ambiental efectuada, aceptó la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental, descartando la exigencia de un Estudio de Impacto Ambiental por cuanto de los antecedentes presentados por la requirente y el análisis efectuado por los distintos órganos estatales (más de 13) que intervinieron en la evaluación del proyecto, su ejecución no presenta ni genera los efectos, características o circunstancias señaladas en el artículo 11 de la Ley 19.300.

Al respecto, el proyecto no presenta riesgo para la salud de la población por la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos, conforme lo exige la letra a) de la norma recién citada y el artículo 5 del Reglamento del SEIA, en atención a que el proyecto no generará residuos líquidos de carácter industrial; en cuanto a las emisiones atmosféricas, las obras generarán emisiones de material particulado y gases de combustión de carácter transitorio y en cantidades no significativas; los residuos sólidos serán almacenados y manejados según la normativa vigente

(D.S. N° 148/03 del Ministerio de Salud). El proyecto no generará residuos líquidos de carácter industrial. El nivel de ruido de las obras no será significativo y la localidad poblada más próxima -Iquiuca- se encuentra a más de 4 Km. de distancia. Tampoco se genera energía, radiaciones o contaminantes que presenten riesgo para la salud de la población.

OCTAVO: Que, también la Comisión descartó fundadamente en la evaluación ambiental un impacto que implicara la generación de efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos suelo, agua y aire, como lo requiere la letra b) del artículo 11 de la Ley 19.300, y artículo 6 del Reglamento del SEIA.

NOVENO: Que, la Comisión descartó además que el proyecto implicara el reasentamiento de comunidades humanas, o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbre de grupos humanos (artículo 11, letra c), de la ley 19.300 y artículo 8 del Reglamento del SEIA). Las obras se encuentran a 6 km de Mamiña, 7,3 km de Quipisca, 6,3 km de Parca y la localidad más cercana, Iquiuca, se encuentra a 4,7 km de distancia, río arriba.

DÉCIMO: Que, también la Comisión descartó en la evaluación ambiental un impacto que implicara la localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectadas, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar (artículo 11, letra d), de la Ley N° 19.300 y artículo 9 del Reglamento del SEIA). El proyecto se ubicará al interior de la ADI “Jiwasá Oraje”, y a gran distancia de las comunidades indígenas del sector, por lo que no se verán afectadas por las obras. En el área no existen recursos protegidos susceptibles de ser afectados. Tampoco existen en el sector áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares susceptibles de ser afectados.

UNDÉCIMO: Que, la Comisión descartó en la evaluación ambiental un impacto que implicara la alteración significativa, en términos de magnitud o duración del valor paisajístico o turístico de la zona (artículo 11, letra e), de la ley N° 19.300 y artículo 10 del Reglamento del SEIA). En el área de las obras del proyecto no existen zonas con dicho valor.

DUODÉCIMO: Que, también se descartó un impacto que implicara la alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (artículo 11, letra f), de la Ley N° 19.300 y artículo 11 del Reglamento del SEIA). Al efecto la requirente presentó un informe arqueológico que da cuenta de un sitio correspondiente a terrazas de cultivo a una distancia aproximada de 800 metros y una estructura simple sin relleno y planta rectangular de 4,2 metros, emplazado a 700 metros aproximados del área del proyecto, sitios que serán resguardados por lo que no les afectarán las obras del proyecto.

DÉCIMO TERCERO: Que, según lo establece el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, el trámite de la Consulta Indígena procede respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a Pueblos Indígenas interesados. En el caso del proyecto materia del recurso, según los antecedentes, fue presentado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por intermedio de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), por estimar la empresa requirente que no presentaba los efectos o características señaladas en el artículo 11 de la Ley 19.300, respecto de Grupos Humanos, Comunidades o Pueblos Indígenas, descartando con ello la posibilidad de afectar directamente a pueblos indígenas, lo que fue corroborado por los servicios públicos que intervinieron en la evaluación del proyecto, ya que en caso contrario el SEA Tarapacá se encontraba legalmente obligado a proponer el rechazo de éste y exigir que se evaluara mediante un Estudio de Impacto Ambiental que hiciera procedente un Proceso de Consulta Indígena (PCI).

DÉCIMO CUARTO: Que, en cuanto al reproche formulado por los recurrentes en torno a que el SEA Tarapacá no se hizo cargo de la objeción planteada por CONADI, la cual en sus oficios relativos al proyecto consideraba que debía ingresar como un Estudio de Impacto Ambiental, con consulta indígena, fundado en que éste se localizaba próximo a población, recurso o áreas protegidas susceptibles de ser afectadas, consta que al ser requerida por el Servicio para que especificara los hechos o antecedentes en que fundaba su apreciación, respondió mediante Ordinario N° 072, de 18 de febrero de 2014,

manifestando que existen comunidades y asociaciones indígenas a 4,7 y 7,3 kilómetros de distancia del área del proyecto, por lo que se da la hipótesis contemplada en el artículo 8 del Reglamento del SEIA, en base al uso ancestral de los territorios inmediatamente aledaños a la ejecución del proyecto, así como el recurso hídrico de la Quebrada de Quipisca.

Pues bien, consta de los antecedentes tenidos a la vista, que en la Sesión Ordinaria N° 6, de 2 de mayo de 2014, de la Comisión de Evaluación de Tarapacá, al analizar el planteamiento de la CONADI, se concluyó que el solo hecho de que un proyecto o actividad se encuentre emplazado próximo al Grupo Humano Indígena no resulta per se suficiente para acreditar susceptibilidad de afectación directa de las señaladas en el artículo 11 de la Ley 19.300, por lo que se desechó la objeción en comento, calificándose favorablemente el proyecto, sin que existan antecedentes suficientes y necesarios que lleven a estimar que se trató de una conclusión arbitraria, ni por otra parte se han aportado en los recursos deducidos otros elementos tendientes a demostrar lo contrario.

DÉCIMO QUINTO: Que, en conclusión, los recurrentes sostienen que los territorios donde se emplazan las obras del proyecto impugnado han sido utilizados ancestralmente, se encuentran dentro de un área de Desarrollo Indígena y que hay huellas troperas sobre las cuales se están construyendo los gaviones, pero no se acreditó en modo alguno la existencia de las referidas huellas.

También se debe tener presente que el ADI no es un área protegida per se, según se desprende del artículo 11 de la Ley 19.300, y en atención a la naturaleza de las obras que se pretenden llevar a cabo con el proyecto denominado “Obras de Protección de Cauce CMCC”, presentado por la Compañía Minera Cerro Colorado, resulta claro que el mismo sólo requería una Declaración de Impacto Ambiental, sin que resultara procedente el Proceso de Consulta Indígena, como lo pretenden los recurrentes, lo cual lleva necesariamente a concluir que en el caso sub lite no existió arbitrariedad de la autoridad administrativa, ni tampoco ilegalidad, en la dictación de la Resolución Exenta N° 54, desde el momento en que su actuar se ciñó a las normas establecidas en la Ley 19.300, sobre Bases

Generales del Medio Ambiente y en la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección, **NO SE HACE LUGAR** a las acciones deducidas en lo principal de fojas 1 y en lo principal de fojas 177.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro señor Erico Gatica Muñoz.

Rol I. Corte N° 290-2014 Civil (Protección).

Pronunciada por los Ministros Titulares Sr. ERICO GATICA MUÑOZ, Srta. MIRTA CHAMORRO PINTO y Sr. PEDRO GÜIZA GUTIÉRREZ. Autoriza don DAVID SEPÚLVEDA CID, Secretario Subrogante.

En Iquique, a veintiocho de julio de dos mil catorce, notifiqué por el estado diario de hoy, la sentencia que antecede.

ANÁLISIS SENTENCIA NÚMERO TRES

ESTANDAR DE SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN PARA LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA INDÍGENA DEL 169 DE LA OIT EN PROYECTOS DE INVERSIÓN

1.- Identificación

1.1.- Tribunal que dictó la sentencia: Corte de Apelaciones de Iquique.

1.2.- Fecha de la sentencia: 28 de julio de 2014.

1.3.- ROL de la sentencia: 290-2014. Se acumula el Rol 299-2014.

1.4.- Recurrente: Hilario Cayo Moruna, por sí y en representación de la Comunidad Indígena Aymará de Parca; Martina Mamani Paycho, en representación de la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca; Gudelia Cautín Caqueo y Alejandro Capetillo Caqueo, ambos por sí y en representación de la Comunidad Indígena Quechua de Mamiña; Marcela Bacían Paycho, por sí y en representación de la Asociación Indígena de Mamiña Unidos.

1.5.- Recurrido: Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Tarapacá.

1.6.- Tercero Coadyuvante de la recurrida: Compañía Minera Cerro Colorado. Por la existencia de proyectos que pueden verse afectados por la resolución recaída en el recurso.

1.7.- Tercero Coadyuvante de la recurrente: Humberto López Bacían por sí y por la Comunidad Indígena Quechua de Iquiua. Por ser uno de los pobladores más cercanos del proyecto.

1.8.- Datos de publicación de la sentencia o de disponibilidad informática:
<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

1.9.- Decisión o resolución: no se hace lugar a la acción interpuesta, en primer lugar por encontrarse vigente los Tribunales Ambientales.

2.- Resumen de la sentencia

2.1.- Actuaciones procesales: No procede al recurrir directamente de protección.

2.2.- Hechos juzgados: Los hechos Juzgados por el Tribunal son los siguientes:

La existencia de vulneración de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 1, 2, 8 y 24, reclamadas por los recurrentes en relación al proyecto calificado favorable mediante una DIA denominado “Obras de Protección de Cauce, CMCC” cuyo objetivo consiste en la canalización del curso de aguas de la Quebrada, sector Quipisca, en un tramo de 3.033 metros, construyendo muros de gaviones en la rivera Sur, con duración de faenas estimada en 8 meses.

2.3.- Teoría del caso del actor: Señalan que la Resolución Exenta N°54 de fecha 4 de mayo de 2014 que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Obras de Protección de Cauce CMCC”, vulnera respecto de los recurrentes y de sus representadas, el artículos 19 N° 1, 2, 8 y 24, en cuanto el encausamiento de la Quebrada de Quipisca y la instalación de gaviones para el caso de sismo, establece un riesgo para la integridad física que no ha sido evaluado; asimismo respecto a la igualdad ante la ley, pues no se les ha permitido expresar su opinión en un proceso ambiental que les afecta directamente, habiendo sido dictada con omisión de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas afectados directamente por el proyecto, en los términos establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT; también el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, en cuanto se aprobó un proyecto en que se presentó sólo Declaración de Impacto Ambiental, cuando lo que correspondía era un Estudio de Impacto Ambiental dado que a su juicio y de la CONADI, se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, en cuanto a: a) Riesgo para la Salud de la Población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos, 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; específicamente en cuanto a la naturaleza del bien jurídico protegido, Área de desarrollo indígena Jiwasa Oraje, poblaciones y recursos altoandinos protegidos, atendido el carácter precautorio de dicha norma, siendo suficiente que dicho territorio sea susceptible de ser afectado, para que sea exigible un Estudio de Impacto Ambiental; y respecto al derecho de propiedad, en consideración que existe un régimen especial en virtud de los artículos 62 y 63 de la Ley Indígena, como también respecto a la propiedad del agua y recursos naturales, que se encuentran protegidos por la ley 19.253, de 1993.

2.4.- Medios de prueba del actor: No hubo.

2.5.- Teoría del caso del sujeto pasivo: El Servicio de Evaluación Ambiental en representación de la Comisión Ambiental Tarapacá, en su informe señaló que la calificación de las circunstancias que hacen necesario un Estudio de Impacto Ambiental, requieren de un análisis de lato conocimiento, correspondiendo a una complejidad que excede la acción de protección, debiendo procederse en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 20.600, una vez que fuere agotada la vía administrativa.

Refiere que como se acreditó durante la evaluación ambiental, el proyecto sometido a conocimiento de la Comisión de Evaluación Ambiental, no genera o presenta efectos al tenor del artículo 11 de la ley 19.300, y en consecuencia la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades recurrentes. La proximidad de un grupo humano no resulta por si misma suficiente para acreditar la susceptibilidad en términos de la recurrente, siendo improcedente el trámite de Consulta Indígena, siendo procedente la evaluación de conformidad a una Declaración de Impacto Ambiental. Asimismo no es efectivo que la resolución recurrida no se haya hecho cargo de lo sostenido por Conadi en forma reiterada, dado que sus planteamientos fueron sometidos a análisis por la Comisión en forma previa a la calificación del proyecto.

2.6.- Medios de prueba del sujeto pasivo: No hubo.

2.7.- Teoría del Caso del Tercero Coadyuvante de la recurrida: Indica que el proyecto no genera impactos significativos respecto a los recurrentes, dado que no se emplaza en territorios bajo posesión indígena, sino que en bienes nacionales

de uso público y en tierras fiscales gravadas por servidumbre minera a favor de Cerro Colorado; además, las obras del proyecto son de carácter menor y se encuentran a distancia considerable de las comunidades indígenas del sector, no afectan la disponibilidad hídrica ni ninguno de los efectos significativos del artículo 11 de la ley 19.300, elementos que fueron ponderados por la autoridad administrativa en su oportunidad al momento de aprobar el proyecto.

2.8.- Teoría del Caso del Tercero Coadyuvante de la recurrente: señala que el proyecto se encuentra a 4 kilómetros del poblado de Iquiuca, siendo el poblado más cercano. También señala que resulta evidente que en la fase de construcción se afectará el medio ambiente mediante emisiones que afectarán la calidad del aire, que perjudicará el normal desenvolvimiento del sector, se producirá también una afectación al patrimonio arqueológico y cultural porque se omitió información sobre su real afectación, dado que no se realizaron estudios arqueológicos en el sector; asimismo, existe una eventual afectación por manipulación y no retiro de desechos producto del proyecto, al no haber suficientes estudios sobre las características de los desechos comprendidos en el botadero y que no serán retirados de las quebradas, como tampoco un análisis sobre las eventuales afectaciones a las comunidades indígenas del sector, como también a las eventuales afectaciones a la flora y fauna nativa existente, en cuanto impedirían el crecimiento de especies que se desarrollan en el fondo de la quebrada, importantes para estudios de bioremediación, y la flora que no podrá reproducirse por la infraestructura construida.

Indica que estas omisiones hacen que el proyecto amenace gravemente los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Quechua de Iquiuca, en cuanto no se les escuchó durante la tramitación del procedimiento, a pesar de ser territorios indígenas, al tenor de lo dispuesto en el convenio 169 de la OIT.

2.9.- Hechos probados por el tribunal: No procede, porque la discusión es un problema sobre vulneración de garantías constitucionales.

2.10.- Argumentación del tribunal: La Corte de Apelaciones de Iquique hace un análisis de las exigencias para que proceda la acción constitucional, agregando que la pretendida tiene por objeto poner pronto remedio a la infracción de

garantías constitucionales señaladas en el artículo 20 de nuestra Carta Magna, correspondiendo, si es procedente, adoptar de inmediato las medidas que se estimen indispensables para el restablecimiento del derecho.

Refiere que lo que se cuestiona por los recurrentes es la RCA 54 de fecha 04 de mayo de 2014 que calificó favorablemente el proyecto “Obras de Protección de Cauce” mediante una DIA.

En primer lugar la Corte de Apelaciones de Iquique expresó que era cuestionable que se haya recurrido a esta acción constitucional encontrándose vigente la Ley 20.600, de 28 de junio de 2012, que creó los Tribunales Ambientales, los que tienen competencia natural para conocer de las contiendas medioambientales, como sería el presente caso en que se pide la invalidación de una resolución de calificación ambiental. Sin embargo analizó el fondo de la acción deducida señalando que por las características del proyecto y lo referido por la Comunidad Indígena Quechua de Iquiuca, al momento de hacerse parte, las obras propuestas corresponden o derivan del proceso de fiscalización conducido por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de Tarapacá, en virtud de denuncias formuladas en dicha sede.

Señala además que Comisión recurrida informó que en la evaluación ambiental efectuada, aceptó la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental, descartando la exigencia de un Estudio de Impacto Ambiental por cuanto de los antecedentes presentados por la requirente y el análisis efectuado por los distintos órganos estatales (más de 13) que intervinieron en la evaluación del proyecto, se concluye que su ejecución no presenta ni genera los efectos, características o circunstancias señaladas en el artículo 11 de la Ley 19.300.

2.11.- Decisión o resolución del caso. La sentencia rechaza la acción deducida, pronunciándose en primer lugar sobre la competencia de los Tribunales Ambientales.

3.- Análisis de la argumentación

3.1.- Problema jurídico: El problema jurídico que se analizará es, cuál es el criterio de Susceptibilidad de Afectación Directa utilizado por los Tribunales Superiores de Justicia para determinar la procedente la Consulta establecida en el convenio 169 de la OIT.

3.2.- Argumentación del juez: El Tribunal de Alzada conociendo del recurso de protección razonó que la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá descartó fundadamente un impacto que implicara la generación de efectos adversos significativos sobre el literal b) del artículo 11 de la Ley 19.300 y artículo 6 del Reglamento del SEIA; literal c) del mismo artículo y artículo 8 del RSEIA en cuanto las obras se encuentran a 6 km de Mamiña, 7,3 km de Quipisca, 6,3 km de Parca y la localidad más cercana, Iquiuca, se encuentra a 4,7 km de distancia, río arriba.

Ya en el considerando décimo la Corte de Apelaciones de Iquique, desarrolla la *ratio decidendi* al referir que “también la Comisión descartó en la evaluación ambiental un impacto que implicara la localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectadas, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar (artículo 11, letra d), de la Ley N° 19.300 y artículo 9 del Reglamento del SEIA). El proyecto se ubicará al interior de la ADI “Jiwasá Oraje”, y a gran distancia de las comunidades indígenas del sector, por lo que no se verán afectadas por las obras. En el área no existen recursos protegidos susceptibles de ser afectados. Tampoco existen en el sector áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares susceptibles de ser afectados.”

Continúa su razonamiento al indicar que “la Comisión descartó en la evaluación ambiental un impacto que implicara la alteración significativa, en términos de magnitud o duración del valor paisajístico o turístico de la zona (artículo 11, letra e), de la ley N° 19.300 y artículo 10 del Reglamento del SEIA). En el área de las obras del proyecto no existen zonas con dicho valor.”

Expresa en su sentencia que “según lo establece el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, el trámite de la Consulta Indígena procede respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a

Pueblos Indígenas interesados. En el caso del proyecto materia del recurso, según los antecedentes, fue presentado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por intermedio de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), por estimar la empresa requirente que no presentaba los efectos o características señaladas en el artículo 11 de la Ley 19.300, respecto de Grupos Humanos, Comunidades o Pueblos Indígenas, descartando con ello la posibilidad de afectar directamente a pueblos indígenas, lo que fue corroborado por los servicios públicos que intervinieron en la evaluación del proyecto, ya que en caso contrario el SEA Tarapacá se encontraba legalmente obligado a proponer el rechazo de éste y exigir que se evaluara mediante un Estudio de Impacto Ambiental que hiciera procedente un Proceso de Consulta Indígena (PCI).”

En el considerando décimo cuarto el tribunal de Protección indicó que ante el reproche de los recurrentes al señalar que el SEA Tarapacá no se hizo cargo de la objeción planteada por CONADI, en el párrafo segundo señala “Pues bien, consta de los antecedentes tenidos a la vista, que en la Sesión Ordinaria N° 6, de 2 de mayo de 2014, de la Comisión de Evaluación de Tarapacá, al analizar el planteamiento de la CONADI, se concluyó que el solo hecho de que un proyecto o actividad se encuentre emplazado próximo al Grupo Humano Indígena no resulta *per se* suficiente para acreditar susceptibilidad de afectación directa de las señaladas en el artículo 11 de la Ley 19.300, por lo que se desechó la objeción en comento...”

Concluye señalando que “...se debe tener presente que el ADI no es un área protegida *per se*, según se desprende del artículo 11 de la Ley 19.300, y en atención a la naturaleza de las obras que se pretenden llevar a cabo con el proyecto denominado “Obras de Protección de Cauce CMCC”, presentado por la Compañía Minera Cerro Colorado, resulta claro que el mismo sólo requería una Declaración de Impacto Ambiental, sin que resultara procedente el Proceso de Consulta Indígena...”

3.3.- Argumentación dogmática y opinión del autor del análisis de la sentencia.

El convenio 169⁵⁸ de la OIT en su artículo 6 N°1 letra a)⁵⁹ consagra el deber de consulta a los pueblos indígenas. Así y siendo la RCA recurrida naturaleza jurídica de un acto administrativo de carácter terminal, que se pronuncia sobre la viabilidad ambiental de un proyecto y que se encuentra revestido de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad, se supedita al Convenio 169 de la OIT, cuando esta medida administrativa, sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

La sentencia en análisis está directamente relacionada con la susceptibilidad de afectación directa que establece el Convenio 169 de la OIT, considerando que el rechazo del recurso de protección, por parte de la Corte de Apelaciones de Iquique se fundó, principalmente, en la no existencia de una arbitrariedad o ilegalidad en la RCA impugnada, toda vez que de los antecedentes que obran en el proyecto y de la opinión de los órganos del Estado competentes, se desprende que no existiría la afectación del artículo 11 de la Ley 19.300⁶⁰ que hiciera procedente la consulta indígena establecida en dicho Convenio. Por tal motivo al ser evaluado el proyecto mediante una DIA, el órgano facultado por ley actuó correctamente, no existiendo en caso alguno la vulneración del numeral 2 del artículo 19 de la CPR.

Al igual que la sentencia en análisis, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia (CS Rol 1.525-2010⁶¹; 9889-2010⁶²; 7079-2012⁶³; 10.945-

⁵⁸ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

⁵⁹ Artículo 6 N°1 letra a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

⁶⁰ Ley 19300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente

⁶¹ Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, Recurso de Protección Rol N° 1525-2010. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de abril de 2016)

⁶² Corte Suprema, 11 de abril de 2011, Recurso de Protección ROL N°9889-2010. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de julio de 2016)

⁶³ Corte Suprema, 30 de noviembre de 2012, Recurso de Protección ROL N°7079-2012. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de julio de 2016)

2013⁶⁴; 8.617-2013⁶⁵; 12.457-2013⁶⁶; 6.427-2014⁶⁷; 63-2014⁶⁸; 12.450-2014⁶⁹) ha señalado, que al no existir afectación a los componentes del medio ambiente que el artículo 11⁷⁰ de la ley 19.300 detalla, es suficiente argumento para descartar la afectación, que haga necesario efectuar la consulta establecida en el convenio 169 de la OIT, determinando de esta manera que la susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la consulta, corresponde a impactos significativos de la ley 19.300. Así en Causa Rol N° 1602-2012⁷¹ de fecha 8 de junio de 2012 la CS

⁶⁴ Corte Suprema, 18 de octubre 2013, Recurso de Protección ROL N° 10.495-2013. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de julio de 2016)

⁶⁵ Corte Suprema, 21 de octubre de 2013, Recurso de Protección ROL N° 8616-2013. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 11 de julio de 2013)

⁶⁶ Corte Suprema, 16 de enero de 2014, Recurso de Protección ROL N° 12.457-2013. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de julio de 2016)

⁶⁷ Corte Suprema, 3 de abril de 2014, Recurso de Protección ROL N° 6427-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 8 de julio de 2016)

⁶⁸ Corte Suprema, 17 de febrero de 2014, Recurso de Protección ROL N° 63-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 8 de julio de 2016)

⁶⁹ Corte Suprema, 3 de septiembre de 2014, Recurso de Protección ROL N° 12.450-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 8 de julio de 2016)

⁷⁰ Artículo 11: 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.

⁷¹ Corte Suprema, 8 de junio de 2012, Recurso de Protección ROL N° 1602-2012. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de abril de 2016).

Quinto: Que tal como lo señalaran los diversos organismos con competencia ambiental que intervinieron en este procedimiento de evaluación, no es posible vislumbrar de qué manera este tendido eléctrico pueda provocar una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos reclamantes, puesto que no afecta viviendas, servicios, accesos o sitios de significación cultural, teniendo en consideración que el trazado en la comuna de Freire corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

Sexto: Que la alegación de proximidad a población protegida tampoco es un criterio suficiente por sí mismo si no se ha justificado algún grado de afectación a aquélla. En la especie, no se ha explicitado

revoca la sentencia de alzada y en su lugar determina que se rechaza la protección reclamada por la Asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipen.

Sin embargo y en contra de la postura de la Corte de Apelaciones de Iquique se había pronunciado la CS en sentencia causa Rol Ingreso 258-2011⁷² de fecha 13 de julio de 2011 que revoca la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que rechazó recurso de protección de la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta por modificación al Plan Regulador de San Pedro de Atacama y dispuso acoger el recurso de protección. De igual manera se pronunció el máximo tribunal en causas Rol 6062-2010⁷³, 10.090-2011⁷⁴ y 11.040-2011⁷⁵, sentando una tendencia sobre la existencia de afectación directa y por tanto necesidad de evaluar los proyectos recurridos mediante un EIA y no una DIA, para así realizar el proceso de consulta indígena que establece el convenio 169 de la OIT.

Siguiendo el criterio de la CA de Iquique, la Contraloría General de la República se ha pronunciado en Dictamen N°32.996⁷⁶ de fecha 24 de abril de

ningún impacto concreto a las comunidades aledañas que pueda generar este proyecto.

Es así como ninguno de los siete sitios de significación cultural que fueron catastrados en el proceso de evaluación se encuentran dentro del trazado de la línea, y el más cercano denominado “sitio de los caballos”, ubicado a una distancia de veinte metros del proyecto, se halla emplazado en un sector colindante a un camino público en que ya existen postes de distribución de energía eléctrica, de modo que no se producirá un cambio relevante en la situación actual.

Noveno: ...La proximidad alegada tampoco resulta en este caso una pauta suficiente, pues tanto el trazado como la franja de seguridad de la línea eléctrica se encuentran fuera de los bienes, servicios, equipamientos y sitios de significación cultural y espiritual que conforman el bienestar básico de los grupos humanos cercanos.

⁷² Corte Suprema, 13 de julio de 2011, Recurso de Protección ROL N° 258-2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

⁷³ Corte Suprema, 04 de enero de 2010, Recurso de Protección ROL N° 6062-2010. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

⁷⁴ Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, Recurso de Protección ROL N° 10.090-2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

⁷⁵ Corte Suprema, 30 de marzo de 2012, Recurso de Protección ROL N° 11.040-2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

⁷⁶ “En este orden de consideraciones, es pertinente precisar, en concordancia con lo planteado por el SEA, que el solo hecho de que una determinada comunidad se encuentre emplazada dentro del área de influencia del respectivo proyecto o actividad, no determina la existencia de la obligación del órgano administrativo de incorporar a aquélla en el proceso de consulta indígena, puesto que

2015, señalando que la cercanía de una comunidad a un área de influencia no supone necesariamente la generación de impactos significativos para ser incorporada en el proceso de consulta.

El concepto de susceptibilidad de afectación directa para López y Morh⁷⁷ escapa del ámbito jurídico y que es más del ámbito antropológico al considerarse los diferentes referentes cognitivos de los pueblos indígenas. Los autores explican las diferentes acepciones del término en los diferentes cuerpos normativos que lo contienen y entregan un concepto propio, señalando que éste dependerá no solo de la medida a dictar, sino también del pueblo indígena afectado y muy particularmente de los referentes cognitivos del mismo, cuestión que parece haber sido obviada en Chile, tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Agregan que una herramienta útil a tales efectos son los peritajes antropológicos que permitirán considerar sus referentes cognitivos y así fundar la resolución que determine que hay o no tal afectación o susceptibilidad de ella. Es decir, el tratamiento que deba darse al asunto escapa a lo estrictamente jurídico.

Discrepando con lo razonado en la sentencia en análisis y lo que entiende la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, los autores refieren que el criterio en Chile para entender que hay afectación directa es más exigente que el estándar internacional, en la medida que nuestros tribunales de justicia han requerido que exista una afectación directa, en lugar de la *susceptibilidad* de afectación directa.” Continúan señalando que la discusión sobre la afectación o susceptibilidad de afectación pareciera haberse olvidado en Chile, a propósito de la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en lugar de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), según se den o no los criterios de afectación del artículo 11 de la Ley N° 19.300, para hacer aplicable la consulta previa en el marco de la participación ciudadana del EIA y que el artículo 6 del Convenio 169 no se refiere solo a la afectación directa, sino que a la

ello no supone necesariamente la generación de impactos significativos y específicos a su respecto..”

⁷⁷ LOPEZ, Ricardo; MOHR, Tania (2014) Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? Revista de Derecho, Vol XXVII-Nº1. pp. 105 - 126. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art05.pdf> en línea (fecha de visita 5 de junio 2015).

susceptibilidad de ella.

Explican que el estándar de procedencia favorece necesariamente a los pueblos indígenas sin que sea admisible que se requieran certeras acreditaciones al respecto por parte de ellos, pesando sobre el Estado la obligación de demostrar que no hay afectación ni susceptibilidad de ella, por medio del pertinente peritaje antropológico, acreditándose la no generación de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Uno de los problemas que han tenido los pueblos indígenas para que los tribunales de justicia hagan procedente la consulta, ha sido acreditar la afectación que supone la implementación de la medida que se impugna. En este escenario, hay que considerar que cuando los tribunales analizan si existe o no la susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la consulta, es relevante que tomen en cuenta el contexto en que viven los pueblos indígenas, particularmente su situación de vulnerabilidad y el factor cultural.⁷⁸ La etapa de identificación de las medidas y normas a ser consultadas debe ser ejecutada por la institución estatal que adopta la medida y también por la entidad estatal responsable de la implementación de la consulta, incluyendo además a los pueblos indígenas que deberán ser consultados. En esta etapa resulta fundamental la consideración de la cosmovisión del pueblo indígena, a efectos de que la susceptibilidad de afectación –estándar que hace procedente la consulta- sea mirado desde las necesidades de la comunidad y no desde el Estado.

Conteste con la postura asumida por la CA, para Aninat⁷⁹ la canalización de la consulta dentro del sistema ambiental es una alternativa que busca cumplir no sólo con las obligaciones del Convenio, sino que también con las obligaciones legales de la Ley N° 19.300. Dado que en materia medioambiental se ha tendido

⁷⁸ NASH, Claudio, (2014). "Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT". *Centro de Derechos Humanos*. 147 pp. Disponible en http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/otros/Manual_DDHH_Convenio_169.pdf (visita 18 de mayo de 2016).

⁷⁹ ANINAT, Isabel (2014). "Los desafíos pendientes del Convenio 169" Centro de Estudios Públicos. N° 369. Disponible en <http://www.cepchile.cl/los-desafios-pendientes-del-convenio-169/cep/2016-03-04/100553.html> (fecha de visita 14 de julio de 2016)

hacia un sistema de ventanilla única para el otorgamiento de los permisos ambientales, la incorporación de la consulta indígena dentro de la ley sectorial también apunta en esa dirección. Continúa señalando que por otra parte, considerando que tanto la legislación ambiental como la consulta se estructuran en base a la *afectación*, si bien su contenido específico puede ser diferente, existe una coherencia normativa que permite crear relaciones en sus procedimientos prácticos. Para la autora, esto no implica subsumir la consulta en la normativa ambiental para diluirla y restringirla, sino que incorporarla y confiriéndole la especificidad y las garantías que corresponden.

Críticos a la postura de la sentencia en análisis, Contesse⁸⁰ indica que procede la participación de los pueblos indígenas ante cualquier proyecto de inversión que deba someterse al SEIA mediante un EIA y que genere impactos ambientales en tierras y recursos naturales que se consideren parte de un “territorio” indígena. Refiere que se pueden formular diversas objeciones a este instrumento como mecanismo de implementación de este derecho de los pueblos indígenas. Desde ya, la participación ciudadana en el SEIA no considera la particular relación de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos, ya que ninguna norma se refiere de manera particular al proceso de participación ciudadana por parte de comunidades indígenas, ni a sus particulares costumbres y tradiciones a la hora de participar. Para los autores, la aplicación del artículo 4 de la Ley 19.300 –a través de la regulación de la participación ciudadana en el reglamento del SEIA– permitiría incorporar una regulación especial para la participación de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, este mecanismo podría ser una vía para implementar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en su territorio. Sin embargo, no sería suficiente para garantizarlo siempre que corresponda porque no todos los proyectos deben ingresar al SEIA.

Para fundamentar la hipótesis de quienes postulan una comprensión amplia

⁸⁰ CONTESSE, Jorge (2012). “El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación”. Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 276, p. 74.

de lo que significa la “susceptibilidad de afectación directa” Carmona⁸¹ señala que basta la presencia de algunos factores básicos, elementos que hagan suponer la existencia de un territorio indígena en las cercanías del proyecto, para que proceda la consulta. A su vez, ello supone que, tanto por razones normativas como por cuestiones de resultado, debe existir una participación de las comunidades en la determinación de si la medida les afecta, y en qué medida; por lo mismo, esta hipótesis rechaza explícitamente la homologación que se hace de la afectación requerida por el Convenio con los efectos del art. 11, por cuanto la determinación de estos pasa por agentes externos a las comunidades. Según el autor, los supuestos que avalan la postura restrictiva, esto es, “que un proyecto en áreas con presencia indígena no implica necesariamente un impacto negativo para dichas comunidades, ya que puede acarrear un beneficio para las mismas” y “que la mera localización del proyecto en áreas con presencia indígena no necesariamente significa que se producirá afectación, ya sea en razón de la distancia en que habitan o desarrollan sus actividades, quedando fuera del área de influencia de los proyectos, o en razón de las medidas de mitigación que se propongan lo que permite evitar, impedir o disminuir la ocurrencia de impactos significativos directos en las comunidades”, se basan en la creencia de que los efectos son variables objetivas, cuantificables, modelables, etc. Por ello, estos son a la vez determinables a partir de evaluaciones técnicas por terceros externos e imparciales, y calificables como positivos o negativos independiente de las apreciaciones de los observadores. Sin embargo, esto, que puede ser relativamente cierto para los efectos sobre el ecosistema, no es predicable de los impactos de carácter sociocultural, los que tienen un carácter subjetivo, y en el caso de los pueblos indígenas, depende de su cosmovisión y su relación espiritual con sus tierras y territorios.

En coincidencia con lo resuelto por la CA de Iquique, Donoso⁸² al comentar

⁸¹ CARMONA, Cristóbal. “La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile. Hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas”. Pp 109.

⁸² DONOSO, Sebastián (2013) “Declaraciones de Impacto Ambiental y Consulta Indígena en el SEIA: Comentario a la homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la

un fallo de la CS, indica que la homologación de los impactos ambientales que exigen un Estudio de Impacto Ambiental con la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 es un criterio válido para discernir la procedencia de la obligación de consulta indígena, lo que se confirma al revisar las facultades del Servicio de Evaluación Ambiental en relación a los proyectos ingresados por la vía de una Declaración de Impacto Ambiental. De lo anterior fluye, en consecuencia, que es consistente el criterio expuesto por el legislador en cuanto a no exigir consulta indígena al instrumento Declaración de Impacto Ambiental.

El criterio de susceptibilidad de afectación del artículo 11 de la Ley 19.300 fue recogido por el D.S. 40/2012 regula en el artículo 85⁸³ la consulta a los pueblos indígenas señalando los supuestos en que ésta sería aplicable, artículos 7, 8 y 10 del mismo cuerpo legal, los que se remiten a las afectaciones establecidas en el referido artículo 11 de la Ley 19.300, reafirmando la hipótesis restrictiva de la CA de Iquique, que refiere a la existencia de los efectos, características y circunstancias del artículo 11.

De esta manera y en la última sentencia emitida en materia indígena no

susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 OIT". En Sentencias destacadas 2013. P. 57-83. Disponible en <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-57-83-Declaraciones-de-impacto-ambiental-y-consultas-indigenas-en-el-SEIA-impacto-a-la-tendencia-de-homologacion-SDonoso.pdf> (Visita 11 de julio de 2016)

⁸³ Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.

ambiental, el máximo tribunal en Rol 36.728-2015⁸⁴ de fecha 4 de abril de 2016, confirmó el recurso de protección interpuesto por la Comunidad Indígena Entuco en contra de la Municipalidad de Padre Las Casas, por no haber observado esta última la Consulta establecida en el Convenio 169 de la OIT, ya que la medida adoptada, esto es, autorizar la construcción de una media luna en predios que reclama indígenas, les afectaba directamente. Sin embargo y en contraposición a esta postura amplia y acorde con la sentencia en análisis, el voto disidente⁸⁵ en la causa precitada emitido por los Ministros Sr. Pierry y Sra. Sandoval confirman lo que hasta ahora la CS había señalado sobre la susceptibilidad de afectación que hiciera operativa la consulta del 169 de la OIT.

Del análisis efectuado, se concuerda con la hipótesis restrictiva de susceptibilidad de afectación directa, esto es, que ella se encuentra establecida para los proyectos de inversión en los Estudios de Impacto Ambiental, toda vez

⁸⁴ Corte Suprema, 4 de abril de 2016, Recurso de Protección ROL N° 36.728-2015. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 12 de julio de 2016)

Séptimo: Que, por otra parte, el hecho de que la media luna se emplace en un predio sobre el cual la comunidad recurrente tiene reclamaciones, resulta por sí solo insuficiente para estimar que la medida recurrida la afecta, pues dichas reclamaciones no parecen estar amparadas en la legislación vigente.

Octavo: Que, sin embargo, el hecho de que el predio en que se emplazaría la media luna es relativamente pequeño y es vecino del predio que habita la comunidad recurrente, sí es suficiente para estimar que la medida puede tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagónica a la mapuche. (Lo destacado es nuestro)

⁸⁵ **2º)** Que para que una medida administrativa, como lo es la que se impugna en estos autos, sea susceptible de causar afectación directa a una Comunidad Indígena, es necesario que la misma sea causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. (Lo destacado es nuestro)

Por consiguiente, el solo hecho de que una determinada comunidad se encuentre emplazada dentro del área de influencia del respectivo proyecto o actividad, no implica necesariamente la generación de impactos significativos y específicos, por lo que no siempre existirá la obligación del órgano administrativo de incorporar a dicha Comunidad al proceso de consulta,

3º) Que de la lectura del libelo de autos no se vislumbra la forma en que la medida administrativa adoptada por la Autoridad Municipal, esto es, la entregar en comodato de un inmueble al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas para la construcción y funcionamiento de una media luna, cause un impacto significativo a la Comunidad recurrente, toda vez que no se ha acreditado que la ejecución de la misma afecte el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o que tenga relevancia en lo tocante a la relación con sus tierras indígenas. (Lo destacado es nuestro)

que es en ellos que se reconocer efectivamente los efectos, características o circunstancias que puedan afectar a los pueblos indígenas. Al reconocer lo anterior, se otorga certeza jurídica a las evaluaciones de los proyectos, considerando que en ellos participan organismos técnicos-científicos especializados en materias ambientales, que evaluando las componentes ambientales y del territorio en que se emplazan los proyectos, determinan la existencia o no de las afectaciones, descartando entonces la procedencia de un EIA por la sola localización o proximidad de un proyecto a una comunidad indígena.

Sin embargo, y con la finalidad de descartar efectivamente el uso del territorio e incorporar la cosmovisión que tienen las comunidades para con su territorio, es necesario que tanto en las DIA's y con mayor rigurosidad en los EIA's al reconocer el titular afectación, sea exigible un informe antropológico de sus referentes cognitivos sobre la cosmovisión y su relación espiritual con sus tierras y territorios.

4.- Conclusiones

Los criterios que debería seguir un juez si resuelve un caso semejante son las siguientes:

Primero: Aplicar el principio de deferencia técnica en la evaluación ambiental de proyectos, reconociendo que es el Servicio de Evaluación Ambiental el órgano competente, que como administrador del SEIA, coordina a los diferentes organismos públicos que participan en la evaluación, dadas las materias especiales de que trata, al efectuar análisis técnico-científico que concluye en la determinación de la presentación de una DIA o un EIA.

Segundo: Acreditar que dentro de la evaluación de los proyectos en sus modalidades de DIA's y con mayor rigurosidad en los EIA's que cuenten con RCA y ésta sea recurrida, exista un informe antropológico donde se establezcan los referentes cognitivos sobre la cosmovisión y la relación espiritual de las comunidades aledañas con sus tierras y territorios.

SENTENCIA NÚMERO CUATRO

Iquique, quince de diciembre de dos mil quince

VISTO:

A fojas 3, comparecen Marcela Bacian Paycho, por sí y en representación de la “Asociación Indígena Quechua Mamiña Unida”, Andrés Estica Bustos, María del Carmen Cautín Leyva, Nicanor Salas Cautín, Jesús Carrillo Urrutia, María Inés Vernal Villarroel y Norma Bacian Paycho, interponiendo recurso de protección en contra la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, al haber dado aprobación por la Resolución Exenta N° 69, de 1 de octubre de 2015, al “Proyecto de Continuidad Cerro Colorado”, vulnerando con ello la igualdad ante la Ley, contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política.

Señalan que el 6 de octubre pasado tomaron conocimiento de los hechos arbitrarios e ilegales cometidos en la Resolución Exenta N° 69, por medio de la página de internet del Servicio de Evaluación Ambiental.

Indican que el citado acto es ilegal porque infringe el Convenio 169 de la OIT, en relación a la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y a la Ley 19.253, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en cuanto dichas normas exigen consulta indígena a aquellas comunidades que pudieren resultar afectadas. Además, dicha actuación es arbitraria, pues no justifica la omisión de la realización del proceso de consulta indígena respecto a los recurrentes.

Estiman que la recurrida no ha cumplido las obligaciones contenidas en la legislación nacional e internacional, contraviniendo con ello la igualdad ante la Ley, añadiendo que el reproche radica en la falta al deber de consulta a los pueblos indígenas, en los términos previstos en el citado Convenio, omitiendo la entrega a los recurrentes de información relevante y definición completa de los impactos asociados al proyecto.

Señalan que su Asociación, ante la falta de información, presentó observaciones dentro del proceso de participación ciudadana haciendo ver falencias del estudio, relacionadas con las vulneraciones al deber de consulta a

los pueblos indígenas. Asimismo, respecto al área de influencia del proyecto no se presenta el respectivo mapa general sobre todos los componentes ambientales.

Añaden que a pesar de sus esfuerzos en participar en el proceso de consulta indígena y de obtener la información relevante faltante al proceso para determinar el real grado de afectación, las actuaciones y omisiones de la recurrida no generaron el clima de confianza necesario para llevar a cabo la consulta indígena previa, atendida la incapacidad de determinar los impactos y/o afectaciones directas, en conjunto con la asociación que habita en la zona de ejecución del proyecto.

El Servicio de Evaluación Ambiental, mediante la Resolución Exenta N° 153/2013, de 19 de diciembre de 2013, decretó iniciar un proceso de consulta indígena, sin precisar qué comunidades y asociaciones debían participar, ni habiendo consensuado la forma y el fondo de dicho proceso a fin de cumplir con el mencionado Convenio 169. Ello implica incluso que haya omitido los oficios de la Conadi, que daban cuenta de la imposibilidad de realizar la consulta indígena en las condiciones que se encontraba el proyecto. Además, el procedimiento debió adecuarse al contemplado en el Reglamento de Evaluación Ambiental y Decreto N° 66, que regula la consulta indígena, de conformidad a lo señalado en el citado Convenio.

Agregan que se decretó el inicio del proceso de consulta indígena sin considerar a la Asociación recurrente, no recibiendo citaciones, información o similares, que dieran cuenta del llamado a consulta.

Estiman que para el pleno ejercicio del deber de consulta, al tenor del Convenio 169, es indispensable la actuación de buena fe por parte del Estado, garantizando que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad.

Respecto al derecho de igualdad ante la Ley, estima que la doctrina y jurisprudencia han fijado sus alcances y concepto, señalando que “la normativa jurídica debe ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios, ni imponerse obligaciones a unos que no benefician o gravan a otros que se hallen en condiciones similares y

supone que todos los habitantes gocen de los mismos derechos protegiendo estos”.

Por lo anterior, estima que la acción de la recurrida constituye una perturbación y amenaza al ejercicio y goce de la garantía antes descrita, por lo que solicita dejar sin efecto la Resolución recurrida, adoptando las medidas administrativas necesarias para el adecuado restablecimiento del estado de derecho, condenando en costas a la recurrida.

A fojas 53, en el Ingreso Corte N° 763-2015, comparecen Alejandro Capetillo Caqueo, por sí y en representación de los “Pueblos unidos de la cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñe”; Teodoro Papic Ilaja y Teolinda Baltazar Mamani, por la “Asociación Indígena Aymara Urbana Consejo Provincial Aymara o Copray”; Elías Mamani Cáceres, en representación de la “Comunidad Indígena Aymara de Coscaya”; Zenón Pérez Rivera, Rigoberto Barreda Rios, Aline Papic Tiaina, y Marcelo Condore Vilca, por la “Comunidad Indígena Aymara de Limaxiña”; Haroldo Cáceres Ticona, Carmen Álvarez Tiaina y Margarita Quispe Platera, por sí, e interponen acción de protección en contra de la citada Resolución Exenta N° 69.

Indican que con fecha 8 de octubre de 2015, a través de la página web del Servicio de Evaluación Ambiental, tomaron conocimiento de los actos y omisiones ilegales y arbitrarios cometidos con la dictación de la referida resolución.

Señalan que son miembros y partícipes de la Asociación denominada “Pueblos Indígenas unidos de la cuenca de Tarapacá, quebrada Aroma, Coscaya y Miñi Miñe”. Sus alegaciones respecto a la vulneración de la garantía prevista contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, son análogas al recurso de protección de fojas 3, con las particularidades que indican respecto a la falta de información relevante, que la misma fue trascendente para el hecho que sus comunidades fueron excluidas del proceso de consulta, omitiéndose los ordinarios de la Conadi, que indicaban la afectación a los territorios de esta recurrente, situándolos en desventaja en cuanto al conocimiento previo e informado, pues esta característica no se cumple mientras no se haga entrega de

la información y reconocimiento de afectaciones, precisión de las mismas y de las comunidades afectadas.

De igual forma que la acción precedente, solicitan dejar sin efecto la resolución recurrida, adoptar las medidas administrativas necesarias para el adecuado restablecimiento del estado de derecho y condenar en costas a la recurrida.

A fojas 67, en el Ingreso Corte Rol 764-2015, comparecen Jaime Ticuna Vilca, Jorge Ticuna Vilca, Soledad Ticuna Vilca, Victoria Vilca García, Roxana Herrera Soto, Hilda Flores Moscoso, Rosa Vicenta Ticuna Flores, Madelaine Baltazar Ticuna, Vanessa Moscoso Ticuna, Loreto Moscoso Ticuna, Armando Ticuna Vilca, Alberto Ticuna Vilca, Edith Ticuna Vilca, Janett Viza Torres, Deisy Mamani Ticuna, Yolis Ticuna Ticuna, Iván Mamani Ticuna, interponiendo acción de protección en contra de la Resolución Exenta N° 69, de la Comisión de Evaluación Ambiental, en cuanto aprueba el proyecto “Continuidad operacional Cerro Colorado”, por haber vulnerado el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política.

Explican en su arbitrio que el pueblo de Lirima se ubica dentro de pleno territorio indígena, conformado por distintas familias aymaras, las cuales tienen derechos de copropiedad respecto al predio denominado “Pampa Lirima”, siendo copropietarios pro indiviso del territorio. Agregan que estas familias representan a un 58,2% del total del territorio, señalando que ellos no han sido parte de la Comunidad Indígena Aymara de Lirima.

Respecto al proyecto, expresan que presentaron observaciones relacionadas con el territorio involucrado, reflejando en el recurso que el titular del proyecto no considera afectación a sus comunidades y el daño acumulativo y sinérgico realizado a las forma de vida en la instalación y puesta en marcha del proyecto. Añaden que con fecha 19 de diciembre de 2013, se dictó la Resolución N° 153/2013, donde el Servicio de Evaluación Ambiental decreta el inicio del proceso de consulta indígena para los pueblos que se encuentren dentro del área de influencia del proyecto y puedan ser afectados directamente, considerando a Quipisca, Iquiuca, Mamiña y Parca, señalando en dicha resolución que en caso de

verificarse nuevos impactos que pudieren afectar a dichos grupos humanos, se ampliará el proceso a aquellos. En consecuencia, el Servicio de Evaluación Ambiental, excluye a la comunidad de Lirima de la consulta indígena.

Indican que mediante ordinario N° 134 de Conadi, ésta se pronuncia respecto a la Adenda N° 1 de solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones del Proyecto, en cuanto éste no hace definición completa de los impactos asociados a su ejecución, lo que implica no reconocer las afectaciones o susceptibilidad de las mismas, a toda la población indígena existente en el lugar, resultando en consecuencia que no cumple con los estándares del Convenio 169, estimando además que las observaciones planteadas por los particulares fueron respondidas por el titular del proyecto, pero lo fueron de una manera insuficiente, al no reconocer afectaciones, impactos o daños que no han sido informados e incluso observadas por los órganos con competencia ambiental.

Señalan que con fecha 13 de enero de 2015, en el Ordinario N° 20 y en la revisión de una nueva adenda del proyecto en cuestión, Conadi mantiene lo formulado anteriormente, lo que implicó que no se consultara a todas las comunidades. Agregan que Conadi, en el Ordinario N° 365 señala que es el Servicio de Evaluación Ambiental quien debe definir cuáles son las comunidades indígenas que deben participar de los procesos de consulta, determinando los efectos y características señaladas en la Ley 19.300, lo que implica que se declara incompetente para determinar discutiendo sobre el fondo del asunto.

Finalmente, indican que con fecha 1 de octubre de 2015 se califica el Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado, mediante la Resolución Exenta N° 69, la que consideran ilegal, por cuanto incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, pues no procede de un claro proceso de consulta que haya considerado todas las aspiraciones de las comunidades originarias interesadas. También es arbitraria, pues el Servicio de Evaluación Ambiental excluyó a determinados pueblos originarios, por estimar a priori que no existe afectación directa. Concluyen que lo anterior incumple lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, en cuanto atendido el impacto que puede generar un proyecto en las distintas comunidades, resulta indispensable el consentimiento

previo, libre e informado en la consulta, y no para establecer cuando procede la consulta.

Agregan que la actuación recurrida vulnera el principio de igualdad ante la Ley, pues no aplica la normativa vigente, omitiendo el deber de consulta, al tenor del citado Convenio 169.

Solicitan disponer las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, decretando la ilegalidad de la resolución reclamada, y la condena en costas.

A fojas 407, se adhiere al recurso de protección N° 764-2015, doña Maribel Ticuna Flores, por ser integrante del pueblo de Lirima y afectada directa por la Resolución Exenta N° 69.

A fojas 326, en el Ingreso Corte N° 784-2015, comparece la Comunidad Indígena Aymara Cancosa, debidamente representada por su directiva, quienes recurren de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental, que resolvió aprobar favorablemente el Proyecto de continuidad Cerro Colorado, mediante la Resolución Exenta N° 69, por estimar que ella vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 N° 1, 2 y 24 de la Constitución Política, y por lo cual busca anular la referida resolución, dando inicio a un proceso de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT.

Indica que tomaron conocimiento del acto con fecha 8 de octubre de 2015, encontrándose su libelo dentro de plazo para todo efecto legal. De igual forma, señala que la arbitrariedad e ilegalidad del acto dice relación con el hecho que la recurrida no haya realizado la consulta indígena previa a su comunidad, de manera informada, estimando que esta exclusión es arbitraria, pues debió haberse realizado conforme a los estándares internacionales y de conformidad al Convenio 169 de la OIT.

En base a ello, considera que el Estado de Chile se encontraba obligado a efectuar el trámite de la consulta previa a las comunidades indígenas que podían verse afectadas, atendido que las instituciones del Estado deben conformarse con aquellas normas que son parte de nuestro ordenamiento legal, como es el caso del mencionado Convenio. Añade que los tribunales de justicia están obligados a

interpretar el derecho internacional, respetando las decisiones emanadas de las instancias internacionales de las que el Estado de Chile es parte, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hace referencia a la consulta previa, señalando los requisitos de la misma, y cómo ellos no fueron llevados a cabo por la recurrida, existiendo la obligación en el Convenio 169, debiendo realizar la misma de buena fe y consensuando los mecanismos de consulta.

Respecto a los hechos vulneradores de garantías, explica que en el mes de junio de 2013, la Compañía Minera Cerro Colorado sometió a evaluación de impacto ambiental el “Proyecto continuidad operacional Cerro Colorado”, al tenor de lo dispuesto en la Ley 19.300. Señala que respecto a su comunidad, el impacto significativo y directo que les afecta dice relación con la extracción de agua desde el campo de pozos ubicado en el sector de Lagunillas, cuya propiedad se encuentra inscrita en el Conservador de bienes raíces de Pozo Almonte y en el registro público de tierras indígenas, al tenor de lo señalado en la Ley 19.253.

Junto con hacer referencia a la cultura y su relación con el medioambiente, los recurrentes indican que el Bofedal Lagunillas es un sitio sagrado que será afectado por el proyecto, y consecuentemente su sistema de vida. Indican que el estudio de impacto ambiental tiene una falta y omisión de información relevante y esencial respecto a la dimensión socio cultural de la comunidad y su territorio, específicamente con el sector de Lagunillas y la afectación de las comunidades indígenas. En dicho sentido, si bien su comunidad participó ante los organismos pertinentes de evaluación de impacto ambiental, haciendo ver la falta de información relevante e información completa de los impactos, tal como lo refleja el sistema de evaluación no existe respuesta de la autoridad ambiental si se llevaría a cabo el proceso de consulta indígena.

Al dictarse la Resolución N° 153, la misma dejó la posibilidad de incorporar las comunidades en el evento de verificarse nuevos impactos susceptibles de afectarles directamente. Indica que una semana antes de la dictación de la resolución recurrida, su comunidad solicitó ser considerada en la consulta, al existir motivos suficientes para ello.

Además, luego de la dictación de la Resolución N° 153, se procedió con una reclamación administrativa ante la Contraloría General de la República contra ella, obteniendo un dictamen mediante el cual se estimó la necesidad de ser incorporada al proceso de consulta. Dicho dictamen fue recurrido por el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, mediante recurso de reconsideración, exponiendo que la localidad de Cancosa se emplaza a 30 kilómetros del bofedal Lagunillas, lo que implica que hasta el momento no se determinó un impacto ambiental significativo que genere una afectación directa para la comunidad. Como consecuencia de ello, el ente contralor solicitó información al Director del Servicio de Evaluación Ambiental a fin de determinar la procedencia de la inclusión, resolviendo en definitiva que el Director Regional del Servicio, estimó no incluir a la Comunidad en el proceso de consulta indígena, dado que a su juicio no percibe afectación en base al proyecto referido.

Ante dicha resolución, el 2 de julio de 2015 se dedujo recurso jerárquico ante el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, el cual fue acogido a tramitación, siendo resuelto a través de la Resolución Exenta N° 1200, el 11 de septiembre de 2015, manteniendo su decisión.

Indica que la Conadi realizó observaciones durante el desarrollo de la Evaluación del estudio de impacto ambiental, e incluso se manifestó que el proyecto carecía de información suficiente para calificarlo ambientalmente. Además, la citada Corporación, a través del Ordinario 134, de 28 de mayo de 2014, señala que el titular del proyecto no hace definición completa de los impactos asociados a la ejecución del proyecto ni menos los reconoce.

Por otra lado, señala que su parte incorporó argumentos técnico jurídicos de la comunidad no considerados por la autoridad ambiental y que permiten identificar el impacto significativo y directo sobre su territorio y patrimonio cultural, alegando existencia de ganadería, como actividad cultural, e incluso las presentaciones que realizó a las autoridades dicen relación con la acreditación de aquellas actividades, y como aquellas se verían afectadas por la continuidad del proyecto, en cuanto el mismo genera impactos en el ecosistema y socio ambientales, generando un detrimento de la actividad ganadera base, atendida la

afectación del bofedal; en el mismo sentido el proyecto afecta efectivamente el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, lo que se hizo valer ante la autoridad en el proceso de participación ciudadana. Señala que la consulta indígena es fundamental, en el marco de identificar aquellos impactos no visualizados previamente por el titular en el estudio de impacto ambiental.

En cuanto al derecho, indica como ilegalidad del acto recurrido, que la misma fue dictada sin haber consultado en forma previa, libre e informada, a través de un procedimiento adecuado, a la comunidad de Cancosa. Al carecer del fundamento razonable para llevarla a cabo, la citada decisión pasa a ser arbitraria, atendida la inconsistencia técnica y jurídica de la misma.

Respecto a la igualdad ante la Ley, la recurrente indica que al vulnerarse la normativa aplicable, el acto recurrido ignora una diferencia reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico, estimando que las comunidades indígenas son grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y si su participación es desconocida se vulnera la igualdad.

En lo pertinente al derecho a la vida, expone que la Ley 19.253 establece protección respecto de la propiedad indígena, expresando en su numeral 1 que la tierra es el fundamento principal de existencia y cultura, debiendo la sociedad en general y el Estado proteger y promover el desarrollo cultural. Por ello, dicha protección también beneficia al recurso hídrico, indicando que la pérdida de éste implica la imposibilidad de la existencia y subsistencia de los pueblos originarios, entre los cuales se encuentran los recurrentes.

Sobre el derecho de propiedad, relaciona el mismo con el concepto de patrimonio cultural intrínseco de la propiedad indígena, la que se justifica en el hecho que estos pueblos mantienen una relación especial con sus tierras, la que resulta esencial para el desarrollo como pueblos diferenciados, lo que ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello, la consulta previa es un mecanismo de protección respecto a los cuales el ordenamiento jurídico protege esta importancia de las tierras para los pueblos indígenas.

Solicita acoger el recurso deducido en contra la Resolución Exenta N° 69, que aprueba el estudio de impacto ambiental del proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, dejando sin efecto la resolución y ordenando cumplir con la consulta indígena previa a la Comunidad Aymara de Cancosa, conforme a lo previsto en el Convenio 169 de la OIT.

A fojas 390, se hace parte la Compañía Minera Cerro Colorado, en calidad de coadyuvante de la Comisión Regional de Evaluación Ambiental de Tarapacá, realizando, a fojas 416, consideraciones y defensas en calidad de titular del proyecto.

A fojas 447, rola informe de la recurrida, solicitando el rechazo de los recursos, con costas. En primer término, alega como defensas comunes a todos ellos, las siguientes:

-Existe una falta de idoneidad del recurso, en cuanto el objeto materia del mismo tiene un procedimiento establecido, que se encuentra en los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, así como también el artículo 17 N° 8 de la Ley 20.600, ambos tramitados ante sedes diversas. En ese sentido, indica que el conocimiento del presente arbitrio implica el uso de consideraciones técnicas que exceden la sede constitucional, debiendo dirimirse sobre conocimientos técnicos y jurídicos. Lo anterior deja en evidencia que los recurrentes buscan una vía más breve para dejar sin efecto la resolución cuestionada y evitar un pronunciamiento declarativo de lato conocimiento.

Sin embargo, los recurrentes omiten señalar que durante la evaluación ambiental se analizó por más de 20 órganos de la Administración cada una de las materias invocadas por ellos. Por ende, los recursos cuestionan las conclusiones de la evaluación del proyecto y la calificación por parte de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá.

-La actuación de la Comisión de Evaluación como también del Servicio de Evaluación Ambiental, ambos de la región, ha cumplido con las obligaciones que establece la normativa referida a la consulta previa, libre e informada, al tenor de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, no produciéndose las vulneraciones alegadas, siendo dicha consulta, previa, libre e informada, de buena fe, con

instituciones representativas susceptibles de ser afectadas directamente por el proyecto a través de procedimientos adecuados y previamente consensuados.

En dicho sentido, el informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, N° 2004/75, indica que el Convenio no impone un procedimiento, y deja la puerta abierta para un margen de apreciación en cada Estado. En este punto, se estima que la consulta indígena es un complemento de la normativa indígena vigente. Pero referente al caso de marras, el procedimiento de consulta aplicado al proyecto resulta suficiente, detallando las gestiones realizadas para concretar un diálogo genuino con las respectivas comunidades. Es así que durante el desarrollo de la consulta iniciada con la dictación de la Resolución N° 153, del 19 de diciembre de 2013, se dejó establecido en su resuelto 3 la protección de las comunidades para el caso que fueren susceptibles de ser afectadas por el proyecto, ampliando su ámbito de consulta en aquellos casos.

Luego, el procedimiento de consulta indígena tuvo una duración de 22 meses, realizándose etapas de comunicación y acercamiento a las comunidades y asociaciones consultadas, para después proceder al acuerdo metodológico entre el Servicio de Evaluación Ambiental y los grupos humanos indígenas. Una vez terminado aquello, se generó un protocolo de acuerdo final, incorporando un consolidado de los distintos trabajos. Señala que los referidos protocolos de acuerdo fueron firmados por las siguientes comunidades: Comunidad indígena Quechua de Quipisca; Asociación indígena Cuenca Quipisca; Comunidad indígena Quechua de Iquiuca; Comunicad indígena Quechua de Mamiña; Asociación indígena Kespi-Kala de Mamiña; Comunidad indígena Aymara de Parca.

Indica que algunas comunidades no participaron de manera voluntaria o no respondieron la invitación. Entre ellas están: Asociación indígena Aymara San Isidro de Quipisca y Asociación indígena Aymara quechua Termas de Mamiña. En el caso de la Asociación indígena Quechua Mamiña Unida, por su propia voluntad se restó del proceso de consulta indígena.

A continuación, en relación a cada recurso en particular, el informe expresa lo siguiente:

Sobre el recurso deducido por la Asociación Indígena Quechua Mamiña Unida, indica que no es efectivo que no haya sido incorporada, dado que se intentó su participación, pero ella misma optó por declinar su intervención. Agrega que se realizaron las respectivas consultas a la Subdirección Regional Norte de Conadi, a fin que aportara la información relativa a las organizaciones indígenas vigentes en la región de Tarapacá, para luego intentar distintos tipos de comunicación para obtener su participación. Con fecha 18 de junio de 2015 se puso término al proceso de consulta respecto de la Asociación Indígena Quechua de Mamiña, reflejado en la Resolución Exenta N° 40 /2014, que fue notificado a la recurrente, sin que hiciera algún cuestionamiento. Solo una vez calificado favorablemente el proyecto, a través de la Resolución Exenta N° 69, compareció dicha Asociación interponiendo el recurso de protección.

En cuanto al recurso de “Pueblos unidos de la cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñe”, “Asociación Indígena Aymara Urbana Consejo Provincial Aymara o Copray”, “Comunidad Indígena Aymara de Coscaya”, “Comunidad Indígena Aymara de Limaxiña”, indica que la justificación de la exclusión señalada se debió a la falta de susceptibilidad de afectación directa, lo que justificó su no inclusión en el proceso de consulta indígena.

Reconoce que es efectivo el hecho que estos recurrentes fueron parte del debate durante la evaluación del proyecto, en razón del estudio del sector de extracción de aguas del humedal Lagunillas y su interconexión con otros acuíferos existentes en el área de influencia del proyecto; sin embargo, este planteamiento fue evaluado ambientalmente y las observaciones planteadas fueron respondidas oportunamente, e inclusive la resolución recurrida se hace cargo de los mismos, quedando en el ámbito de seguimiento ambiental la verificación del cumplimiento de las condiciones, exigencias de la resolución en la Superintendencia del Medio Ambiente.

Reitera que en su exposición los recurrentes no han explicitado ningún impacto ambiental concreto al tenor del artículo 11 de la Ley 19.300, provocado en el componente humano de las comunidades y asociaciones indígenas asentadas

en la quebrada de Tarapacá y que justifique su incorporación a la consulta indígena.

Estima que el análisis se efectúa respecto a los grupos humanos independientemente donde se encuentren emplazados, lo que fue reconocido en el dictamen N° 32.996, de fecha 24 de abril de 2015, de la Contraloría General de la República, que en definitiva reconoce al Servicio de Evaluación Ambiental como el organismo que determina la procedencia o no de la consulta indígena, siendo determinante para tal efecto el carácter de susceptibilidad de afectación directa de los impactos significativos de la evaluación ambiental.

Sobre el recurso deducido por un grupo de miembros de la Comunidad de Lirima, indica que las observaciones planteadas por ellos en la evaluación ambiental fueron consideradas y respondidas por la autoridad ambiental, en cumplimiento del artículo 9 bis de la Ley 19.300, resultando contenidas en la resolución de calificación ambiental.

Reitera que el proceso fue correctamente llevado en la tramitación de la consulta indígena con las asociaciones y comunidades indígenas convocadas, que son susceptibles de ser afectadas directamente por el proyecto, cuyas observaciones fueron ponderadas y evaluadas, y si se pudiere estimar que alguna no fue debidamente ponderada, existe la vía de reclamación, establecida en los artículos 29 y 20 de la Ley 19.300.

Finalmente, sobre el recurso deducido por la Comunidad Aymara de Cancosa, expresa que no existe susceptibilidad de afectación directa que haya justificado la inclusión de dicha Comunidad en el proceso de consulta indígena. Ello en base a que las alegaciones de la recurrente fueron objeto de debate ante la Contraloría General de la República, cuyo final se produjo al dictarse la Resolución Exenta N° 1200, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que rechaza la solicitud de inclusión en el proceso de consulta, por la citada ausencia de susceptibilidad de afectación directa. Explica que dicho procedimiento administrativo se inicia por la recurrente en contra de la Resolución Exenta N° 153/2013, de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, donde se inicia el proceso de consulta indígena. Luego, la entidad

contralora a través del Dictamen N° 88.248, dispuso que corresponde a la autoridad administrativa tomar las medidas necesarias para incluir a la comunidad en el proceso de consulta indígena desarrollado en el marco de la evaluación de impacto ambiental; sin perjuicio que contra dicha decisión se interpuso el recurso jerárquico respectivo, cuya consecuencia fue la dictación del resuelvo N° 32.996, donde se determinó que corresponde a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, la determinación de existencia de impactos significativos a la comunidad recurrente y la procedencia de la consulta indígena a dicha comunidad.

En forma paralela, la recurrente solicitó a la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá, su inclusión al proceso de consulta indígena respecto al proyecto, la que fue respondida en forma negativa, según se desprende del contenido de la carta SEA COR N° 00116, fundando la misma en que no se pudo determinar cómo es que a causa del proyecto se afecte la actividad ganadera, y por no existir elementos suficientes para concluir que la extracción del recurso hídrico pueda afectar significativamente los sistemas de vida y costumbres de la comunidad de Cancosa. A dicha respuesta, la recurrente con fecha 2 de julio de 2015 interpuso recurso jerárquico, el cual fue finalmente rechazado por la Resolución N° 1200, de fecha 11 de septiembre de 2015, por el citado motivo de ausencia de susceptibilidad de afectación.

Sobre los impactos ambientales al medio humano, a causa de la extracción de aguas subterráneas desde el bofedal de Lagunillas, lo que habría producido migración de comuneros y un menoscabo en la actividad económica base, explica que esto se produjo durante el 2002 y que actualmente no se ha producido. Por ello, a su juicio, no existe una relación precisa entre el impacto y las afectaciones alegadas, dado que las mismas tienen su origen en situaciones de hecho consolidadas y reparadas anteriormente. Estima que no existe infracción al deber de consulta establecido en el Convenio 169, dado que ha cumplido con el estándar exigido por el citado convenio.

Además, expresa que la recurrente ejerció en forma paralela el recurso de reclamación del artículo 29 de la Ley 19.300, con fecha 20 de noviembre de 2015,

contra la misma resolución, confirmando con ello la existencia de una vía idónea para la solución del conflicto.

Finaliza señalando que no existe vulneración de garantías constitucionales, atendido que el acto no tiene aptitud de agraviarlas, no pudiendo la Corte acoger el mismo en abstracto, entendiendo que la sola ilegalidad o arbitrariedad no trae aparejada por sí la afectación a una garantía constitucional, si no se demuestra la afectación de la misma.

Señala que los recurrentes estiman que se vulnera la garantía de igualdad ante la Ley, pero no reparan que la procedencia de la consulta indígena dice relación con la posibilidad de una afectación directa o impacto ambiental significativo, lo que no ocurrió en el procedimiento de evaluación ambiental, con la excepción de aquella comunidad que se negó a participar en el proceso de consulta.

En consecuencia, estima que se procedió a la consulta indígena al tenor de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT y dentro del marco de evaluación ambiental del Estudio de Impacto Ambiental “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, con aquellas comunidades que se encuentran dentro del área de influencia del proyecto y susceptibles de ser afectadas directamente por éste.

Solicita el rechazo de todos los recursos de protección deducidos, acompañando al efecto la documental que se guardó en custodia.

A fojas 536, se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 20 de la Constitución Política de la República concede, a quien por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías taxativamente señalados, la acción cautelar de protección a fin de impetrar del órgano jurisdiccional se adopten de inmediato las medidas o providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

De lo anterior se infiere que para su procedencia es requisito indispensable la existencia de un acto u omisión ilegal, es decir, contrario a derecho, en el

sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio, o bien, arbitrario, esto es, producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad significa carencia de razonabilidad en el actuar u omitir.

Asimismo, la arbitrariedad o ilegalidad del acto contra el cual se recurre debe aparecer de manifiesto sin necesidad de que en esta sede pueda rendirse prueba o valorarse otras circunstancias que ameriten un examen de mayor amplitud o profundidad, pues la característica de brevedad e inmediatez del recurso lo impide, existiendo para ello, los procedimientos ordinarios que la ley franquea.

SEGUNDO: Que conforme a lo expuesto en los recursos acumulados y a las peticiones formuladas en ellos, aparece que se pretende que esta Corte deje sin efecto la Resolución Exenta N° 69, de 1 de octubre de 2015, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto denominado “Continuidad Operacional de Cerro Colorado”, presentado por la Compañía Minera Cerro Colorado, sobre la base que dicha resolución vulneraría las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en su N° 1, es decir, el derecho a la vida, en su N° 2, esto es, la igualdad ante la Ley y en su N° 24, vale decir, el derecho de propiedad, basados principalmente en la omisión de la consulta indígena a sus respectivas comunidades indígenas, al tenor de lo señalado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación con lo previsto en las Leyes 19.300 y 19.253.

TERCERO: Que la autoridad recurrida al evacuar su informe, sostiene que la Resolución Exenta N° 69 ha sido dictada conforme a la legislación vigente, no existiendo ilegalidad ni arbitrariedad en dicho acto conclusivo, señalando que el recurso de protección no es la vía idónea para el fin perseguido por los recurrentes, como es que se deje sin efecto la Resolución en cuestión, toda vez que se trata de un asunto que es de competencia de los Tribunales Ambientales, atendido su carácter técnico, añadiendo, además, que sí se realizó la consulta indígena, pero con participación de las comunidades susceptibles de ser afectadas por el proyecto sometido a evaluación ambiental, entre las cuales, de las

recurrentes, sólo estaba aquella que comparece a fojas 3, entidad que voluntariamente se restó de participar en el proceso, en tanto que los demás recurrentes si bien pretendieron participar en la consulta indígena, ello no fue posible al haberse dictado resoluciones que declararon que no estaban entre las comunidades susceptibles de ser afectadas, acto que en el caso de la recurrente de fojas 326 fue reclamado administrativamente, pero por decisión de la autoridad superior se mantuvo el criterio de exclusión.

CUARTO: Que conforme a los antecedentes aportados por los recurrentes, la autoridad recurrida y el tercero coadyuvante, valorados todos ellos conforme a las reglas de la sana crítica, es posible tener por asentados los siguientes hechos:

a) Que con fecha 18 de julio de 2013, ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto denominado “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, que se ubica en las comunas de Pozo Almonte y Pica, provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá, y cuyo objetivo es otorgar continuidad operacional a las actuales faenas hasta el año 2023, explotando sus reservas de mineral sin modificar el proceso y manteniendo el nivel de producción de cátodos de cobre actualmente autorizado, contemplando modificaciones en su operatividad, y en cuanto al abastecimiento del recurso hídrico, considera mantener la misma tasa de extracción actual de agua desde el campo de pozos ubicado en Pampa Lagunillas hasta el 2023.

b) Que al cumplir con los requisitos que debe tener un Estudio de Impacto Ambiental, según lo señalado en el artículo 12 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, el mismo fue distribuido a los Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental para su conocimiento y pronunciamiento, siendo publicado el extracto del referido Estudio en el Diario Oficial el día 31 de julio de 2013 y en el “Diario La Estrella de Iquique”, el 1 de agosto de 2013.

c) Que por lo anterior, y conforme a lo establecido en la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se dio inicio al proceso de Participación Ciudadana, por un plazo de 60 días hábiles, reconociendo los recurrentes de

autos expresamente su participación en dicho proceso de evaluación ambiental, por medio de las distintas observaciones que realizaron al proyecto.

d) Que con fecha 19 de diciembre del año 2013, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá dispuso, mediante Resolución Exenta N° 153, el inicio del proceso de consulta indígena del proyecto, señalando que éste se llevaría a efecto con los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas que “se encuentren dentro de su área de influencia y que sean susceptibles de ser afectados directamente por aquél y especialmente con las Comunidades Indígenas de Quipisca, Mamiña, Iquiuca y Parca”.

e) Que el Proceso de Consulta Indígena se extendió por casi dos años, lapso durante el cual las organizaciones indígenas de las localidades señaladas expresaron sus inquietudes respecto a otros componentes ambientales, y de este modo se generaron propuestas de compromisos voluntarios que se sumaron a las medidas acordadas con el titular del proyecto, por lo que se llegó a la suscripción de protocolos de acuerdo con las siguientes comunidades que participaron de la Consulta, en las fechas que se indican: Comunidad Indígena Quechua de Quipisca, el 21 de agosto de 2015; Asociación Indígena Cuenca Quipisca, el 27 de agosto de 2015; Comunidad Indígena Quechua de Iquiuca, el 26 de agosto de 2015; Comunidad Indígena Quechua de Mamiña, el 02 de septiembre de 2015; Asociación Indígena Kespi-Kala de Mamiña, el 14 de agosto de 2015; Comunidad Indígena Aymara de Parca, el 21 de agosto de 2015.

f) Que en el caso de la Asociación Indígena Quechua Mamiña Unida, una de las recurrentes, habiendo ésta formulado observaciones al proceso de evaluación, dentro del procedimiento de Participación Ciudadana, se enviaron comunicaciones por correo electrónico para obtener su participación en el Proceso de Consulta Indígena, asistiendo sus dirigentes a algunas reuniones, por lo que tuvieron cabal conocimiento del proceso, sin llegar a formular alguna presentación comunicando su voluntad de participar, ni tampoco formularon oposición al proceso, de manera que con fecha 18 de junio de 2015, el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá procedió a poner término al proceso de consulta indígena respecto de dicha Asociación, en virtud de la Resolución Exenta N° 040/2014, que

fue notificada por carta certificada, sin que la Asociación recurrente efectuara alguna presentación para reclamar respecto de dicha decisión.

g) Que en el caso de los recurrentes “Pueblos unidos de la cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñe”, “Asociación Indígena Aymara Urbana Consejo Provincial Aymara o Copray”, “Comunidad Indígena Aymara de Coscaya” y “Comunidad Indígena Aymara de Limaxiña”, el fundamento de su pretensión para ser partícipes del Proceso de Consulta Indígena, se basa en la posible interconexión del acuífero de Coscaya con el Acuífero Pampa Lagunillas, pero no han explicitado ningún impacto ambiental concreto de los señalados en el artículo 11 de la Ley 19.300, y que sea provocado por el proyecto, de manera que su no inclusión en el proceso de consulta se sustenta en la falta de susceptibilidad de afectación directa del proyecto.

h) Que en el caso de los recurrentes pertenecientes a las familias Ticuna Vilca, Vilca Mamani, Ticuna Flores, de la Comunidad de Lirima, ellos formularon diferentes observaciones en el proceso de participación ciudadana, las que fueron ponderadas y respondidas por la autoridad ambiental en su momento, tratándose de cuestiones eminentemente técnicas que fueron objeto de análisis por los Servicios Públicos que participaron en la evaluación del proyecto, descartándose la existencia de efectos ambientales significativos respecto de ellos, por lo que no fueron incluidos en el Proceso de Consulta Indígena respectivo.

i) Que en el caso de la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa, se dictó la Resolución Exenta N° 1200, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, de fecha 11 de septiembre de 2015, que en definitiva rechazó su solicitud de inclusión en el Proceso de Consulta Indígena, dada la ausencia de susceptibilidad de afectación directa a su respecto que justificara su inclusión en el mismo.

j) Que esta misma Comunidad Indígena, con fecha 20 de noviembre de 2015, presentó recurso de reclamación en contra de la Resolución de Calificación Ambiental, al tenor de lo previsto en los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300, a fin de que el Comité de Ministros la conozca y resuelva.

QUINTO: Que sobre la base de los hechos precedentemente señalados, se debe considerar, en cuanto a si el recurso de protección resulta ser una vía idónea para los fines pretendidos por los recurrentes, que no obstante señalar el artículo 20 de la Constitución Política, en su parte final, que la interposición de la acción constitucional de protección, lo es sin perjuicio de otros derechos que puedan hacerse valer ante las autoridades o los Tribunales competentes, no es menos cierto que en virtud de la Ley 20.600, de fecha 28 de junio de 2012, se crearon los Tribunales Ambientales, otorgándose a éstos competencia para conocer de las controversias medioambientales, y precisamente entre aquellas materias o rubros que se encuentran dentro de su competencia está la petición formulada en estos autos acumulados, esto es, que se deje sin efecto una Resolución Exenta que calificó favorablemente una Evaluación de Impacto Ambiental.

En efecto, el artículo 17 N° 6 de la citada Ley señala que: “Los Tribunales Ambientales serán competentes para: Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo, cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley”.

Luego, son estos Tribunales los llamados a conocer la solicitud de invalidación de una Resolución de Calificación Ambiental, conforme se puede desprender de la nueva institucionalidad ambiental establecida en las Leyes 19.300 y 20.600, dado que se permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica que habiendo intervenido en el proceso de participación ciudadana, sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en la Resolución de Calificación Ambiental, y en el presente caso, los recurrentes han reconocido haber participado al menos en el procedimiento de participación ciudadana.

En consecuencia, si los recurrentes han pedido a esta Corte invalidar una Resolución de Calificación Ambiental dictada por la autoridad técnica competente, señalando que en su dictación contiene vicios de legalidad, esa pretensión deberá

ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad creada, considerando también que por la naturaleza de algunas de las alegaciones efectuadas por los recurrentes para que se les incluyera en la Consulta Indígena, ellas son de carácter eminentemente técnico, requiriendo un análisis más profundo y con los conocimientos especializados propios de los Tribunales Ambientales, que se encuentran avocados exclusivamente a este tipo de conflictos.

SEXTO: Que aún cuando lo dicho bastaría para desestimar las acciones de protección deducidas, resulta útil referir que ha quedado asentado debidamente, a diferencia de lo sostenido por los recurrentes, que sí se hizo la consulta a los pueblos indígenas, conforme a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, mediante la dictación de la Resolución N° 153, de 19 de diciembre de 2013, de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá, proceso de consulta que se realizó con instituciones representativas de los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas asentados en las localidades de Quipisca, Parca, Iquiuca y Mamiña, arribándose a Protocolos de Acuerdo con el titular del proyecto.

En el caso de la Asociación Indígena Quechua Mamiña Unida, si bien fue llamada a participar, en definitiva no lo hizo, por lo que a su respecto se puso término al proceso con la Resolución Exenta N° 040/2014, que le fue notificada legalmente, sin que efectuara reclamación de esa decisión, de modo que corresponde desestimar su acción cautelar, tanto porque resulta extemporánea, como porque a su respecto se cumplió con la ley.

SÉPTIMO: Que en cuanto a los recurrentes “Pueblos unidos de la cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñe”, “Asociación Indígena Aymara Urbana Consejo Provincial Aymara o Copray”, “Comunidad Indígena Aymara de Coscaya”, “Comunidad Indígena Aymara de Limaxiña” y familias Ticuna Vilca, Vilca Mamani, Ticuna Flores, pertenecientes a la Comunidad de Lirima, tampoco podrán prosperar las acciones cautelares por ellos deducidas, toda vez que para que hubiera sido procedente su inclusión en el proceso de consulta indígena, era necesario que acreditaran previamente la existencia de una afectación directa o un impacto ambiental significativo derivado del proyecto en

evaluación, lo que no ocurrió en el presente caso, ya que las alegaciones y cuestiones técnicas que plantearon en su momento, fueron debidamente analizadas por los Servicios Públicos que participaron en la evaluación del proyecto, descartándose la existencia de efectos ambientales significativos respecto de estos recurrentes.

OCTAVO: Que igual predicamento habrá de adoptarse en relación a la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa, toda vez que no acreditó o demostró una susceptibilidad de afectación directa que justificara su inclusión en el proceso de consulta indígena, pues las medidas a ser consultadas en ese proceso deben decir estricta relación con impactos ambientales significativos producidos por un determinado proyecto o actividad que se encuentre en actual evaluación ambiental, y en ese contexto es que la autoridad ambiental dictó la Resolución Exenta N° 1200, de fecha 11 de septiembre de 2015, rechazando su solicitud de inclusión en ese proceso, decisión que vino a poner término a sus objeciones y reclamos previos, en que incluso intervino la Contraloría General de la República.

Cabe añadir que el Servicio de Evaluación Ambiental es el organismo llamado a determinar la existencia de impactos ambientales significativos sobre el medio humano, y en especial sobre los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, sin que corresponda a otro organismo del Estado atribuirse dicha función. Luego, las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa ambiental, lo han sido en el ejercicio de sus competencias propias, realizando un completo análisis de todas las afectaciones alegadas, por lo que no se divisa en ese proceder arbitrariedad alguna.

Por lo demás, tampoco aparece la vulneración de un derecho indubitado de los recurrentes, que necesariamente deba restablecerse mediante la acción constitucional de protección.

NOVENO: Que también respecto de la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa se debe tener presente que ella ejerció su derecho a impugnar la Resolución Exenta N° 69, pidiendo su invalidación mediante el recurso de reclamación ante el Comité de Ministros, siguiendo el procedimiento contemplado por la legislación vigente, según aparece de los documentos acompañados al

Informe de la recurrida, lo que revela que el asunto se encuentra ya sometido a la resolución de una instancia competente, siendo ello otro motivo para desestimar su recurso de protección.

DÉCIMO: Que en consecuencia, no concurriendo los presupuestos para que las acciones cautelares prosperen, esto es, que se haya incurrido en un acto ilegal y arbitrario y que hayan sido conculcados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes, ellas serán rechazadas.

Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **SE RECHAZAN** las acciones constitucionales deducidas en lo principal de fojas 3, 53, 67 y 326, sin costas.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro señor Pedro Gúiza Gutiérrez.

Rol I. Corte N° 758-2015 y acumulados N° 763, 764 y 784-2015.

Pronunciada por los Ministros Titulares Sr. ERICO GATICA MUÑOZ, Sra. MÓNICA OLIVARES OJEDA y Sr. PEDRO GÜIZA GUTIÉRREZ. No firma la Ministro Sra. OLIVARES OJEDA, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo por encontrarse ausente, en comisión de servicios. Autoriza don DAVID SEPÚLVEDA CID, Secretario Subrogante.

En Iquique, a quince de diciembre de dos mil quince, notifiqué por el estado diario la sentencia que antecede.

ANÁLISIS SENTENCIA NÚMERO CUATRO

TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES DE PROYECTOS INCONSULTOS

1.- Identificación

1.1.- Tribunal que dictó la sentencia: Corte de Apelaciones de Iquique.

1.2.- Fecha de la sentencia: 15 de diciembre de 2015.

1.3.- ROL de la sentencia: 758-2015. Se acumulan los Roles 763, 764 y 784-2015.

1.4.- Recurrentes: Rol N° 758 Marcela Bacian Paycho, por sí y en representación de la “Asociación Indígena Quechua Mamiña Unida”, Andrés Estica Bustos, María del Carmen Cautín Leyva, Nicanor Salas Cautín, Jesús Carrillo Urrutia, María Inés Vernal Villarroel y Norma Bacian Paycho.

Rol N° 763-2015, Alejandro Capetillo Caqueo, por sí y en representación de los “Pueblos unidos de la cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñe”; Teodoro Papic Ilaja y Teolinda Baltazar Mamani, por la “Asociación Indígena Aymara Urbana Consejo Provincial Aymara o Copray”; Elías Mamani Cáceres, en representación de la “Comunidad Indígena Aymara de Coscaya”; Zenón Pérez Rivera, Rigoberto Barreda Rios, Aline Papic Tiaina, y Marcelo Condore Vilca, por la “Comunidad Indígena Aymara de Limaxiña”; Haroldo Cáceres Ticona, Carmen Álvarez Tiaina y Margarita Quispe Platera, por sí.

Rol N° 764-2015, Jaime Ticuna Vilca, Jorge Ticuna Vilca, Soledad Ticuna Vilca, Victoria Vilca García, Roxana Herrera Soto, Hilda Flores Moscoso, Rosa Vicenta Ticuna Flores, Madelaine Baltazar Ticuna, Vanessa Moscoso Ticuna, Loreto Moscoso Ticuna, Armando Ticuna Vilca, Alberto Ticuna Vilca, Edith Ticuna Vilca, Janett Viza Torres, Deisy Mamani Ticuna, Yolis Ticuna Ticuna, Iván Mamani Ticuna y doña Maribel Ticuna Flores.

Rol N° 784-2015, Comunidad Indígena Aymara Cancosa.

1.5.- Recurrido: Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá.

1.6.- Tercero Coadyuvante de la recurrida: Compañía Minera Cerro Colorado en su calidad de titular del proyecto.

1.7.- Datos de publicación de la sentencia o de disponibilidad informática:
<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

1.8.- Decisión o resolución: no se hace lugar a la acción interpuesta en consideración a encontrarse plenamente vigentes los Tribunales Ambientales. El comentario se realizará sólo sobre la vía idónea para reclamar la falta de consulta indígena en proyectos de inversión, toda vez, que la CS mediante sentencia Rol N° 37.777-2015 de fecha 14 de marzo de 2016 al reproducir la sentencia de alzada, elimina los considerandos que se pronuncian sobre el fondo de las acciones deducidas.

2.- Resumen de la sentencia

2.1.- Actuaciones procesales:

A fojas 3, comparecen Marcela Bacia Paycho y Otros

A fojas 53, en el Ingreso Corte N° 763-2015, comparecen Alejandro Capetillo Caqueo y Otros

A fojas 67, en el Ingreso Corte Rol 764-2015, comparecen Jaime Ticuna Vilca Y Otros.

A fojas 407, se adhiere al recurso de protección N° 764-2015, doña Maribel Ticuna Flores,

A fojas 326, en el Ingreso Corte N° 784-2015, comparece la Comunidad Indígena Aymara Cancosa

A fojas 390, se hace parte la Compañía Minera Cerro Colorado

A fojas 447, rola informe de la recurrida

A fojas 536, se trajeron los autos en relación

2.2.- Hechos juzgados: Los hechos Juzgados por el Tribunal son los siguientes:

La existencia de vulneración de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 1, 2 y 24, reclamadas por los recurrentes en relación al proyecto calificado favorable mediante un EIA denominado “Continuidad Operacional Cerro Colorado” a través de la RCA N° 69 de octubre de 2015 la cual habría faltado al deber de consulta del Convenio 169 de la OIT. Como cuestión previa la CA de Iquique se pronuncia sobre la existencia de los TA, siendo la vía idónea para recurrir en contra de RCA aprobatorias.

La CS sólo se pronunció sobre la existencia de los TA como vía idónea para reclamar de ilegalidades cometidas en la evaluación ambiental y no reiteró los fundamentos de fondo que dio la CA de Iquique para rechazar los recursos interpuestos.

2.3.- Teoría del caso del actor: Los recurrentes, todos pertenecientes a etnias indígenas de la Región de Tarapacá, donde se emplaza el proyecto, accionan de protección en contra de la Resolución Exenta N°69 de fecha 1 de octubre de 2015 que aprobó el “Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado” solicitando dejarla sin efecto y adoptar las medidas administrativas necesarias para el adecuado restablecimiento del estado de derecho, por considerarla un acto ilegal, toda vez, que la recurrida no habría cumplido las obligaciones contenidas en la legislación nacional e internacional, contraviniendo con ello la igualdad ante la Ley, añadiendo que el reproche radica en la falta al deber de consulta a los pueblos indígenas, en los términos previstos en el Convenio 169 de la OIT, omitiendo la entrega a los recurrentes de información relevante y definición completa de los impactos asociados al proyecto, situándolos en desventaja en cuanto al conocimiento previo e informado. Agregan además que el titular del proyecto no considera afectación al predio “Pampa Lirima” y el daño acumulativo y sinérgico realizado a las forma de vida en la instalación y puesta en marcha del proyecto, siendo excluidos del proceso de consulta.

Al parecer de las comunidades recurrentes, la resolución vulneraría las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 1, 2, y 24, al ser un acto ilegal, porque además de infringir la obligación de fundamentación de los actos

administrativos, infringe el Convenio 169 de la OIT, en relación a la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente y a la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en cuanto dichas normas exigen consulta indígena a aquellas comunidades que pudieren resultar afectadas. De igual manera, los recursos acumulados señalaron que dicha resolución también es arbitraria, pues el Servicio de Evaluación Ambiental excluyó a determinados pueblos originarios, por estimar a priori que no existe afectación directa. Concluyen que lo anterior incumple lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, en cuanto atendido el impacto que puede generar un proyecto en las distintas comunidades, resulta indispensable el consentimiento previo, libre e informado en la consulta, y no para establecer cuando procede la consulta.

2.4.- Medios de prueba del actor: No hubo.

2.5.- Teoría del caso del sujeto pasivo: La Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá en su informe solicitó el rechazo de todos los recursos argumentando que en éstos existe una falta de idoneidad, en cuanto el objeto materia del mismo tiene un procedimiento establecido, que se encuentra en los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, así como también el artículo 17 N° 8 de la Ley 20.600, ambos tramitados ante sedes diversas. Continúan señalando que el conocimiento del recurso interpuesto implica el uso de consideraciones técnicas que exceden la sede constitucional, debiendo dirimirse sobre conocimientos técnicos y jurídicos y que lo que buscan los recurrentes en sede de protección es evitar un pronunciamiento declarativo de lato conocimiento. Asimismo, indica que los recurrentes omiten señalar que durante la evaluación ambiental se analizó por más de 20 órganos de la Administración cada una de las materias invocadas por ellos. Por ende, los recursos cuestionan las conclusiones de la evaluación del proyecto y la calificación por parte de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá.

Razona que la actuación de la Comisión de Evaluación como también del Servicio de Evaluación Ambiental, ambos de la región, han cumplido con las obligaciones que establece la normativa referida a la consulta previa, libre e

informada, al tenor de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, no produciéndose las vulneraciones alegadas, siendo dicha consulta, previa, libre e informada, de buena fe, con instituciones representativas susceptibles de ser afectadas directamente por el proyecto a través de procedimientos adecuados y previamente consensuados.

Refiere que no existe vulneración de garantías constitucionales, atendido que el acto no tiene aptitud de agraviarlas, no pudiendo la Corte acoger el recurso en abstracto, entendiendo que la sola ilegalidad o arbitrariedad no trae aparejada por sí la afectación a una garantía constitucional, si no se demuestra la afectación de la misma. Señala de igual manera que los recurrentes estiman que se vulnera la garantía de igualdad ante la Ley, pero no reparan que la procedencia de la consulta indígena dice relación con la posibilidad de una afectación directa o impacto ambiental significativo, lo que no ocurrió en el procedimiento de evaluación ambiental. Finaliza indicando que se procedió a la consulta indígena al tenor de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT y dentro del marco de evaluación ambiental del Estudio de Impacto Ambiental “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, con aquellas comunidades que se encuentran dentro del área de influencia del proyecto y susceptibles de ser afectadas directamente por éste.

2.6.- Medios de prueba del sujeto pasivo: No hubo.

2.7.- Hechos declarados como probados por el tribunal: No procede, porque la discusión no es un problema sobre vulneración de garantías constitucionales.

2.8.- Argumentación del tribunal: La Corte de Apelaciones de Iquique se pronuncia sobre la plena vigencia de los Tribunales Ambientales, siendo éstos la vía idónea para reclamar sobre los presupuestos que dan origen a la consulta indígena en proyectos sometidos al SEIA.

Se analizará en este comentario sólo la vía idónea, por ser éstos los considerandos reproducidos por la Corte Suprema. De igual manera se analizará lo resuelto por la C.S.

El Tribunal de protección hace un análisis de las exigencias para que proceda la acción constitucional, agregando que éste tiene por objeto poner pronto remedio a la infracción de garantías constitucionales señaladas en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental. Asimismo, agrega que la arbitrariedad o ilegalidad del acto contra el cual se recurre debe aparecer de manifiesto sin necesidad de que en sede de protección pueda rendirse prueba o valorarse otras circunstancias que ameriten un examen de mayor amplitud o profundidad, pues la característica de brevedad e inmediatez del recurso lo impide, existiendo para ello, los procedimientos ordinarios que la ley franquea.

Refiere la CA que conforme a lo expuesto en los recursos acumulados, la Resolución Exenta N° 69, de 1 de octubre de 2015 vulneraría las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en sus numerales 1, 2 y 24 basados principalmente en la omisión de la consulta indígena a sus respectivas comunidades indígenas, al tenor de lo señalado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación con lo previsto en las Leyes 19.300 y 19.253.

Señala que conforme a lo establecido en la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se realizó el proceso de Participación Ciudadana, por un plazo de 60 días hábiles, donde los recurrentes reconocieron expresamente su participación en dicho proceso de evaluación ambiental, por medio de las distintas observaciones que realizaron al proyecto y que incluso una de las recurrentes presentó recurso al tenor de lo previsto en los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300.

La CA de Iquique razona que no obstante señalar el artículo 20 de la Constitución Política, en su parte final, que la interposición de la acción constitucional de protección, lo es sin perjuicio de otros derechos que puedan hacerse valer ante las autoridades o los Tribunales competentes, en virtud de la Ley 20.600, de fecha 28 de junio de 2012, se crearon los Tribunales Ambientales, otorgándose a éstos competencia para conocer de las controversias medioambientales y por tanto son éstos los llamados a conocer la solicitud de invalidación de una Resolución de Calificación Ambiental, conforme se puede

desprender de la nueva institucionalidad ambiental, en especial cuando se ha intervenido en el proceso de participación ciudadana y sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en la Resolución de Calificación Ambiental.

2.9.- Decisión o resolución del caso. La sentencia rechaza la acción deducida, pronunciándose sobre la competencia de los Tribunales Ambientales para conocer de las contiendas medioambientales, siendo la vía idónea para las alegaciones que fueron interpuestas en sede de protección.

3.- Análisis de la argumentación

3.1.- Problema jurídico: El problema jurídico que se analizará es ¿cuál es el procedimiento contemplado en la LTA, que sea rápido y eficaz para resolver si un proyecto evaluado en el SEIA, requiere la aplicación del Convenio 169 de la OIT?

3.2.- Argumentación del juez: La CA de Iquique señala que conforme a lo expuesto en los recursos acumulados y a las peticiones formuladas en ellos, aparece que se pretende se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 69, de 1 de octubre de 2015, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto denominado “Continuidad Operacional de Cerro Colorado”, presentado por la Compañía Minera Cerro Colorado, sobre la base que dicha resolución vulneraría las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en su N° 1, es decir, el derecho a la vida, en su N° 2, esto es, la igualdad ante la Ley y en su N° 24, vale decir, el derecho de propiedad, basados principalmente en la omisión de la consulta indígena a sus respectivas comunidades indígenas, al tenor de lo señalado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación con lo previsto en las Leyes 19.300 y 19.253.

Ya en el considerando cuarto la CA de Iquique da por asentados ciertos hechos, entre los cuales se encuentran: a) Que con fecha 18 de julio de 2013, ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto denominado “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, que se ubica en las comunas de Pozo Almonte y Pica, provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá, y cuyo objetivo es otorgar continuidad operacional a las actuales faenas hasta el año 2023, explotando sus reservas de mineral sin modificar el proceso y manteniendo el nivel de producción de cátodos de cobre actualmente autorizado, contemplando modificaciones en su operatividad, y en cuanto al abastecimiento del recurso hídrico, considera mantener la misma tasa de extracción actual de agua desde el campo de pozos ubicado en Pampa Lagunillas hasta el 2023.

b) Que al cumplir con los requisitos que debe tener un Estudio de Impacto Ambiental, según lo señalado en el artículo 12 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, el mismo fue distribuido a los Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental para su conocimiento y pronunciamiento, siendo publicado el extracto del referido Estudio en el Diario Oficial el día 31 de julio de 2013 y en el “Diario La Estrella de Iquique”, el 1 de agosto de 2013.

c) Que por lo anterior, y conforme a lo establecido en la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se dio inicio al proceso de Participación Ciudadana, por un plazo de 60 días hábiles, reconociendo los recurrentes de autos expresamente su participación en dicho proceso de evaluación ambiental, por medio de las distintas observaciones que realizaron al proyecto.

d) Que con fecha 19 de diciembre del año 2013, la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá dispuso, mediante Resolución Exenta N° 153, el inicio del proceso de consulta indígena del proyecto, señalando que éste se llevaría a efecto con los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas que “se encuentren dentro de su área de influencia y que sean

susceptibles de ser afectados directamente por aquél y especialmente con las Comunidades Indígenas de Quipisca, Mamiña, Iquiuca y Parca”.

e) Que el Proceso de Consulta Indígena se extendió por casi dos años, lapso durante el cual las organizaciones indígenas de las localidades señaladas expresaron sus inquietudes respecto a otros componentes ambientales, y de este modo se generaron propuestas de compromisos voluntarios que se sumaron a las medidas acordadas con el titular del proyecto, por lo que se llegó a la suscripción de protocolos de acuerdo con las siguientes comunidades que participaron de la Consulta, en las fechas que se indican: Comunidad Indígena Quechua de Quipisca, el 21 de agosto de 2015; Asociación Indígena Cuenca Quipisca, el 27 de agosto de 2015; Comunidad Indígena Quechua de Iquiuca, el 26 de agosto de 2015; Comunidad Indígena Quechua de Mamiña, el 02 de septiembre de 2015; Asociación Indígena Kespi-Kala de Mamiña, el 14 de agosto de 2015; Comunidad Indígena Aymara de Parca, el 21 de agosto de 2015.

f) Que en el caso de la Asociación Indígena Quechua Mamiña Unida, una de las recurrentes, habiendo ésta formulado observaciones al proceso de evaluación, dentro del procedimiento de Participación Ciudadana, se enviaron comunicaciones por correo electrónico para obtener su participación en el Proceso de Consulta Indígena, asistiendo sus dirigentes a algunas reuniones, por lo que tuvieron cabal conocimiento del proceso, sin llegar a formular alguna presentación comunicando su voluntad de participar, ni tampoco formularon oposición al proceso, de manera que con fecha 18 de junio de 2015, el Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá procedió a poner término al proceso de consulta indígena respecto de dicha Asociación, en virtud de la Resolución Exenta N° 040/2014, que fue notificada por carta certificada, sin que la Asociación recurrente efectuara alguna presentación para reclamar respecto de dicha decisión.

g) Que en el caso de los recurrentes “Pueblos unidos de la cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñe”, “Asociación Indígena Aymara Urbana Consejo Provincial Aymara o Copray”, “Comunidad Indígena Aymara de Coscaya” y “Comunidad Indígena Aymara de Limaxiña”, el fundamento de su pretensión para ser partícipes del Proceso de Consulta Indígena, se basa en

la posible interconexión del acuífero de Coscaya con el Acuífero Pampa Lagunillas, pero no han explicitado ningún impacto ambiental concreto de los señalados en el artículo 11 de la Ley 19.300, y que sea provocado por el proyecto, de manera que su no inclusión en el proceso de consulta se sustenta en la falta de susceptibilidad de afectación directa del proyecto.

h) Que en el caso de los recurrentes pertenecientes a las familias Ticuna Vilca, Vilca Mamani, Ticuna Flores, de la Comunidad de Lirima, ellos formularon diferentes observaciones en el proceso de participación ciudadana, las que fueron ponderadas y respondidas por la autoridad ambiental en su momento, tratándose de cuestiones eminentemente técnicas que fueron objeto de análisis por los Servicios Públicos que participaron en la evaluación del proyecto, descartándose la existencia de efectos ambientales significativos respecto de ellos, por lo que no fueron incluidos en el Proceso de Consulta Indígena respectivo.

i) Que en el caso de la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa, se dictó la Resolución Exenta N° 1200, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, de fecha 11 de septiembre de 2015, que en definitiva rechazó su solicitud de inclusión en el Proceso de Consulta Indígena, dada la ausencia de susceptibilidad de afectación directa a su respecto que justificara su inclusión en el mismo.

j) Que esta misma Comunidad Indígena, con fecha 20 de noviembre de 2015, presentó recurso de reclamación en contra de la Resolución de Calificación Ambiental, al tenor de lo previsto en los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300, a fin de que el Comité de Ministros la conozca y resuelva.

En el considerando quinto la CA desarrolla la *ratio decidendi* al referir “Que sobre la base de los hechos precedentemente señalados, se debe considerar, en cuanto a si el recurso de protección resulta ser una vía idónea para los fines pretendidos por los recurrentes, que no obstante señalar el artículo 20 de la Constitución Política, en su parte final, que la interposición de la acción constitucional de protección, lo es sin perjuicio de otros derechos que puedan hacerse valer ante las autoridades o los Tribunales competentes, no es menos cierto que en virtud de la Ley 20.600, de fecha 28 de junio de 2012, se crearon los

Tribunales Ambientales, otorgándose a éstos competencia para conocer de las controversias medioambientales, y precisamente entre aquellas materias o rubros que se encuentran dentro de su competencia está la petición formulada en estos autos acumulados, esto es, que se deje sin efecto una Resolución Exenta que calificó favorablemente una Evaluación de Impacto Ambiental”. El tribunal de protección argumenta su decisión indicando que el artículo 17 N° 6 de la citada Ley señala que: “Los Tribunales Ambientales serán competentes para: Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo, cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley”. En el presente caso, los recurrentes han reconocido haber participado al menos en el procedimiento de participación ciudadana.

Concluye, si los recurrentes han pedido a esa Corte invalidar una Resolución de Calificación Ambiental dictada por la autoridad técnica competente, señalando que en su dictación contiene vicios de legalidad, esa pretensión deberá ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad creada, considerando también que por la naturaleza de algunas de las alegaciones efectuadas por los recurrentes para que se les incluyera en la Consulta Indígena, ellas son de carácter eminentemente técnico, requiriendo un análisis más profundo y con los conocimientos especializados propios de los Tribunales Ambientales, que se encuentran avocados exclusivamente a este tipo de conflictos.”

3.3.- Argumentación de la CS: Se analizará lo sentenciado por la C.S., ya que ésta al confirmar la sentencia de la CA de Iquique, sólo se refiere a la sede correspondiente.

El máximo tribunal razona sobre el recurso de protección, señalando que éste constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de

resguardo de carácter urgente que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

A partir del considerando tercero la C.S. desarrolla la *ratio decidendi* al señalar que al estar vigentes los Tribunales Ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies -precepto que contempla la revisión de la resolución de calificación ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto-; 26 y 28, normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final, y, finalmente los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, disposiciones que permiten deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental.

En el considerando cuarto concluye “Que de lo razonado se sigue que si los recurrentes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento alguno de un derecho que haya de restablecerse de manera urgente mediante la acción cautelar intentada.”

3.4.- Argumentación dogmática y opinión del autor del análisis de la sentencia.

En el mensaje⁸⁶ de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales se

⁸⁶ Por tal motivo, los sistemas democráticos han tratado de buscar equilibrios. Por un lado, dotando a los organismos administrativos de competencias regulatorias y de sanción, que busquen una finalidad de disuasión efectiva (y no una retributiva) para promover cumplimientos y por la otra, establecer un mecanismo efectivo de revisión judicial de las intervenciones de las autoridades públicas.

Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder

señala el objetivo que el ejecutivo persiguió al promover su creación, respondiendo a la necesidad de controlar los actos provenientes de la Administración Pública ambiental, en particular de la SMA, y de facilitar el acceso a la justicia en el ámbito ambiental.⁸⁷

Durante un largo período la CS revocó, conociendo de recursos de protección, RCA de proyectos sometidos al SEIA por considerar que ésta vulneraba derechos constitucionales. Para Cordero⁸⁸, somos testigos de lo que la literatura legal denomina “control intenso de la discrecionalidad”. Ello sucede cuando la revisión judicial no solo verifica la idoneidad formal del acto (competencia, procedimiento, motivación, fin) sino que sostiene su resolución sobre el control del expediente administrativo, desde el cual afirma su control sobre un estándar legal, actuado como un verdadero contencioso de nulidad de un procedimiento administrativo complejo como es el SEIA. Así los recursos en causa Rol Ingreso Corte 258-2011⁸⁹, 6062-2010⁹⁰, 10.090-2011⁹¹ y 11.040-2011⁹²,

público, en especial de la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable.

Esto explica por qué resulta necesario crear un tribunal, pero concretamente el de un tribunal especializado. Medio Ambiente es un buen espacio para conjugar ese equilibrio. En el está en juego el bienestar de la comunidad, pero también el derecho de personas específicas que puedan verse afectadas por las decisiones de la autoridad pública.

Por tal motivo el Ejecutivo ha accedido a la creación de un Tribunal Ambiental, pero en el contexto de un acceso a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos en éstas materias, de modo de no restringir su competencia sólo al control de las decisiones de la Superintendencia, si no que también ampliarlo a todo el contencioso de la Ley No 19.300, permitiendo de ese modo, el igual acceso a la jurisdicción a todos los ciudadanos. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4429/> (visita 14 de agosto de 2016)

⁸⁷ BERMÚDEZ, Jorge (2015). “*Fundamentos de Derecho Ambiental*”. 2ª Edición. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 549 pp., p. 2519.

⁸⁸ CORDERO Luis (2012). “Corte Suprema y el Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”. *Anuario de Derecho Público UDP* pag 359-375. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/18_Cordero.pdf (Visita 8 de julio de 2016)

⁸⁹ Corte Suprema, 13 de julio de 2011, Recurso de Protección ROL N° 258-2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

⁹⁰ Corte Suprema, 04 de enero de 2010, Recurso de Protección ROL N° 6062-2010. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

⁹¹ Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, Recurso de Protección ROL N° 10.090-2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

dejaron sin efecto las RCA aprobatorias de proyectos de inversión, en especial con componente indígena, sentando una tendencia sobre la existencia de afectación directa, siendo necesario evaluar los proyectos recurridos, mediante un EIA y no una DIA, para así realizar el proceso de consulta indígena que establece el convenio 169 de la OIT.

Dando un vuelco a lo que se venía haciendo a la fecha, la Tercera Sala de la Corte Suprema ha sustentado a partir del año 2014 un criterio uniforme al razonar que, no es procedente el recurso de protección si la institucionalidad consagra mecanismos de impugnación de la Resolución de Calificación Ambiental. Sin embargo, ya en el año 2013 la CA de Valparaíso en causa sobre protección Rol Ingreso Corte 1339-2013⁹³ rechazó una acción cautelar deducida en contra del proyecto aprobado mediante una DIA denominado, “Planta de Procesamiento y Purificación de Metales Preciosos” en consideración a los procedimientos establecidos en la Ley 20.600.

La tendencia de la CS ha quedado demostrada en los autos Rol 26198-2014⁹⁴; Rol 27165-2014⁹⁵; Rol 11299-2014⁹⁶; Rol 6590-2014⁹⁷; Rol 8774-2014⁹⁸; Rol 28745-2014⁹⁹; Rol 707-2015¹⁰⁰ y Rol 10640-2015¹⁰¹, los que han rechazado

⁹² Corte Suprema, 30 de marzo de 2012, Recurso de Protección ROL N° 11.040-2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

⁹³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de julio de 2013, Recurso de Protección (ROL N° 1.339-2013). Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> (fecha de visita 29 de agosto de 2015)

⁹⁴ Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014, Recurso de Protección ROL N°26.198-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

⁹⁵ Corte Suprema, 25 de noviembre de 2014, Recurso de Protección ROL N° 27.165-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

⁹⁶ Corte Suprema, 7 de octubre de 2014, Recurso de Protección ROL N°11.299-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

⁹⁷ Corte Suprema, 4 de agosto de 2014, Recurso de Protección ROL N°6590-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

⁹⁸ Corte Suprema, 21 de agosto de 2014, Recurso de Protección ROL N°8774-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

⁹⁹ Corte Suprema, 30 de enero de 2015, Recurso de Protección ROL N°28.745-2014. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

los recursos de protección incoados por encontrarse vigentes los Tribunales Ambientales.

La sentencia en análisis, al igual que lo resuelto por la CS, se relaciona directamente con la instauración de los TA, órgano jurisdiccional cuya competencia se encuentra establecida en la Ley 20.600¹⁰² y que dicen relación, entre otras, a la legalidad de los instrumentos de gestión ambiental y de las normas y actos administrativos vinculados a ellos, esto es, el denominado contencioso-administrativo. Lo resuelto por la sentencia que se comenda, sigue la línea de lo hasta ahora sustentado por la CS.

Nos parece que la sentencia de la CP de Iquique y la confirmación por la CS, en lo que respecta al tribunal competente para reclamar de los actos impugnatorios de las RCA, se ajusta a los fines perseguidos en la creación de este acceso a la justicia especializado, concordando en este punto con el mensaje enviado por el ejecutivo al congreso. Lo anterior, basado en las competencias que detenta el TA, en especial las señaladas en el artículo 17 N° 5¹⁰³, 6¹⁰⁴ y 8¹⁰⁵, en la

¹⁰⁰ Corte Suprema, 13 de abril de 2015, Recurso de Protección ROL N°707-2015. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

¹⁰¹ Corte Suprema, 10 de noviembre de 2015, Recurso de Protección ROL N°10.640-2015. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

¹⁰² Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales

¹⁰³ Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

¹⁰⁴ 6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

¹⁰⁵ 8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

medida que son estos tribunales especializados los llamados a revisar los actos de la administración del Estado que se dicten conforme a la Ley 19.300¹⁰⁶.

Ahora bien, y siguiendo el criterio de la sentencia en análisis, si abierto un proceso de PAC en la evaluación de un proyecto, donde los integrantes de etnias indígenas participaron haciendo observaciones, corresponde entonces que éstos agoten las vías y procedimientos contemplados en la ley particular, cuando consideren ser afectados por la dictación del acto. Que sólo una vez resueltos, se encuentran facultados para acudir a la justicia ambiental, quien mediante la aplicación del artículo 17 N° 6, tramitará la solicitud a través del procedimientos de lato conocimiento, donde se ventilarán fundamentos técnicos-ambientales que deben ser enunciados en sus sentencias, por aplicación del artículo 170 del CPC, siendo su falta causal de casación en la forma.

Sin embargo, consideramos que la sentencia analizada, no aprecia en su justa medida la existencia de al menos una comunidad indígena y un miembro de un grupo humano indígena que no fueron partícipes en el proceso de evaluación del proyecto impugnado, ya que éstos no realizaron observaciones en la PAC. Para ellos, la sentencia debió otorgar un resguardo o al menos una consideración especial, ya que como se ha comentado anteriormente, el proceso de PAC del SEIA tiene una naturaleza y connotación jurídica diversa a la Consulta Indígena, donde en esta última prevalece, la buena fe y la manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

De esta manera, aquellos integrantes de las etnias a cuyo favor se ha contemplado el convenio 169 de la OIT, no se encuentran obligados a participar en la PAC del SEIA, limitando su posibilidad de recurrir en contra de la resolución de órgano administrativo, por no ser titulares de dichos derechos, por aplicación

Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido.

¹⁰⁶ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

de los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Para ellos queda la vía que considera el numeral 8) del citado artículo 17, requiriendo para tal efecto agotar la vía administrativa, es este caso, la acción de invalidación del acto, debiendo demostrar el interés que señala el artículo 21 de la Ley 19.880¹⁰⁷. Una vez agotada esta vía y acogida a tramitación por el TA respectivo, sigue el mismo procedimiento de lato conocimiento que establece la LTA.

Siguiendo este criterio se ha señalado que lo que se exige para reclamar ante los TA es el agotamiento de la vía administrativa. Esto se advierte en la competencia de los TA, cual es, revisar judicialmente resoluciones del Comité de Ministros o el Director Ejecutivo del SEA que se pronuncien sobre los respectivos recursos de reclamación administrativa contra la RCA, de los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300 de Bases General del Medio Ambiente. Es decir, el TA competente no podría conocer directamente de una RCA sino de la resolución que se pronuncia sobre aspectos de ella reclamados administrativamente. Asimismo, los TA son competentes para conocer de la resolución que se pronuncie sobre un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, pero no se puede solicitar directamente a éstos su invalidación, Boettiger¹⁰⁸.

Para Pinilla¹⁰⁹, al comentar la sentencia de la CS en el caso Peine “el hecho de otorgar valor al conocimiento presunto del recurrente incide en la necesidad que sus pretensiones se reconduzcan por medio de la especialidad e idoneidad

¹⁰⁷ Establece Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado

Artículo 21. Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

¹⁰⁸ BOETTIGER, Camila (2014). “La relación de los tribunales ambientales y la justicia ordinaria.” *Revista Actualidad Jurídica* N° 29 - Enero 2014 Universidad del Desarrollo. Disponible en http://derecho-scl.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/12/La_relacion_de_los_Tribunales_Ambientales.pdf (visita 7 de agosto de 2016)

¹⁰⁹ PINILLA, Francisco. (2014). “El deber de sometimiento al procedimiento especial como limitación al recurso de protección ambiental (Corte Suprema).” *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(2), 291-294. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200015> (visita 6 de julio de 2016)

del procedimiento de participación, a efectos de poner a resguardo por las vías recursivas apropiadas. Pero ello no puede obstar a restringir el acceso al Recurso de Protección, por quienes -como ya sabemos- optaron por no acceder al procedimiento de participación”. Continúa señalando que “todo indica que se debe distinguir entre concentrar la revisión de la legalidad por medio de los procedimientos especiales que provee la LBGMA y la LTA que implican las instancias recursivo-administrativas, y, luego así, el reclamo ante el Tribunal Ambiental y, otra situación, cuando lo que se intenta es obtener tutela para un derecho fundamental. Aspectos disímiles pero en donde no cabría limitar la tutela judicial de un derecho por no someterse a instancias especiales. Sobre todo cuando la participación es voluntaria y, por lo demás, la acción constitucional es sin perjuicio de otros derechos.”

De esta manera y según se desprende del análisis de la sentencia que se comenta, los grupos humanos indígenas que no participaron en el proceso PAC del EIA cuya RCA se reclama de ilegal, por inconsulta, debieron tener una consideración especial por parte de la CA de Iquique y de la CS, al confirmar la sentencia, esto, por cuanto la tutela urgente que se reclamaba al accionar de protección, argumentando el numeral 2 del artículo 19 de nuestra carta fundamental, requería de un procedimiento rápido y expedito que no contempla la LTA, pudiendo ser nuevamente, el recurso de protección una herramienta válida para invalidar vía judicial los actos de la administración del Estado.

Sin embargo, el concepto que subyace a la procedencia del recurso de protección es lo extraordinario, lo grave, lo excepcional. Se trata de amparar a un titular de derechos subjetivos públicos que aparece gravemente ofendido por un acto, Femandois y Chubretovic¹¹⁰. Para estos autores, a contar de la nueva institucionalidad ambiental, con la dictación de las leyes 20.417 de 2010 y 20.600 de 2012, el Recurso de Protección solo puede resultar admisible ante eventos graves y muy excepcionales en que, por alguna causa, no se haya podido

¹¹⁰ FERMANDOIS, Arturo y CHIBRETOVIC, Teresita. (2016). “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”. *Revista chilena de derecho*, 43(1), 61-90. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100004> (visita 7 de agosto de 2016)

resguardar los derechos constitucionales mediante las vías de reclamación sectoriales. Refieren que a los tres criterios tradicionales para identificar la gravedad y excepcionalidad intrínseca del recurso, esto es, la inavocabilidad técnica, la deferencia institucional y la cautela urgente, proponen tres criterios adicionales para identificar con mayor precisión cuándo la ilegalidad para cuyo amparo se interpone un recurso de protección en materia de medio ambiente, alcanza el umbral suficiente de gravedad y excepcionalidad que amerita la intervención de la Corte, restableciendo ésta el imperio del derecho en reemplazo de los tribunales ambientales. Los tres nuevos criterios consisten en la densidad típica; la reserva legal estricta y el rango valorativo del ilícito. De tal manera que, un recurso de protección en materia ambiental, solo pueda prosperar bajo este criterio, cuando, satisfechos los demás parámetros, el recurrente pruebe técnicamente el daño o amenaza y que le haya sido imposible y por causas que no le son imputables, solicitar a su turno medidas cautelares ante las sedes administrativa y judicial especializadas.

Siguiendo la línea argumentativa, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha definido la cautela urgente como la necesidad de "reaccionar contra una situación de acto anormal que de manera evidente vulnere una garantía constitucional", en oposición a la de "resolver conflictos relacionados con la interpretación de una norma legal".

Boettiger¹¹¹, refiere que la competencia de la justicia ordinaria para revisar actos de carácter ambiental por vía de protección debe basarse en la tutela efectiva de derechos fundamentales, por lo que el objeto de la acción debe contener la forma en que el acto u omisión afecta al derecho, no bastando la mera ilegalidad como fundamento para deducir este recurso, sino que se requiere la vulneración de los derechos constitucionales que protege esta acción. La esencia de la acción de protección es ser un recurso en que los tribunales puedan tomar medidas inmediatas por afectación de derechos fundamentales, en que conocen del caso por los argumentos de los intervinientes y otras diligencias o informes. Pero la revisión judicial de la legalidad de un acto administrativo, si no produce

¹¹¹ BOETTIGER (2014) 300.

vulneración efectiva de derechos fundamentales, requiere un proceso de lato conocimiento.

Para Ferrada¹¹², “El Recurso de Protección se ha utilizado como un mecanismo procesal para tutelar ampliamente los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, ampliándose a partir de interpretaciones extensivas de las cláusulas generales de ciertos derechos fundamentales a derechos subjetivos e intereses legítimos no amparados por esta vía procesal. En este sentido, el Recurso de Protección ha servido, aparentemente, más que como instrumento de tutela de derechos fundamentales, como vía de control de legalidad de la actuación administrativa.”

Apoyando la tesis de la sentencia analizada se ha señalado, que para que opere una potestad conservadora con alcances anulatorios como la que se pretende en el recurso de protección, debiera, además de la premura o urgencia de la necesidad de tutela judicial cautelar o de amparo, haber fundamentos que permitan tener por acreditados los hechos alegados y que constituyan la base para entender que el acto administrativo cuestionado en sede de protección es efectivamente contrario al bloque de legalidad, de manera que se justifique la intervención de los tribunales para asegurar, proteger y restablecer el imperio del derecho que ha sido quebrantado, Zuñiga¹¹³. Para el autor, “el recurso de protección se ha transformado por el ejercicio judicial y la comprensión de muchos profesores de la disciplina en una acción cuya competencia se extiende a situaciones en que exista un derecho preexistente o indubitado y que se utilice para reclamar la intervención inmediata para evitar la extensión de la lesión, mas, dicho derecho indubitado, que debía ser un derecho subjetivo de carácter constitucional, ha sido reemplazado en la práctica por derechos subjetivos de

¹¹² FERRADA, Juan; BORDALÍ, Andrés; CAZOR, Kamel. 2003. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo.” *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV. 67 – 81. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v14/art04.pdf> (Visita 17 de agosto de 2016).

¹¹³ ZUÑIGA, Francisco (2015). “A propósito de la “agonía” o “muerte” del recurso de protección ambiental”. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado N° 7, julio 2015 Páginas 15 - 42 ISSN 0719 – 1731. Disponible en <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/download/37262/38802> (Visita 7 de julio de 2016)

carácter sustancial, propios del derecho común, por lo que, ante un escenario de ese tipo, se ha puesto el acento en un criterio de ingreso que mira mucho más a la premura y urgencia en evitar el daño, que a la exigencia que la tutela cautelar se invoque para defensa de derechos fundamentales vulnerados.” Siendo crítico con los que utilizan el recurso de protección para argumentar vulneración de derechos fundamentales señala que “De esta forma, la situación actual redundaría en el hecho que se viene utilizando al recurso de protección con el fin de obtener una tutela urgente, pero para amparar derechos cuya naturaleza no fluyen necesariamente del texto constitucional, sino que la mayoría de las veces son derechos subjetivos consagrados en la legislación común que se subsumen, fruto de un esfuerzo positivo de los recurrentes, bajo alguno de los derechos fundamentales que habilitan para recurrir en su defensa, o simplemente de mecanismos como la consulta indígena o la participación; mecanismos que no conforman un derecho fundamental, sino un procedimiento, y que están previstas en una cláusula autoejecutable del Convenio N° 169 de la OIT (artículos 6° y 7°).”

Ya lo había señalado el profesor Pierry¹¹⁴, al indicar que el recurso de protección “..ha sustituido, en la práctica, al contencioso administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. A través de este recurso, los tribunales ordinarios han ampliado el ámbito del control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración.”

Consideramos, como se señaló anteriormente, que la CA de Iquique acierta al remitir el conocimiento de las alegaciones de aquellos grupos humanos indígenas que participaron en la PAC, a los TA, los que con sus conocimientos especializados están llamados a resolver los asuntos que la ley 20.600 le ha entregado a su competencia, dentro de los cuales se encuentran los que en sede de protección se reclaman. Sin embargo el argumento más contundente sobre el proceder es el entregado por la CS al indicar “Que de lo razonado se sigue que si

¹¹⁴ PIERRY, Pedro. 2002. “Las Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XXIII. 2002. Pp 377-404 p. 382. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/513/481> (visita 17 de agosto de 2016)

los recurrentes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento alguno de un derecho que haya de restablecerse de manera urgente mediante la acción cautelar intentada.” Lo anterior refuerza las circunstancias que deben rodear al recurso de protección en contra de una RCA, para que éste prospere, y teniendo en consideración que los TA, por su especialidad, no contemplan un procedimiento rápido y expedito para resolver conflictos como los que en la sentencia se ventilan y que pueden afectar a comunidades protegidas por leyes especiales y por el derecho internacional.

4.- Conclusiones

Los criterios que debería seguir un juez si resuelve un caso semejante son las siguientes:

Primero: Que las cortes al acoger a trámite el recurso de protección en contra de una RCA, analicen previo a resolver, que el recurrente haya agotado las acciones especiales contempladas en las leyes que norman el ramo, en este caso la ambiental, y de proceder, derivar a los tribunales ambientales.

Segundo: Al existir una magistratura especializada, los tribunales superiores de justicia deben exigir mayores requisitos para la procedencia del recurso de protección en materia ambiental, entre los cuales se encuentra, además de la cautela urgente indispensable para este recurso, la inavocabilidad técnica y la deferencia institucional, y que el derecho supuestamente vulnerado, sea preexistente e indubitado, no pudiendo rendir probanza sobre el derecho que se reclama.

Tercero: Al analizar un recurso de protección en materia ambiental, por no efectuarse la consulta indígena del 169 de la OIT, las Cortes deben analizar que el recurso contenga la forma en cómo el acto u omisión afecta al derecho, no bastando la mera ilegalidad como fundamento para deducir este recurso.

SENTENCIA NÚMERO CINCO

Santiago, veintidós de mayo de dos mil catorce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos tercero a décimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo de carácter urgente que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Segundo: Que resulta relevante sostener que no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, lo que obliga a este Corte a emitir un pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies –precepto que contempla la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto-, 26 y 28 – normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final- y 30 bis de la Ley N° 19.300 –disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas

observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental.

Tercero: Que tratándose de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, el inciso segundo del artículo 20 del mismo cuerpo de normas dispone que el recurso de protección procederá cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, descartando la arbitrariedad y restringiendo con ello el análisis jurídico únicamente a determinar la legalidad del acto u omisión denunciado.

Cuarto: Que en la especie el acto que se indica como contrario a derecho es la Resolución N° 154/2013, de fecha 20 de junio de 2013, por la que la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta calificó como ambientalmente favorable el proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” de la empresa minera S.Q.M. Salar S.A.

Quinto: Que respecto de la legalidad del acto antes individualizado es menester tener en consideración, en primer término, que el artículo 10 de la Ley N° 19.300 establece una enumeración de cuáles son los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, no existiendo discusión en autos acerca del hecho que el proyecto llevado a cabo por S.Q.M. Salar S.A., denominado “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”, se encuentra dentro de aquellos sujetos a dicho control por la autoridad ambiental, radicando la controversia en dilucidar si el mismo debió ser objeto de un Estudio de Impacto Ambiental o si –como ocurrió en la especie– bastaba con una Declaración de Impacto Ambiental.

Sexto: Que para tal efecto conviene tener en consideración que el artículo 11 de la antes citada ley, preceptúa: *“Los proyectos o actividades enumerados en el artículo 10 requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:*

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.

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.”

Séptimo: Que junto al marco normativo aplicable, resulta necesario efectuar una síntesis de los hechos anteriores a la dictación del acto atacado:

1.- Con fecha 19 de octubre de 2006, mediante la Resolución Exenta N° 226/2006, la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Antofagasta calificó como ambientalmente favorable el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Cambios y Mejoras de la Operación Minera en el Salar de Atacama”, emplazado en el mismo territorio en el que se sitúa el proyecto cuya calificación ambiental favorable es cuestionada por los actores;

2.- El día 07 de diciembre de 2012 la empresa S.Q.M. Salar S.A. presentó ante la autoridad ambiental una Declaración de Impacto Ambiental y sus Adendas del Proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”, proyecto que se encuentra incluido dentro del listado que el Servicio de Evaluación

Ambiental publicó en el Diario Oficial de fecha 02 de enero de 2013, según consta a fs. 229 del cuaderno de documentos;

3.- En sesión de fecha 11 de diciembre de 2012 el Comité Técnico de Evaluación de la Región de Antofagasta revisó los antecedentes del referido proyecto, para los efectos de verificar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en los artículos 12 y 13 de la Ley N° 19.300, acogiendo a tramitación la declaración que lo contiene, teniendo en especial consideración, entre otros, los siguientes factores:

a) Que la empresa a cargo del proyecto presentó un análisis respecto de la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300 antes transcrito;

b) El hecho de no ser evidente que el proyecto hubiese requerido ser presentado mediante un Estudio de Impacto Ambiental;

c) Que se contenía un listado de los permisos ambientales sectoriales aplicables y los antecedentes asociados a los requisitos y exigencias para el respectivo pronunciamiento;

d) Que se efectuaba una descripción del proyecto y se indicaba la normativa ambiental aplicable y la forma en que ésta se cumpliría.

4.- Durante el proceso de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental participaron, formulando observaciones y pronunciamientos, distintos Órganos de la Administración del Estado, elaborándose un informe consolidado que fue conocido por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Antofagasta, entidad que tomó su acuerdo con fecha 06 de junio de 2013;

5.- Además, en el desarrollo de dicho proceso, los recurrentes remitieron una carta a doña Liliana Cortez Cruz, Jefe de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Conadi, solicitándole que integrara su exigencias al expediente de evaluación ambiental, así como también dirigieron otra misiva en similares términos a la Municipalidad de San Pedro de Atacama, no constando en el expediente administrativo de evaluación ambiental que se hubiesen efectuado por parte de los actores observaciones al proyecto ni menos que pidieran la realización de un proceso de participación ciudadana.

Octavo: Que también resulta conveniente destacar que habiéndose solicitado informe por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta a la Conadi, esta última, por medio de oficio de fecha 15 de marzo de 2013, rolante a fojas 148, manifestó su conformidad con la Declaración de Impacto Ambiental de autos, toda vez que en su entender el proyecto estaba planificado para desarrollarse en el mismo terreno de propiedad de S.Q.M. Salar, de lo que desprendió que no se provocarían nuevos impactos negativos sobre el territorio cercano y sus componentes, informe favorable que se encuentra en sintonía con el que rola a fojas 336 de estos autos, por el que la misma institución indica que no cuenta con antecedentes ciertos y efectivos que permitan determinar que el proyecto en cuestión afecte a las comunidades indígenas cercanas, toda vez que no existiría alteración de las aguas ni de las tierras que los recurrentes denuncian como afectadas por cuanto éstas corresponden a la empresa S.Q.M. S.A., ratificando además lo ya dicho en su oficio de 15 de marzo de 2013.

Noveno: Que, según se lee de la Resolución de Calificación Ambiental rolante a fojas 239, la recurrida para calificar como ambientalmente favorable el proyecto antes citado tuvo en especial consideración que conforme consta de los antecedentes que forman parte del expediente de evaluación, principalmente de los informes técnicos, observaciones y pronunciamiento emanados de los Órganos de la Administración que participaron del proceso, el mismo no generará ni presentará ninguno de los efectos, características y circunstancias a que se refiere el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Décimo: Que entrando de lleno al análisis de la primera de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal, ilegalidad en el actuar de la recurrida al no someter la modificación de proyecto planteada por Soquimich S.A. a un Estudio de Impacto Ambiental, de la que sí fue objeto el proyecto original, es necesario tener presente que el artículo 11 ter de la Ley N° 19.300 prescribe: *“En caso de modificarse un proyecto o actividad, la calificación ambiental deberá recaer sobre dicha modificación y no sobre el proyecto o actividad existente, aunque la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados*

por la modificación y el proyecto o actividad existente para todos los fines legales pertinentes.”

Undécimo: Que de la lectura de dicho precepto se desprende que el modelo normativo sobre el que se erige el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental parte de la lógica que la decisión de la autoridad administrativa, en orden a utilizar un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, depende de un criterio normativo distinto de la modificación de los impactos ya identificados por el proyecto primitivo, sobre todo si se considera que un proyecto que modifica a otro debe necesariamente hacerse cargo de los impactos acumulativos. Tal argumentación se encuentra por lo demás refrendada en la propia historia de la Ley N° 20.417, en la que se señaló: *“primero, se suman los efectos de un proyecto respecto a los otros. Y lo mismo en cuanto a la modificación de un proyecto; o sea, si un proyecto ingresa y es modificado, se suman los efectos adicionales que la nueva implementación va a significar, debiendo considerarse además las resoluciones de calificaciones ambientales.”* (Historia de la Ley N° 20.417, p. 1891).

Décimo Segundo: Que sobre la decisión de la autoridad administrativa en orden a optar por uno o por otro instrumento de evaluación es menester señalar que si bien se está en presencia de una actividad de carácter valorativo, no por ello ésta se transforma en una potestad meramente discrecional, toda vez que conforme se desprende de la lectura de los artículos pertinentes de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, los efectos, circunstancias y características que hacen exigible la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental están planteados sobre conceptos normativos a los que ésta hace alusión como parámetros de regulación, conceptos que por lo mismo están afectos a un control de legalidad, en cuanto la determinación de la existencia de efectos adversos se efectúa teniendo en consideración el cumplimiento de dichos parámetros.

Décimo Tercero: Que de lo anteriormente expuesto y razonado se colige que tanto el proyecto original como su modificación pueden ser calificados de manera independiente y a través de procedimientos distintos por la autoridad ambiental, siempre y cuando se tenga en consideración el impacto total que la

suma de ambos pueda generar al medio ambiente –lo que habría ocurrido en la especie conforme no sólo se desprende de la propia resolución impugnada, sino que también de los informes emitidos por las distintas reparticiones públicas que participaron del proceso de evaluación, lo que se lee a fojas 199 y siguientes del cuaderno de documentos-, por lo que el obrar de la recurrida, en orden a no exigir respecto del emprendimiento “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” un Estudio de Impacto Ambiental, por no estimarlo procedente, se ajusta a derecho en cuanto se trata de una decisión adoptada por la autoridad competente, en ejercicio de sus facultades, sobre parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y, por ende, no puede ser considerado ilegal por dicha razón.

Décimo Cuarto: Que respecto del segundo aspecto de la ilegalidad planteada, que dice relación con el no sometimiento de la modificación del proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental por darse cada uno de los supuestos contenidos en las letras d), e) y f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, conviene reiterar que el citado precepto, al indicar cuáles son los proyectos que necesariamente requieren de un Estudio de Impacto Ambiental, establece: *“Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:*

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.”

Décimo Quinto: Que sobre el particular y tal como se adelantó en el motivo octavo, la Conadi ha informado a fojas 336 ratificando lo obrado en su Ordinario N° 57 de 15 de marzo de 2013, rolante a fojas 148, oportunidad en la que

manifestó su conformidad con el proyecto, toda vez que las distancias que median entre la planta de secado y compactado de cloruro de potasio y las comunidades indígenas de Peine y de Socaire son de 35 y 47 kilómetros, respectivamente; que respecto de la probable afectación que ésta ocasionaría al territorio ancestral y patrimonial atacameño, indica que no existen antecedentes ciertos y efectivos que permitan establecerla; y que no ha existido alteración de las aguas y tierras que los actores denuncian como afectadas, antecedentes que en opinión de esta Corte son más que suficientes para desvirtuar las alegaciones planteadas por los recurrentes y estimar que el proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” no requería de un Estudio de Impacto Ambiental, por no concurrir a su respecto ninguno de los presupuestos exigidos por el artículo citado en la consideración que antecede.

Décimo Sexto: Que respecto de la última de las alegaciones vertidas por los actores en su recurso, consistente en no haberse consultado a los pueblos indígenas directamente afectados por el proyecto calificado como ambientalmente favorable, es necesario señalar, en primer término, que conforme fluye de la lectura del recurso intentando en autos, en especial de lo referido a fojas 74, y de la publicación del proyecto respectivo en el Diario Oficial, con fecha 02 de enero de 2013, por el Servicio de Evaluación Ambiental, los recurrentes no obstante estar en pleno conocimiento de la tramitación ante la institucionalidad ambiental del proyecto presentado por S.Q.M. Salar S.A., ninguna gestión realizaron ante la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Antofagasta en orden a hacer valer su pretensiones pese a que el Sistema de Evaluación Ambiental contempla los mecanismos pertinentes para ello, limitándose a remitir sendas cartas a la Conadi y al Municipio de San Pedro de Atacama, de lo que se colige que mal pudieron tenerse en consideración sus planteamientos si los mismos no fueron hechos valer en las instancias pertinentes estando los actores, como ya se dijo, en conocimiento de la tramitación del proyecto que consideran como causante de una afectación a sus intereses, impidiendo con ello que sus observaciones fueren tenidas en cuenta al momento de resolver.

Décimo Séptimo: Que a lo anterior se debe adicionar que conforme el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, tal consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, afectación que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del mismo Convenio se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, hipótesis que no se verifican en la especie, toda vez que como ya se expuso en el motivo Décimo Quinto no se vislumbra cómo el proyecto en cuestión pudiese afectar a las comunidades indígenas que accionaron por esta vía, no encontrándose esta Corte, en consecuencia, en posición de adoptar medida alguna tendiente a otorgar cautela a los recurrentes.

Décimo Octavo: Que de acuerdo con lo antes razonado no se ha acreditado en la especie la existencia de un acto ilegal que afecte la garantía constitucional consistente en el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por lo que el mismo será rechazado en dicho capítulo.

Décimo Noveno: Que respecto de las restantes garantías fundamentales que se refieren como infringidas por los actores –derecho a la igualdad ante la ley y a la propiedad-, no habiéndose desarrollado en el recurso el modo en que las mismas se verían conculcadas con el actuar de los recurridos ni vislumbrándose ello del mérito de los antecedentes, la acción constitucional será igualmente desestimada en lo referente a dichos acápites.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de tres de diciembre de dos mil trece, escrita a fojas 203 y en su lugar se declara que **se rechaza** el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 62.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol N° 16.817-2013.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios. Santiago, 22 de mayo de 2014.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de mayo de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

ANÁLISIS SENTENCIA NÚMERO CINCO

LA DEFERENCIA TÉCNICA Y LA DETERMINACIÓN DE SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1.- Identificación

1.1.- Tribunal que dictó la sentencia: Corte Suprema.

1.2.- Fecha de la sentencia: 22 de mayo de 2014.

1.3.- Rol de la sentencia: 16.817-2013.

1.4.- Rol de la sentencia en tribunal de protección: C.A. Antofagasta N° 1.097-2013 de fecha 3 de diciembre de 2013.

1.5.- Recurrentes: Rolando Humire Coca, presidente y representante legal de la Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños; don Jaime Patricio Mora Rodríguez, presidente y representante legal de la Comunidad Indígena Atacameña de Peine y doña Edilia Venancia Plaza Varas, presidenta y representante legal de la Comunidad Indígena Atacameña de Socaire.

1.6.- Recurrido: Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta.

1.7.- Datos de publicación de la sentencia o de disponibilidad informática: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

1.8.- Decisión o resolución: no se hace lugar a la acción interpuesta en consideración a que no se acreditó la existencia de un acto ilegal que afecte la garantía constitucional consistente en el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Que respecto del derecho a la igualdad ante la ley y a la propiedad, no se desarrolló por parte de los recurrentes el modo en que las mismas se verían conculcadas con el actuar de los recurridos.

2.- Resumen de la sentencia

2.1.- Actuaciones procesales:

A fojas 62, comparecen Rolando Humire Coca y Otros por sí y en representación de la Asociación Consejo de los Pueblos Atacameños en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta

A fojas 124, rola informe de la recurrida

A fojas 536, se trajeron los autos en relación

2.2.- Hechos juzgados: Los hechos Juzgados por el Tribunal son los siguientes:

La existencia de vulneración de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 2, 8 y 24, reclamadas por los recurrentes en relación al proyecto calificado favorable mediante una DIA denominado “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”, presentado por SQM S.A, a través de la RCA N° 154/2013 de fecha 20 de junio de 2013, desde que este proyecto no fue objeto de un Estudio de Impacto Ambiental y se omitió el deber de consulta en los términos establecidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

2.3.- Teoría del caso del actor: La Comunidad recurrente alega que el acto administrativo impugnado, la RCA del proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” es ilegal y arbitrario, por cuanto se ha omitido realizar una consulta previa a los pueblos indígenas afectados directamente por el proyecto, en los términos establecidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, además, porque el referido proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental, en circunstancias que debió ingresar como Estudio de Impacto Ambiental.

Expresan que tomaron conocimiento, en abril de 2013, que la empresa SQM había ingresado un proyecto de ampliación de secado y compactado de cloruro de potasio al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, mediante una Declaración de Impacto Ambiental, el cual contempla casi doblar su producción del compuesto químico, mediante nuevas piolas de acopio y secado, afectando, con ello, directamente su territorio ancestral y sus recursos protegidos en el Área de Desarrollo Indígena Atacama La Grande, reconocido, entre otras normas, por el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley Indígena, sin siquiera ser informados por los representantes del titular del proyecto que visitan habitualmente su comunidad, ni consultados por las autoridades ambientales competentes, a pesar que en un caso

semejante ya se había fallado a su favor sobre la exigencia de efectuar un estudio de impacto ambiental y una consulta indígena.

Afirma que el pueblo atacameño o “Lickanantai” es una de estas nueve etnias reconocidas oficialmente en el artículo 1° de la Ley Indígena, que sus comunidades tienen una estrecha vinculación con su territorio y recursos naturales, principalmente con el agua; sus comuneros, aunque muchos practican la minería, se dedican a la pequeña agricultura y ganadería, además del turismo y venta de artesanía; administran el agua y su escasez milenariamente, mediante complejos sistemas de embalse, regadío y cosecha de agua en los humedales, al punto que sus ritos y cultura giran en torno al vital elemento.

Refieren que de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la ley N° 19.300, el proyecto calificado favorablemente, debió ingresar a través de un Estudio de Impacto Ambiental y no mediante la Declaración efectivamente realizada; por cuanto estiman que generará efectos adversos, al menos, respecto a la descripción establecida en las letras b), c), d), e) y f) del artículo citado; exigencia que refuerzan en razón de la naturaleza del bien jurídico protegido, a saber, áreas y recursos atacameños protegidos.

2.4.- Medios de prueba del actor: No hubo.

2.5.- Teoría del caso del sujeto pasivo: La Comisión de Evaluación Ambiental de Antofagasta en su informe señala que se acordó calificar favorablemente el proyecto “Ampliación de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”, del titular SQM Salar S.A., por cuanto durante el proceso de evaluación se verificó que el proyecto no generaba ninguno de los impactos significativos que justificaban la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, y que al no existir ninguna susceptibilidad de afectación directa a las comunidades indígenas con la medida administrativa adoptada, no se realizó el proceso de participación o consulta a la comunidad indígena, lo que fue corroborado por la Comisión y por la totalidad de los servicios que formaron parte del comité evaluador, entre los cuales se encuentra la CONADI quien con fecha 15 de marzo de 2013, se pronunció conforme con el proyecto.

Al respecto indica que los organismos competentes formularon sus observaciones, pronunciándose conformes con lo declarado por el titular del proyecto; así, la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, observando la Adenda N° 1, reiteró la solicitud sobre los posibles impactos en los recursos naturales renovables, suelo y agua, que el proyecto generará, por tratarse de un área de alto valor ambiental y la extracción adicional impactos adversos significativos que deben ser analizados y declarados en el proceso de evaluación ambiental, pronunciándose posteriormente conforme con la Adenda N° 2, con fecha 23 de mayo de 2013; del mismo modo, la Corporación Nacional Forestal (CONAF) también realizó observaciones, señalando que los volúmenes de extracción de agua están asociados a planes de contingencia y seguimiento ambiental en la Resolución N° 226/2006, en cuya área de influencia se ubica la Reserva Nacional Los Flamencos, protegida oficialmente por el D.S. N° 50 de 1990, del Ministerio de Agricultura, pero, con fecha 14 de marzo de 2013, dicha institución se pronunció conforme a la Adenda N° 1. Por lo anterior, afirma que la eventual afectación fue descartada por los organismos competentes en la materia, no generándose los efectos adversos mencionados.

De igual manera señalan que el proyecto se emplaza en el lugar originalmente autorizado por Resolución Exenta N° 226/2006, de fecha 19 de octubre de 2006, que calificó ambientalmente el proyecto “Cambios y Mejoras de la Operación Minera en el Salar de Atacama”, de manera que no hay mayor afectación al ambiente que la existente, ya aprobada.

Refiere además, que las medidas solicitadas en el recurso no son aptas para restablecer el imperio del derecho, pues la mera solicitud de invalidar o privar de sus efectos a la resolución recurrida, o impedir que la Comisión de Evaluación pueda seguir afectando los derechos de la recurrente, carecen de la precisión necesaria que permita fijar el parámetro o medida más idónea al efecto, sin que sea suficiente excusa el apoyarse en la discrecionalidad de la autoridad, si no se le entregan las herramientas necesarias para adoptar una mejor decisión, como en el caso hubiere sido proponer medidas concretas.

2.6.- Medios de prueba del sujeto pasivo: No hubo.

2.7.- Hechos declarados como probados por el tribunal: No procede, porque la discusión es un problema sobre vulneración de garantías constitucionales.

2.8.- Argumentación del tribunal: La Corte Suprema confirma el fallo de la CA de Antofagasta, reproduciendo los considerandos primero y segundo.

Se analizará en este comentario la sentencia de la CS, haciendo referencia a los argumentos del sujeto activo y pasivo plasmados en la sentencia de la CA de Antofagasta.

El máximo Tribunal razona sobre el artículo 10 de la Ley N° 19.300 señalando que éste establece una enumeración de los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, no existiendo discusión en autos acerca del hecho que el proyecto llevado a cabo por S.Q.M. Salar S.A., denominado “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”, se encuentra dentro de aquellos sujetos a dicho control por la autoridad ambiental, radicando la controversia en dilucidar si el mismo debió ser objeto de un Estudio de Impacto Ambiental o si –como ocurrió en la especie– bastaba con una Declaración de Impacto Ambiental. Asimismo para elaborar su sentencia, la CS hace referencia a lo que prescribe el artículo 11 de la Ley 19.300.

Refiere que durante el proceso de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, participaron, formulando observaciones y pronunciamientos, distintos Órganos de la Administración del Estado, elaborándose un informe consolidado que fue conocido por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Antofagasta, entidad que tomó su acuerdo con fecha 06 de junio de 2013.

Ya en el considerando noveno de la sentencia, el máximo tribunal comienza a desarrollar su *ratio decidendi* al señalar que “Noveno: Que, según se lee de la Resolución de Calificación Ambiental rolante a fojas 239, la recurrida para calificar como ambientalmente favorable el proyecto antes citado tuvo en especial consideración que conforme consta de los antecedentes que forman parte del expediente de evaluación, principalmente de los informes técnicos, observaciones

y pronunciamiento emanados de los Órganos de la Administración que participaron del proceso, el mismo no generará ni presentará ninguno de los efectos, características y circunstancias a que se refiere el artículo 11 de la Ley N° 19.300.”

En el considerando décimo segundo la CS concluye “Que sobre la decisión de la autoridad administrativa en orden a optar por uno o por otro instrumento de evaluación es menester señalar que si bien se está en presencia de una actividad de carácter valorativo, no por ello ésta se transforma en una potestad meramente discrecional, toda vez que conforme se desprende de la lectura de los artículos pertinentes de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, los efectos, circunstancias y características que hacen exigible la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental están planteados sobre conceptos normativos a los que ésta hace alusión como parámetros de regulación, conceptos que por lo mismo están afectos a un control de legalidad, en cuanto la determinación de la existencia de efectos adversos se efectúa teniendo en consideración el cumplimiento de dichos parámetros.”

En el considerando décimo tercero expresa ya su decisión al indicar “Que de lo anteriormente expuesto y razonado se colige que tanto el proyecto original como su modificación pueden ser calificados de manera independiente y a través de procedimientos distintos por la autoridad ambiental, siempre y cuando se tenga en consideración el impacto total que la suma de ambos pueda generar al medio ambiente –lo que habría ocurrido en la especie conforme no sólo se desprende de la propia resolución impugnada, sino que también de los informes emitidos por las distintas reparticiones públicas que participaron del proceso de evaluación, lo que se lee a fojas 199 y siguientes del cuaderno de documentos-, por lo que el obrar de la recurrida, en orden a no exigir respecto del emprendimiento “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” un Estudio de Impacto Ambiental, por no estimarlo procedente, se ajusta a derecho en cuanto se trata de una decisión adoptada por la autoridad competente, en ejercicio de sus facultades, sobre parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y, por ende, no puede ser considerado ilegal por dicha razón.”

Respecto de la consulta indígena, el máximo tribunal señaló “Que a lo anterior se debe adicionar que conforme el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, tal consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, afectación que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del mismo Convenio se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, hipótesis que no se verifican en la especie, toda vez que como ya se expuso en el motivo Décimo Quinto no se vislumbra cómo el proyecto en cuestión pudiese afectar a las comunidades indígenas que accionaron por esta vía, no encontrándose esta Corte, en consecuencia, en posición de adoptar medida alguna tendiente a otorgar cautela a los recurrentes.”

2.9.- Decisión o resolución del caso. La sentencia rechaza la acción deducida, al no acreditar los recurrentes la existencia de un acto ilegal que afecte la garantía constitucional consistente en el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Respecto de las restantes garantías, igualdad ante la ley y a la propiedad fueron además rechazadas por no haberse desarrollado en el recurso el modo en que las mismas se verían conculcadas con el actuar de la Comisión de Evaluación Ambiental de Antofagasta.

3.- Análisis de la argumentación

3.1.- Problema jurídico: El problema jurídico que se analizará es si ¿Corresponde que las cortes, conociendo de recursos de protección, se arroguen discrecionalidad técnica en la determinación de susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, en proyectos sometidos al SEIA?

3.2.- Argumentación del juez: Se analizará en este comentario la sentencia de la CS, haciendo referencia a los argumentos del recurrente y recurrido plasmados en la sentencia de la CA de Antofagasta.

La CS utilizando los elementos de dogmática razona que no existe discusión que el proyecto denominado “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”, ingresó correctamente al SEIA por encontrarse listado dentro del artículo 10 de la Ley 19.300, siendo el motivo de discusión si la evaluación ambiental del mismo debió haberse efectuado mediante un EIA o como se desarrolló una DIA.

El máximo tribunal refiere que dentro del proceso de evaluación del proyecto los diferentes organismos del Estado con competencia ambiental, participaron activamente en la discusión sobre el instrumentos de análisis, concluyendo todos ellos en que el instrumentos de evaluación, DIA, era la vía idónea para calificar el proyecto, al no existir la afectación del artículo 11 de la Ley 19.300.

Creemos que efectivamente la CS tuvo especial deferencia al análisis técnico que realizaron los SSPP con competencia ambiental, al pronunciarse sobre los efectos que podría producir el proyecto evaluado, dando crédito a los informes de conformidad por ellos emitidos, razonando además que la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad en el acto administrativo que se recurre se cumple en cuanto la RCA aprobatoria del proyecto, se trata de una decisión adoptada por la autoridad competente, en ejercicio de sus facultades, sobre parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico.

De igual manera y al otorgar valor a la opinión de los órganos del Estado con competencia ambiental, que participaron en la evaluación del proyecto y que señalaron que no existe susceptibilidad de afectación del artículo 11 de la Ley 19.300, en especial no existiendo afectación de los literales d), e) y f) sobre los pueblos indígenas, no es aplicable la consulta que se reclama por las comunidades, rechazando la protección incoada.

3.4.- Argumentación dogmática y opinión del autor del análisis de la sentencia.

El artículo 7° de la CPCH¹¹⁵ es la manifestación plena en derecho público del denominado Principio de Legalidad, al que debe entenderse la vinculación de los diferentes poderes del Estado a la ley; a esa ley que ha sido elaborada por la representación popular asentada en el Parlamento. Sólo en su referencia a dicha norma encuentran, pues, tales poderes la condición -entendida aquí, en su doble acepción, a la vez como "fundamento" y como "condicionamiento"- de su capacidad de actuar¹¹⁶. A contrario sensu, la ilegalidad se refiere a la infracción en el ejercicio de los elementos reglados de la potestad jurídica que a la administración le ha sido conferida por ley.

La RCA no escapa a este principio y como señala Bermúdez¹¹⁷, esta tiene una naturaleza jurídica administrativa, con todas las consecuencias que ellos conlleva (presunción de legalidad, imperio, ejecutoriedad, impugnabilidad, publicidad, etc.)

La sentencia en análisis, se relaciona directamente con el principio de legalidad en la discrecionalidad técnica, mediante la cual los diferentes SSPP con competencia ambiental actúan al evaluar los proyectos sometidos a su consideración. Así y desde un principio adscribimos a lo resuelto por la CS, al otorgar primacía a la deferencia técnica de los órganos del Estado, cuyos pronunciamientos se han enmarcado dentro de la esfera de sus atribuciones.

Para Femandois y Chubretovic¹¹⁸, al igual que lo sentenciado por la CS,

¹¹⁵ "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

¹¹⁶ KAZOR, Kamel (1997). Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la constitución. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 1997, vol.8, no.1 p.92-96. Disponible en la World Wide

Web:<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501997000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. (Visita 7 de septiembre de 2016).

¹¹⁷ BERMÚDEZ, Jorge (2015). "Fundamentos de Derecho Ambiental". 2ª Edición. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 549 pp., p. 265.

¹¹⁸ FERNANDOIS, Arturo y CHUBRETOVIC, Teresita. (2016). "El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)". *Revista chilena de derecho*, 43(1), p. 61-90. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100004> (visita 7 de agosto de 2016)

pero con algunos matices, la inavocabilidad técnica es un criterio valioso en la relación Corte-Tribunales especializados, pero no resulta suficiente por sí sola; no resuelve todos los problemas ni es capaz de generar un conjunto de reglas satisfactoriamente predecibles. Entre otras razones, porque habrá casos en que el vicio alegado será de carácter efectivamente técnico –por ejemplo cuando se trata de la determinación de líneas de base ambientales o de áreas de influencia de los proyectos– pero el caso tendrá otras características que harán a la Corte intervenir de todas formas acogiendo el recurso y amparando derechos constitucionales amagados, aun moviéndose en plenos dominios de la técnica. Para estos autores, la inavocabilidad técnica debutó en el famoso caso "Trillium"-en 1998, en que la primera sala de la Corte Suprema, afirmó que "no forma parte de su estudio el pronunciarse sobre las bondades técnicas que presenta un proyecto, que ha sido sometido a la autoridad competente.

Sin embargo, el criterio de la inavocabilidad técnica requiere una construcción dogmática adicional que lo complementa. Así lo hizo la Corte, por ejemplo, en el caso Sierra Gorda, donde tomó en cuenta también i) que "existe un procedimiento previamente establecido y muy pormenorizado", y ii) que "la acción cautelar requiere de derechos indubitados e inequívocos que ostenten los titulares de la acción para disponer el restablecimiento de los derechos o asegurar la debida protección a los afectados".

Para Carraco¹¹⁹, al comentar la sentencia de la CS Rol 4078/2010 caratulada Javier Nahuelpán y Otros con COREMA Región de Los Ríos, que surge a raíz del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia", cuyo titular es la empresa "Celulosa Arauco y Constitución S.A." ha señalado que "En el mismo sentido, la sentencia de la CS, de 4 de enero de 2011, Rol 6062-2010, confirma la tesis de que una RCA es una medida administrativa y que la consulta

¹¹⁹ CARRASCO, Edesio (2010). Corte Suprema, consulta indígena y sistema de evaluación de impacto ambiental: una relación que no termina de aclararse. *Libertad y Desarrollo*. Sentencias destacadas 2010. p. 187-223. Disponible en <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-187-223-Corte-Suprema-consulta-indigena-y-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental-una-relacion-que-no-termina-de-aclararse-ECarrasco.pdf> (visita 08 de septiembre de 2016)

pública establecida en los EIA debe realizarse “de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y del Convenio 169”. Como contrapartida, la CS empieza a confirmar, también, escasa deferencia técnica y política hacia la administración en decisiones de carácter ambiental, lo que abre otro flanco digno de ser comentado, pues cuando asuntos ambientales han sido resueltos por una autoridad ambiental competente, tanto los jueces de letras como los tribunales superiores de justicia habían exhibido una excesiva deferencia, la que, desde el caso Campiche, ya comienza a atenuarse, donde el tribunal acoge la tesis de avocarse el conocimiento técnico del proyecto ambiental.

Güilloff¹²⁰, al comentar el citado caso Campiche ha señalado que la Corte Suprema varía su jurisprudencia sobre este punto y lo hace de manera contundente, señalando: (...) *conviene dejar asentado que la Resolución en que culmina el proceso de evaluación de impacto ambiental de un proyecto (...) que lo califica favorablemente, resulta ser vinculante para todos los organismos del Estado, los que no podrán denegar las autorizaciones ambientales pertinentes, según expresamente lo dispone el artículo 24 de la citada ley. En atención entonces a la trascendencia de sus decisiones en el ámbito administrativo, la recurrida queda sujeta al control jurisdiccional por la vía de la presente acción cautelar si en ellas se incurriera en ilegalidad al pronunciarse sobre un determinado proyecto de impacto ambiental, como sucede si sus resoluciones no se ajustan a la ley o a la normativa reglamentaria que está obligada a respetar conforme lo dispone el artículo 13 de la ley, o se resuelve en forma arbitraria, esto es, al margen de lo razonable.*

Es de nuestro parecer que desde el caso Campiche y durante un largo período, la CS comenzó a efectuar exámenes de legalidad a los proyectos sometidos al SEIA, al conocer de los recursos de protección incoados, especialmente por las comunidades indígenas, y en muchas ocasiones revocó las RCA aprobatorias, exigiendo la aplicación del proceso de Consulta Indígena,

¹²⁰ GÜILLOFF, M. 2010, “Campiche: Es revisable la resolución de calificación ambiental”. En *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago, pp. 204-219. Disponible en <http://www.derechoambiental.udp.cl/wp-content/uploads/2010/08/anuario2010-mguilloff.pdf> (visita 8 de septiembre de 2016)

arrogándose el análisis técnicos de los proyectos, que la ley ha entregado a los SSPP con competencia ambiental, los que con sus conocimientos especializados, están llamados a realizarlos, alejándose así de la deferencia técnica en la evaluación ambiental de proyectos, que había venido realizando acorde con la sentencia en análisis.

Para García de Enterría¹²¹, La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, en fin, la competencia para ejercitarla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados.

El artículo 2 letra i) de la Ley 19.300, define al SEIA es un procedimiento administrativo especial destinado a la evaluación ambiental de los proyectos y actividades que, conforme con el artículo 10 de la LBMA, son susceptibles de causar impacto ambiental. Desde la perspectiva procedimental, la característica que aparece con más fuerza en la conceptualización del SEIA es aquella que lo identifica con un “procedimiento complejo”, esto es, el SEIA tendría un propósito integrador, lo que se manifiesta en la existencia de un conjunto de informes sectoriales que sirven de base a la evaluación, así como en la pretensión de la LBMA de operar en el marco de una ventanilla única de todos los permisos ambientales considerados por nuestra legislación, de manera que los pronunciamientos provienen o de una opinión técnica o bien de procedimientos administrativos diferentes, pero que se agregan al procedimiento del SEIA, formando parte de la evaluación ambiental, porque se encuentran asociados a permisos ambientales¹²².

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). p. 167. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112627.pdf>

¹²² CORDERO Luis (2012). “Corte Suprema y el Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”. En *Anuario de Derecho Público UDP*. p. 371 Disponible

Asimismo, para la CGR¹²³, el procedimiento administrativo que da origen al SEIA, tiene un carácter reglado, *“en el que se han contemplado las instancias necesarias para que, además del titular del proyecto, puedan intervenir en él las organizaciones ciudadanas y personas naturales interesadas, y los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental”, estableciendo normas acerca de la presentación de los Estudios y Declaraciones, los documentos y antecedentes que deben acompañarse, el análisis que debe efectuar la autoridad, las consultas a los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, las formas de dar publicidad a los Estudios y Declaraciones, los mecanismos de aclaración, rectificación y ampliación, los informes que deben elaborarse, la forma de participación de las organizaciones ciudadanas, la forma de realizar la calificación, el contenido de la resolución que califica el proyecto o actividad, y, en fin, la forma de notificar las diversas actuaciones que adopta la autoridad en el transcurso del procedimiento”*.

Como se ha señalado, posterior al caso Campiche, en las sentencias de la CS, roles N° 7171/2012¹²⁴; 6062/2010¹²⁵; 396/2009¹²⁶; 10.090/2011¹²⁷; 11.040/2011¹²⁸; 2211/2011¹²⁹ y 2463/2012¹³⁰, entre otras, se constató la avocación

en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/18_Cordero.pdf (Visita 8 de julio de 2016)

¹²³ Dictamen N° 44.032, de fecha 29 de octubre del año 2002

¹²⁴ Corte Suprema, 26 de noviembre de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 7071 – 2012. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 5 de septiembre de 2016)

¹²⁵ Corte Suprema, 4 de enero de 2011, Recurso de Protección. Rol N° 6062 – 2010. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 5 de septiembre de 2016)

¹²⁶ Corte Suprema, 20 de abril de 2011, Recurso de Protección. Rol N° 396 – 2009. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 5 de septiembre de 2016)

¹²⁷ Corte Suprema, Rol N° 10.090 - 2011, 22 de marzo de 2012. Corte Suprema, 11 de mayo de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 2463 – 2012. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

¹²⁸ Corte Suprema, 30 de marzo de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 11.040 – 2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 4 de septiembre de 2016)

¹²⁹ Corte Suprema, 27 de abril de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 2211 – 2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 4 de septiembre de 2016)

¹³⁰ Corte Suprema, 11 de mayo de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 2463 – 2012. Disponible

técnica que realizó el máximo tribunal al conocer de estas causas, lo que se contrapone a los que la sentencia que se comenta ha privilegiado, esto es, que prevalezca la deferencia técnica en la revisión de proyectos por vía del recurso de protección, mientras estas resoluciones se rijan por el principio de legalidad.

Para el profesor Cordero¹³¹, el criterio esencial del control de la Administración reside en el control judicial, que resulta del mandato dirigido por la Constitución al orden jurisdiccional de servir a la tutela de derechos y no a la garantía de legalidad formal. Así, la condición del derecho lesionado no sólo tiene relevancia para el acceso a la jurisdicción, sino para la determinación del alcance del control judicial. La acción (contenciosa administrativa) sólo prosperará si la decisión administrativa impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción consiste en una lesión de derechos. La mera infracción objetiva del ordenamiento jurídico no es suficiente para poder estimar el recurso interpuesto. En consecuencia, los diseños constitucionales en general exigen una específica conexión de antijuridicidad que, según se ha dicho, se dará solamente cuando la norma infringida sirva también a la protección de los intereses de la recurrente, tal como lo ha establecido la sentencia que se comenta.

Continúa señalando Cordero que, el control de los jueces debe realizarse dentro de los límites de un control en derecho, es decir, se debe limitar a fiscalizar una decisión ya previamente adoptada sobre los parámetros que ofrezca el derecho. No obstante, esta circunstancia es compleja en el caso de, por ejemplo, conceptos jurídicos indeterminados, pues denominaciones lingüísticas imprecisas y amplias pueden llevar fácilmente a que los tribunales, desbordando los límites de un control de derecho, extienda el mismo a cuestiones de oportunidad y decidan éstas de conformidad con sus propias ideas.

en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 4 de septiembre de 2016)

¹³¹ CORDERO, Luis (2009). Procedimientos contenciosos administrativos y protección de intereses difusos y colectivos. En *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Konrad - Adenauer - Stiftung e. v. Editor Responsable Christian Steiner. p. 362 Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_17833-1522-4-30.pdf?091014012049 (visita 03 de septiembre de 2016)

Para Cassagne¹³², Sanchez Morrón, también participa de la idea que los jueces deben limitarse a ejercer un control jurídico, no debiendo interferir en los aspectos técnicos o políticos de la decisión administrativa y que las técnicas de control (v.g. razonabilidad y conceptos jurídicos indeterminados) no puede disfrazar la apropiación del ámbito de lo discrecional por los jueces, atribuido a la Administración por la ley.

Así según Cordero¹³³, los enunciados normativos imprecisos, o bien las regulaciones programáticas, y los objetivos de política, muchas veces definirán la manera en que es realizado el control judicial. En efecto, estos enunciados son mandatos normativos legislativos conscientes, es decir, el Parlamento considera a dichas competencias como adecuadas, pero en la medida que esta circunstancia sucede aumenta el margen de decisión “libre” de la Administración, lo que se ha ocultado tras el debate de la discrecionalidad. El autor refiere a que es necesario tener en claro que esta circunstancia afecta seriamente el estándar del control judicial, lo que lleva a una especie de impotencia judicial para fiscalizar elementos extrajurídicos de las decisiones que no vulneran ningún límite, impotencia derivada, como es sabido, de los límites intrínsecos a la función judicial y al razonamiento jurídico. Empero, este límite abstractamente tan claro es del todo conflictivo en casos difíciles, lo que considerando el principio de inexcusabilidad y al contenido de estándares de equidad, llevan al juez a ingresar en el espacio de la idoneidad finalista y de la decisión administrativa, lo que ciertamente supone un enfrentamiento sobre los límites de la intervención judicial.

Para el profesor Cordero, existe suficiente consenso en la literatura que el baremo que deben aplicar los jueces es uno de carácter objetivo y previo, es decir, el derecho. Lo que sucede es que por diversas razones (técnicas, variabilidad regulatoria, adaptabilidad, planeamiento, etc.), los sistemas normativos han generado un límite que perfectamente puede ser calificado de líquido, pues por un lado utilizan denominaciones lingüísticas ambiguas o bien figuras próximas a

¹³²CASSAGNE, Juan Carlos (2008): “La discrecionalidad administrativa”. p.15. Disponible en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/la_discrecionalidad_administrativa.pdf visita 01 de septiembre de 2016.

¹³³ CORDERO (2009) 363.

conceptos jurídicos indeterminados, criterios técnicos y en general cláusulas de apoderamiento, lo que ha significado una amplitud de los poderes discrecionales de los organismos administrativos por razones de interés público. En ese contexto, el estándar que utilizan los jueces tiende a sujetarse a esa variabilidad y por lo tanto, sus límites se vuelven cada más imprecisos, involucrándose entonces a ratos en cuestiones derechamente de evaluación de fines, lo que ciertamente es un riesgo de esa variabilidad.

Sin embargo y siguiendo la línea de la sentencia que se comenta, la fundamentación de las observaciones que los SSPP realizan durante esta etapa depende, en buena medida, la evaluación, examen y valoración de un proyecto, siendo su fundamentación muy relevante, la que debe estar dotada de una explicación razonada en función de los aspectos ambientales del proyecto. Así, todo servicio público que participa de la evaluación debe explicar, con razones, por qué se pronuncia de la forma que lo hace al emitir su oficio, pues a partir de su pronunciamiento da sentido al mecanismo de “ventanilla única” que el SEIA contempla. Eso sí, dependiendo de si el proyecto ingresó mediante una DIA o un EIA, los informes de los servicios públicos tendrán niveles de análisis y profundidad distintos; todo en virtud de la información proporcionada, la que cambia en uno u otro caso¹³⁴.

Concordante con la sentencia Hunter¹³⁵ al comentar el caso Termoeléctrica Bocamina, señala que es razonable exigir un cierto estándar de fundamentación a la Administración en la dictación de sus actos decisionales, ello es además consustancial al ejercicio del poder en un Estado de Derecho. Pero de ello no se sigue que los tribunales puedan adoptar la decisión por la Administración, cuando los actos de ésta no satisfacen ese estándar.

¹³⁴ CARRASCO, Edesio (2012). “Comisiones de evaluación y la motivación de sus actos: precisiones necesarias”. Libertad y desarrollo sentencias destacadas 2012. p 277-298. Disponible en <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-277-298-comisiones-de-evaluacion-y-la-motivacion-de-sus-actos-precisiones-necesarias-ecarrocco.pdf> (visita 7 de septiembre de 2016)

¹³⁵ HUNTER, Iván. “Central termoeléctrica Bocamina: ¿Deferencia o indiferencia a la Administración? (Corte Suprema)”. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2013, vol.26, n.1, pp.211-216. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100010&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100010>. (visita 5 de septiembre de 2016)

Continúa señalando, que la decisión de la Corte, no obstante, prescinde completamente de la determinación de si el proyecto o actividad, que constituye la modificación de la Segunda Unidad, es susceptible de producir los impactos que justifican la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA). Por el contrario, introduce un criterio —algo dudoso—, como es el de la *idoneidad técnica* de la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA). A su juicio, este instrumento "no permite evaluar una cuestión técnica compleja". Una decisión como esta, perfectamente posible, corresponde adoptarla en primer término a la Administración y, luego, eventualmente podrá ser revisada por la jurisdicción. Aquí, sin embargo, la Corte evade todo el procedimiento administrativo para adoptar ella misma una decisión. Ni siquiera concurre un supuesto de "sustitución", sino que lisa y llanamente existe una "usurpación" de potestades.

Concordante con la sentencia de la CS, y al comentar el caso Itata, para Galindo¹³⁶, con la actual redacción del artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, y aún desde antes, pareciera ya no haber discusión acerca que la actividad administrativa se encuentra sujeta al control jurisdiccional. En principio, puede sostenerse que todo acto de la Administración está sujeto al control de los Tribunales de Justicia, pero una cuestión distinta es sostener que sea el recurso de protección una acción cautelar, de emergencia, de tramitación sumarísima, y destinada a salvaguardar garantías constitucionales agraviadas el procedimiento apropiado para resolver las cuestiones técnicas, relativas a procesos industriales, que se intentaron resolver en este caso. Refiere que "en conocimiento de un recurso de protección, y en conocimiento de otras acciones contenciosas, los Tribunales de Justicia pueden revisar la adecuación a derecho de un acto administrativo. Los límites de su actuación en el caso concreto son, no obstante, objeto de ardua polémica, en especial cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales."

Citando a Sanchez Morón, Galindo continúa señalando que "Podemos

¹³⁶ GALINDO, Mario. (2003), "El "Caso Itata": sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección", en *Revista de Derecho Ambiental*, Año I, N°1, Santiago, pp. 143-167, disponible en <http://es.scribd.com/doc/62730471/Revista-de-Derecho-Ambiental-n1-UCh> (visita 8 de septiembre de 2016)

asumir que la Ley 19.300¹³⁷, y en especial su artículo 16, inciso final, concede a la Administración un grado de discrecionalidad técnica que puede entenderse como uno de “aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica”. A modo de conclusión este autor agrega que las diversas sentencias que han dicho que las cuestiones técnicas o científicas, presentes en toda evaluación de impacto ambiental, no pueden ser discutidas en el ámbito de un recurso de protección, no han declarado que éstas no se encuentren sujetas, en cuanto a su apreciación, a la tutela jurisdiccional. Más bien se ha dicho que la naturaleza propia de la acción, y el procedimiento fijado para su tramitación, determinan que no sea procedente emplearla para introducirse en el estudio y resolución de cuestiones que implican conocimientos de ese orden, materias propias de un juicio declarativo de lato conocimiento, o contencioso-administrativo, en que haya oportunidades de accionar, excepcionar, debatir, fundamentar y probar. La búsqueda de la acción apropiada para discutir las “cuestiones técnicas o científicas”, presentes en toda evaluación de impacto ambiental, permitirá un control más pleno sobre tales actos administrativos, pero, tal acción parece no ser el recurso de protección.

Nos parece que la sentencia de la CS hace un análisis de legalidad sobre el actuar de la administración, en especial de los SSPP con competencia ambiental, que por su especialidad técnica, la ley le ha otorgado un grado de discrecionalidad, que en la sentencia que se comenta se refleja en la inavocabilidad del conocimiento de mérito de la RCA, haciendo nuevamente un guiño a la deferencia técnica de los actos de la administración. Adscribimos por tanto a lo concluido por el máximo tribunal, sin perjuicio que el recurso de protección continúe siendo el procedimiento establecido para garantizar los derechos fundamentales, si éstos han sido lesionados, perturbados o amenazados y requieran un rápido y efectivo resguardo, para que sea eficaz.

¹³⁷ Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente

4.- Conclusiones

Los criterios que debería seguir un juez si resuelve un caso semejante son las siguientes:

Primero: Que las cortes al acoger a trámite el recurso de protección en contra de una RCA, analicen previo a resolver, si ésta fue dictada conforme a la legalidad vigente, esto es, a la normativa que informa a la administración y si se encuentra conforme a los procedimientos mediante los cuales ésta actúa, evitando arrogarse conocimientos técnicos que la ley ha entregado a la discrecionalidad de los órganos del estado llamados a evaluar los proyectos sometidos a su consideración, en especial la determinación de afectación sobre pueblos indígenas.

Segundo: Al existir una magistratura especializada, Tribunales Ambientales, los tribunales superiores de justicia, al enfrentarse a un recurso de protección, en contra una RCA, deben exigir efectivamente se cumplan los requisitos para la procedencia de éste, entre los cuales se encuentra, además de la cautela urgente indispensable para este recurso, que el derecho supuestamente vulnerado sea preexistente e indubitado, no pudiendo rendir probanza sobre el derecho que se reclama. De no ser así, remitir el conocimiento a los Tribunales especiales contra quienes además existe el recurso de casación, llegando a conocer la Corte Suprema, la RCA mediante esta vía.

Tercero: Al tramitar un recurso de protección en materia ambiental, por no efectuarse la consulta indígena del 169 de la OIT, las cortes deben analizar que el recurso contenga la forma en cómo el acto u omisión afecta al derecho, no bastando la mera ilegalidad como fundamento para deducir este recurso. La acción de protección, entonces, sólo debe prosperar si la decisión administrativa impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción consiste en una lesión de derechos.

SENTENCIA NÚMERO SEIS

Santiago, uno de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

A fs. 6 comparece la organización comunitaria “Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi” (en adelante, “la reclamante”, “Los Pueblos indígenas Unidos” () “PIUCT”), representada por el abogado Luis Alberto Jiménez Cáceres, interponiendo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 29 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 871, de 6 de octubre de 2014, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental Una adelante, también “SEA”), que ejecutó el Acuerdo N° 25, de 28 de julio de 2014, del Comité de Ministros (en adelante “Acuerdo N° 25/2014”), a través del cual se resolvió el recurso de reclamación interpuesto por Compañía Minera Paguanta S.A., titular del proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, calificándolo favorablemente.

La reclamante solicita al Tribunal que acoja la acción en todas sus partes y deje sin efecto la resolución impugnada, por no cumplir con la regulación ambiental vigente y no responder adecuadamente a las observaciones presentadas por los PIUCT.

Además, solicita que se deje sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto (en adelante, también “la RCA”) y se elabore un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, a través del cual el titular se pronuncie, específicamente, sobre los aspectos cuestionados, para lo cual considera necesario que la autoridad convoque a una consulta indígena previa, conforme a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT.

I. Antecedentes de la evaluación del proyecto

El proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” consiste en la ejecución de un programa de prospección geológica, mediante la realización de 63 sondajes que completan 14.000 metros de perforación, de los cuales 3.000 metros se realizan

por método de aire reverso y 11.000 por método diamantina. Se habilitarán 13 plataformas de perforación y 1 km. de caminos de acceso a ellas. En forma complementaria, se construirán 53 piscinas impermeabilizadas, de decantación de lodos de perforación. El

objetivo de la prospección es determinar y cuantificar los recursos y las reservas del depósito de mineral, de potencial interés económico, para evaluar la factibilidad de su explotación.

El proyecto ingresó a evaluación vía Declaración de Impacto Ambiental (en adelante "DIA") el 9 de diciembre de 2010 y fue calificado favorablemente por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, mediante RCA N° 81/2011, de 29 de agosto de 2011. En contra. de dicha resolución, comuneros de la Quebrada de Tarapacá recurrieron de protección ante la Il. Corte de Apelaciones de Iquique, solicitando que fuera dejada sin efecto, que el proyecto ingresara al SEIA vía Estudio de Impacto Ambiental (en adelante "EIA") y que se impusiera al Estado la obligación de consultar a los pueblos indígenas en la forma contemplada en el artículo 6 del Convenio

169 de la OIT. Por sentencia de 8 de noviembre de 2011 (Rol N° 472-2011) se desestimó el recurso. Sin embargo, el 30 de marzo de 2012 la Excm. Corte Suprema (Rol N° 11.040-2011) revocó dicho fallo y acogió la acción cautelar, dejando sin efecto la RCA N° 81/2011 y ordenando que el proyecto se sometiera a evaluación mediante un EIA, cuyo proceso de participación ciudadana, previsto en la Ley N° 19.300, se rigiera por los estándares del referido Convenio.

En cumplimiento de lo resuelto por el máximo tribunal, el 11 de enero de 2013, el titular ingresó a evaluación ambiental un EIA. Éste fue calificado desfavorablemente por la RCA N° 37, de 27 de marzo de 2014, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá. En su contra, el 15 de mayo de 2014, el titular recurrió ante el Comité de Ministros, el cual, como se señaló, acogió el recurso, calificando favorablemente el proyecto.

II. Alegaciones de la reclamante

La reclamante funda el recurso en la circunstancia que varias de las observaciones que formuló durante la evaluación del proyecto, a su juicio, no fueron debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución impugnada.

II.1 La forma de consideración

En primer lugar, señala que la adecuada consideración de las observaciones ciudadanas debe ceñirse a los criterios de completitud y precisión, autosuficiencia e independencia, fijados por el Director Ejecutivo del SEA en el Of. Ord. de 1º de abril de 2013, los cuales permiten aclarar que debe entenderse por “dar respuesta fundada” y “considerar” las observaciones ciudadanas en el procedimiento de evaluación ambiental.

II.2. La determinación del área de influencia del proyecto

En segundo lugar, señala que durante la evaluación formuló observaciones, a fin de controvertir las definiciones de “área de influencia directa” y “área de influencia indirecta” de la RCA N° 37-2014. En efecto, en dicha resolución se definió como Área de Influencia Directa (AED) a la localidad de Cultane y las rutas utilizadas por el proyecto para acceder al área de faenas: CH-15 y camino de Alto Casiri, y como Área de Influencia Indirecta (AII), las localidades de Huara, Huarasiña, Tarapacá, Pachica, Laonzana-Uskuma, Mocha, Huaviña, Limaxiña, Sibaya y Achacagua.

La reclamante alega que el AID es más extensa que la descrita por el titular, y que todas las comunidades que integran su organización deben ser incluidas dentro del estudio sobre el componente humano, en atención a que el área geográfica en que se emplaza el proyecto se ubica dentro del territorio de los PIUCT, unificado desde tiempos inmemoriales, y que dicha dimensión colectiva está amparada por el Convenio N° 169 de la OIT y demás normativa internacional, lo que se demostró con el

informe antropológico acompañado con la presentación de las observaciones ciudadanas durante la evaluación del proyecto.

Señala, además, que existe una solicitud de exploración de aguas subterráneas, por un caudal de hasta 100 litros por segundo que abarca un área de 52.600 ha., dentro del territorio de la Cuenca de Tarapacá, lo que afectaría el abastecimiento

hídrico de varias comunidades, pese a que el titular expresamente afirmó que el proyecto no contemplaba la explotación de recurso hídrico.

Además, hace presente que la autoridad no respondió adecuadamente a las observaciones, y que:

- i) Tanto el ICE como la RCA omiten abordar la observación sobre el territorio unificado de los PIUCT, limitándose a reiterar que Cultane es la única comunidad afectada, por lo que la respuesta es insuficiente ya que no se señala fundamentación que la justifique. Agrega que, en las respuestas a las observaciones 1 y 16, toda la argumentación se sustenta en lo señalado en el Protocolo de Acuerdo suscrito por el titular con dicha comunidad, lo que a su vez reproduce lo señalado por aquél en su EIA;
- ii) las respuestas a la observaciones 1 y 16 son incompletas, pues no hacen mención a la dimensión colectiva del territorio, amparada por el Convenio 169 de la OIT;
- iii) las respuestas a las observaciones 1, 16 y 30 no se hacen cargo del contenido del informe antropológico, el que da cuenta de las alteraciones significativas que el proyecto ocasiona en los modos de vida, no sólo de la comunidad de Cultane, sino en el resto de las comunidades que forman el PIUCT;
- iv) ni el ICE, ni la RCA, responden a la observación relativa a la relación territorial y cultural entre Sibaya y Cultane;y
- v) respecto de la solicitud de concesión de aguas subterráneas, la autoridad se limita a reiterar la respuesta del titular del proyecto, sin realizar una comprobación de la información, ni señalar su finalidad última.

En cuanto al AII, la reclamante señala que esta corresponde a la comuna de Huara y la ciudad de Iquique, atendido que en ambas se verá afectado el suministro de agua potable, que es abastecido por las reservas de agua subterránea de la Pampa del Tamarugal, la que, a su vez, se alimenta de las aguas subterráneas que bajan desde la Cuenca de Tarapacá, Coscaya y Aroma. Asimismo, sostiene que se producirá una afectación de ambas zonas, por el aumento de la migración rural desde la cuenca y se afectará el abastecimiento de

producción agrícola, por la desaparición de la agricultura, a raíz de la merma y contaminación de las aguas.

Agrega que, respecto de las observaciones formuladas en esta materia, tampoco hay una respuesta adecuada por parte de la autoridad, ya que sólo reprodujo lo afirmado por el titular del proyecto.

II.3. La consulta indígena

En tercer término, la reclamante se refiere a la regulación de la consulta indígena, contemplada en los artículos 6 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación, plantea que el objeto de la controversia radica en determinar si el proyecto sólo es susceptible de afectar directamente; a la comunidad de Cultane, como pretende el titular y el reclamado, o si, además, la susceptibilidad de afectación directa abarca a los PIUCT, caso en el cual éstos serían sujetos de la consulta prevista en el referido Convenio.

Hace presente los requisitos que debe cumplir la consulta de acuerdo al estándar internacional, refiriéndose en particular a la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 15 del Convenio. Asimismo, se refiere a la obligación de consensuar los mecanismos a través de los cuales se verifica la consulta, señalando que ésta “emana de la naturaleza misma del derecho a la participación, que sustenta la obligación estatal de consulta previa”.

Señala que la autoridad ambiental, mediante resolución N° 148, de 6 de diciembre de 2013, convocó al proceso de consulta indígena exclusivamente a la comunidad de Cultane, aplicando un criterio extremadamente estrecho para establecer que comunidades eran susceptibles de verse afectadas por el proyecto, sin considerar a quienes habían obtenido amparo judicial para ejercer el derecho de consulta que les había sido conculcado. Agrega que el criterio de la autoridad fue el mismo que propuso el titular. Asimismo, señala que la Corte Suprema fundamentó su decisión de dejar sin efecto la primera RCA (N° 81/2011) no sólo en la circunstancia de encontrarse el proyecto en las cercanías de la comunidad de Cultane, sino

también y sobre todo en la existencia del Área de Desarrollo Indígena (en adelante, también "ADI") "Jiwasa Orage".

Hace presente que la medida cautelar ordenada por la Corte Suprema, al acoger el recurso de protección interpuesto en contra de la primera RCA, consistió en que el proyecto se sometiera a evaluación vía EIA, cuyo proceso de participación se ajustara al estándar del Convenio 169.

Asimismo, sostiene que el máximo "tribunal nunca ordenó ni especificó cuáles eran los grupos humanos indígenas que debían formar parte de la consulta, pues dicho análisis debía efectuarse en el marco del SEIA.

También afirma que el Comité de Ministros, al determinar que Cultane era la única comunidad afectada por el proyecto, erró y no se hizo cargo de la observación planteada al respecto, y que en su acuerdo omite deliberadamente una cuestión esencial, a saber, que lo determinante es la ubicación del proyecto en el ADI "Jiwasa Orage".

Asimismo, señala que ni en la resolución impugnada ni en el ICE se respondieron adecuadamente las observaciones planteadas por ellos en lo relativo a la consulta. En particular se refiere a la Observación N° 3, que plantea que los PIUCT son afectados directamente por el proyecto. Al respecto, señala que los factores de afectación directa son:

- i) el emplazamiento del proyecto en tierras que forman parte del territorio reivindicado, lo que ha tenido reconocimiento del Estado, a través de la creación del ADI (obs. 5, 29.2, 38.3);
- ii) la posibilidad cierta que se dañe el acuífero y se contaminen las aguas ancestrales de las comunidades ubicadas aguas abajo durante el procedimiento de sondaje (obs. 44.4); y
- iii) la existencia de una situación especial con Sibaya, en la medida que Paguanta ha sido un lugar ancestral de pastoreo (obs. 38.7).

Agrega que la susceptibilidad de afectación directa no puede determinarse unilateralmente por el titular o la autoridad, sino que requiere la participación de las comunidades, única forma de garantizar sus derechos, dentro de un "marco de interculturalidad. Afirma que esta observación no fue debidamente respondida en

el proceso de evaluación y que el Comité de Ministros estimó que la consulta llevada a cabo exclusivamente en la comunidad de Cultane, cumplía con la normativa ambiental, por ser la única comunidad directamente afectada, y no existir susceptibilidad de afectación directa de otras comunidades indígenas.

Asimismo, rechaza la homologación efectuada por el Comité de Ministros, de la afectación requerida por el Convenio con los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por cuanto la determinación de éstos pasaría por agentes externos a las comunidades. Señala que no es necesario que los órganos técnicos o el tribunal certifiquen la producción de los referidos efectos para hacer obligatoria la consulta, y que entender lo contrario equivaldría a decir que la consulta procede cuando hay afectación directa determinada y no para determinar si la hay y cuál es.

Además, plantea que el principio de flexibilidad alegado por el Comité de Ministros, no puede utilizarse para restringir derechos y debe atenerse a los estándares internacionales de los órganos de control de las obligaciones internacionales del Convenio. Por último, señala que los mecanismos de participación ciudadana no satisfacen las especiales características de la consulta indígena.

III. Alegaciones del reclamado

A fs. 55 rola informe del reclamado, de 11 de diciembre de 2014, en el cual solicita el rechazo de la reclamación en todas sus partes, por carecer de fundamentos, con condena en costas.

III.1. Extemporaneidad de la acción

El primer lugar, alega que la acción es extemporánea, en atención a que el plazo para deducirla es de días corridos y fatales, de acuerdo al artículo 50 del Código Civil. Atendido que la resolución impugnada fue notificada el 10 de octubre de 2014, el plazo de 30 días corridos venció el 9 de noviembre de 2014, mientras que la reclamación se interpuso el día 24 del mismo mes y año.

III.2. Falta de legitimidad activa

En segundo lugar, alega la falta de legitimidad activa de la reclamante, por ausencia de los presupuestos de impugnación exigidos por la ley. Afirma que la

reclamación ante este Tribunal sólo puede interponerla aquél que haya deducido el recurso administrativo del artículo 20 de la Ley N° 19.300, lo que implica el agotamiento de la vía administrativa. Señala que la reclamante no cumplió con los presupuestos de impugnación exigidos por la ley en relación a los artículos 28 y 29 de la Ley N° 19.300, ya que no dedujo reclamo administrativo en contra de la RCA N° 37/2014, que calificó desfavorablemente el proyecto, sino que se conformó con ella, limitándose a comparecer en la etapa recursiva ante el Comité de Ministros - haciéndose parte - en virtud de la reclamación administrativa interpuesta por el titular del proyecto. Hace presente, además, que la reclamante podría haber accedido a esta judicatura recurriendo a la acción contemplada en el N° 8 del artículo 17 de la Ley N° 20.600, previa solicitud de invalidación administrativa ante el Director Ejecutivo del SEA.

III.3. Bebida consideración de las observaciones presentadas por el reclamante en el procedimiento de participación ciudadana.

En tercer lugar, sostiene que las observaciones de la reclamante fueron debidamente consideradas en su mérito por la autoridad, de acuerdo a la normativa vigente, y debidamente respondidas en el procedimiento de evaluación ambiental, tanto en la RCA N° 37/2014, como en la Resolución Exenta N° 871/2014. Afirma que el hecho que las respuestas a las observaciones no fueran coincidentes con las pretensiones de los reclamantes, no implica necesariamente que éstas no hayan sido debidamente

consideradas. Distingue entre la consideración de las observaciones efectuadas en el proceso de participación ciudadana, propia de la evaluación ambiental, y la legalidad, mérito, oportunidad o conveniencia que debe analizar el Comité de Ministros en la fase recursiva. Señala que el fundamento real de la reclamación no es la falta de la debida consideración de las observaciones, sino la disconformidad con la revisión de la legalidad, mérito, oportunidad o conveniencia, efectuada por dicho órgano, presupuestos que no pueden confundirse.

A continuación, efectúa un análisis pormenorizado de las observaciones realizadas durante el proceso de participación ambiental ciudadana y sus respuestas:

a) Determinación del AID. Sostiene que la reclamante no señala que la calificación ambiental del proyecto pudiera provocar impactos ambientales significativos del artículo 11 de la Ley N° 19.300, respecto de comunidades distintas a la Comunidad Indígena Aymara de Cultane. Agrega, que la respuesta de la autoridad ambiental se hace cargo de dicha observación, que el AID declarada por el titular obedece a las características del proyecto, y que el único grupo indígena respecto del cual existe una posibilidad de afectación directa es dicha comunidad.

b) Contenido del informe antropológico acompañado por la reclamante. Al respecto, señala que en las observaciones realizadas durante el proceso de participación ciudadana, así como en la reclamación, no se cita ningún pasaje concreto de dicho informe que dé cuenta de los impactos ambientales significativos que la actora menciona. Agrega que de la revisión del informe, sólo es posible encontrar impactos ambientales significativos relacionados con un eventual futuro proyecto de explotación minera, que aún no ha sido sometido a evaluación ambiental, pero que nada dice sobre los impactos ambientales significativos generados por el proyecto en análisis.

c) Territorio ancestral reivindicado por la comunidad de Sibaya. Señala que el hecho que el poblado de Cultane se encuentre, según el informe antropológico acompañado por la reclamante, dentro del territorio ancestral de Sibaya, no es materia respecto de la cual deba pronunciarse el proceso de evaluación ambiental, ya que lo excede. Plantea que el SEIA no está construido para reconocer las expectativas de los pueblos indígenas, sino para identificar los eventuales impactos ambientales significativos o afectación directa para hacerse cargo de ellos en forma adecuada.

d) Solicitud de exploración de aguas subterráneas. Afirma que, de acuerdo a lo declarado por el titular, el proyecto no utilizaría aguas subterráneas, sino que se abastecería de agua desde otro sector, por parte de la empresa Aguas del Altiplano S.A. Agrega que, a la autoridad ambiental no le corresponde pronunciarse respecto de la solicitud de exploración de aguas subterráneas presentada por el titular, sobre todo si dicha solicitud tiene relación con otro proyecto que eventualmente se someterá a evaluación ambiental en el futuro.

Asimismo, plantea que si al titular se le autoriza para explorar aguas subterráneas y decide utilizarla en el proyecto de autos, estaría infringiendo la RCA, lo que podría ser sancionado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

e) Área de Influencia Indirecta. Alega que la respuesta de la autoridad ambiental se hace cargo debidamente de las observaciones, puesto que señala que el agua que será utilizada por el proyecto se obtendrá de la empresa Aguas del Altiplano S.A., la que cuenta con las autorizaciones ambientales para el aprovechamiento del agua desde el acuífero de la Pampa de Tamarugal, de forma que no se afectará el consumo de agua en las localidades de Huara e Iquique, comprendidas, según la reclamante en el AI del proyecto.

III.4. Consulta. efectuada cumplió con los estándares, internacionales y con lo ordenado por la Corte Suprema

El reclamado afirma que la consulta cumplió con dichos estándares, puesto que: i) fue previa a la decisión de la autoridad; ii) se realizó de buena fe; iii) mediante procedimientos adecuados; iv) a través de las instituciones representativas de la comunidad de Cultane; v) en forma apropiada a las circunstancias y vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas. Además, señala que la evaluación dio estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Suprema, puesto que el proyecto ingresó al SEIA vía EIA y se realizó el correspondiente proceso de consulta conforme al Convenio N° 169, teniendo en especial consideración la existencia del ADI “Jiwasá Orage” y la cercanía del proyecto al poblado de Cultane

Además, señala que el proyecto no se encuentra en ninguna de las hipótesis que, de acuerdo a la reclamante, hacen exigible el consentimiento previo de los pueblos indígenas.

A continuación, analiza el contenido de la sentencia de la Corte Suprema, señalando que ésta no definió cuáles eran las organizaciones indígenas que debían participar en la consulta y que tampoco podría haberlo hecho, atendida la naturaleza del recurso de protección y por tratarse de una materia técnica que corresponde ser analizada en el marco del SEIA. Afirma que lo ordenado en dicha

sentencia no fue a realización de la consulta a todas las organizaciones de la Cuenca de Tarapacá, sino el sometimiento del proyecto a un EIA, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en la Ley 19.300, se rigiera por los estándares del Convenio 169 de la OIT. Señala que la reclamante entiende incorrectamente el mandato de la Corte, asumiendo que lo ordenado era que todos los grupos humanos de la Quebrada de Tarapacá formaran parte del proceso de consulta, sin considerar que para determinar la posibilidad de afectación directa a pueblos indígenas es necesario que se lleve a cabo un proceso de evaluación ambiental, en el que se califique dicha circunstancia con antecedentes concretos.

Agrega que, tanto la existencia del ADI, como la cercanía del poblado de Cultane al proyecto, fueron elementos determinantes en el análisis que realizó la autoridad ambiental al momento de cumplir lo ordenado por la Corte Suprema, y que la realización de una actividad o proyecto en dicha área no implica per se que se está ante la posibilidad de generación de un impacto ambiental significativo sobre grupos indígenas.

Además, señala como la reclamante no entrega mayores antecedentes respecto de la forma en que el emplazamiento del proyecto, en una parte pequeña del territorio reivindicado, podría afectar a un grupo humano diferente a la comunidad de Cultane y que tampoco refiere la forma como el procedimiento de sondaje contaminaría las aguas ancestrales, toda vez que los trabajos que se realizarían no consideran la disposición de residuos contaminantes capaces de producir el efecto señalado.

Sostiene que el proyecto no produce una afectación directa o impacto ambiental significativo respecto de la reclamante, y lo justifica en su breve duración.

Agrega que, teniendo en cuenta las características del proyecto, durante todo el proceso de evaluación ambiental se realizó un análisis detallado respecto de la concurrencia de los impactos ambientales, con especial énfasis en la posible producción de efectos, características y circunstancias que tuvieran la capacidad de afectar directamente a los pueblos indígenas. Afirma que la posibilidad de que organizaciones indígenas distintas a la comunidad de Cultane sean afectadas

directamente por el proyecto, fue descartada durante la evaluación ambiental, teniendo en consideración los antecedentes del mismo y las propias observaciones presentadas por las organizaciones indígenas de la Quebrada de Tarapacá durante el proceso de participación ciudadana, las que fueron debidamente consideradas.

Señala que la consulta no es un mecanismo para determinar la eventual afectación directa, sino para alcanzar acuerdos respecto de una medida administrativa cuando la posibilidad de afectación directa ya ha sido prevista.

Luego, se refiere a la determinación de la posibilidad de afectación directa de acuerdo a lo sostenido por los tribunales superiores de justicia. Señala que la relación existente entre los conceptos “impacto ambiental significativo” y “afectación directa” es tan estrecha que llegan a identificarse, de acuerdo al criterio sustentado por la Corte Suprema. Señala que lo anterior se debe a que la afectación directa sobre pueblos indígenas se encuentra comprendida en los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, razón por la cual cada vez que se produzca un impacto ambiental significativo sobre algún grupo humano perteneciente a los pueblos indígenas, nacerá la obligación de realizar la consulta conforme al Convenio N° 169.

Concluye, que no obstante no proceder la realización de una consulta indígena respecto de la reclamante, por haberse descartado una afectación directa, igualmente tuvo el derecho que tiene toda la población, de hacer presente sus observaciones durante la evaluación ambiental.

El 24 de diciembre de 2014 (fs. 137) el titular se hizo parte como tercero coadyuvante, atendido el interés actual que invocó respecto de la reclamación, lo que fue aceptado mediante resolución de 6 de enero de 2015, que rola a fs. 139.

El 23 de abril de 2015 (fs. 141) el titular presentó un escrito “téngase presente”, el que fue proveído por resolución de 27 de abril de 2015, que rola a fs. 165. En él sostuvo que la reclamación debía ser rechazada, atendido que:

i) La reclamante carece de legitimación activa: señala que para deducir la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, es necesario que la

reclamante previamente haya agotado la vía administrativa, lo que en este caso no ocurrió.

ii) La reclamada carece de legitimidad pasiva: puesto que la reclamación es errónea, en cuanto es impetrada en contra de la resolución de un órgano que no modificó la debida consideración de las observaciones ciudadanas contenidas en los fundamentos de la RCA N° 37/2014.

iii) No procede la interposición de la reclamación: atendido que las observaciones ciudadanas han sido debidamente consideradas por la autoridad ambiental.

iv) La determinación del área de influencia se efectuó en conformidad con la normativa aplicable: el objetivo de aquélla es determinar o descartar la presencia de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por lo que su alcance o extensión dependerá directamente de los impactos que genera un proyecto respecto de cada componente del medio ambiente.

v) Se ha dado cumplimiento a la obligación de consulta indígena contenida en el Convenio 169 de la OIT, de acuerdo a los estándares internacionales y a las exigencias del fallo de la Corte Suprema. Señala que las comunidades que componen la organización reclamante no son sujetos susceptibles de afectación directa, razón por la cual no se efectuó a su respecto el proceso de consulta indígena.

Por último, se refiere a los pronunciamientos de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante, “CONADI”) durante la evaluación. Señala que dicho órgano durante la evaluación no cuestionó el criterio del titular en orden a que la única comunidad afectada directamente era la de Cultane, y que no obstante ello, al momento de visar el ICE, inexplicablemente manifestó su disconformidad con el proyecto, pronunciamiento que, a su juicio, fue extemporáneo.

El 29 de abril de 2015 se efectuó la vista de la causa, en la que alegaron los abogados Nancy Yañez Fuenzalida, por la reclamante, Javier Naranjo Solano, por la reclamada, y Martín Astorga Fourt, por el tercero coadyuvante. A fs. 168 se certificó que la causa quedó en estudio a contar de la referida fecha.

El 27 de noviembre de 2015 la causa quedó en estado de acuerdo, según consta en resolución que rola a fs. 169.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, para una mejor comprensión de la sentencia, el Tribunal, durante el desarrollo de esta parte considerativa - conforme a los argumentos expuestos por las parte -, abordará las siguientes materias:

I) De la competencia del Tribunal.

II) De las alegaciones preliminares planteadas por la reclamada y el tercero coadyuvante:

1. De la extemporaneidad de la reclamación.

2. De la falta de legitimación activa de la reclamante por omisión de los presupuestos de impugnación.

3. De la legitimación pasiva del reclamado.

III) De la debida consideración de observaciones ciudadanas en la resolución reclamada.

I) DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Segundo. Que, el artículo 29 de la Ley N° 19.300, en su inciso final, establece que cualquier persona natural o jurídica, que haya formulado observaciones dentro del proceso de participación ciudadana y estime que éstas “no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado

en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”. Por su parte, este último dispone que “en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería” y que “estos recursos deberán ser

interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida”.

Tercero. Que, el inciso cuarto del referido artículo 20 establece que “de lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley”. Dicho precepto legal prescribe que “será competente para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley que lo crea”.

Cuarto. Que el numeral 6º del artículo 17 de la Ley N° 20.600, establece que los Tribunales Ambientales serán competentes para “conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley”. Agrega que “será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”.

Quinto. Que, como se señaló en la parte expositiva de esta sentencia, la reclamación se dirige en contra de la Resolución Exenta N° 871, de 6 de octubre de 2014, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que ejecutó el Acuerdo N° 25/2014, del Comité de Ministros, de 28 de julio del mismo año, el cual, resolviendo la reclamación interpuesta por el titular del proyecto, lo calificó favorablemente.

Sexto. Que, en conclusión, este Tribunal es competente para conocer de la reclamación interpuesta por falta de la debida consideración de las observaciones ciudadanas -formuladas en la evaluación del Proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”- en los términos del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en relación con los artículos 20 y 29 de la Ley N° 19.300.

II) DE LAS ALEGACIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR LA RECLAMADA Y EL TERCERO COADYUVANTE

II.1. De la extemporaneidad de la reclamación

Séptimo. Que, el reclamado alega la extemporaneidad de la acción, en atención a que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 50 del Código Civil - el plazo para deducirla es de días corridos, el que habría vencido el 9 de noviembre de 2014, en circunstancias que la reclamación se interpuso el día 24 del mismo mes.

Octavo. Que, para pronunciarse sobre dicha alegación, este Tribunal, en primer lugar, debe determinar la naturaleza del plazo de 30 días que la ley establece para interponer la reclamación. Atendido que dicho plazo se encuentra establecido en el artículo 20 de la Ley N° 19.300, por remisión del artículo 29, forzoso es concluir que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 88 de dicho cuerpo legal, el cual establece que “todos los plazos establecidos en esta ley serán de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábado, domingo y festivos”. Por consiguiente, no resultan aplicables, al efecto, los artículos 50 del Código Civil y 66 del Código de Procedimiento Civil, como alegó el reclamado.

Noveno. Que, según consta de los documentos que rolan a fs. 4 y 5, la resolución reclamada, de 6 de octubre de 2014, fue comunicada a la actora por carta certificada, asignada con el N° de envío 1004189396335, y recibida en la oficina de correos el día 7 de octubre de 2014, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley N° 19.880, se debe entender notificada el día 10 de octubre de 2014, fecha a partir de la cual comienza a contarse el plazo de 30 días hábiles. Dicho plazo venció el 24 de noviembre de 2014, día en que se interpuso la reclamación, por lo que necesario es concluir que ésta fue deducida oportunamente, razón por la cual la alegación de extemporaneidad será desestimada.

II.2. De la falta de legitimación activa de la reclamante por omisión de los presupuestos de impugnación

Décimo. Que, tanto el reclamado como el tercero coadyuvante, alegan la falta de legitimación activa de la reclamante, por no cumplir con los presupuestos de impugnación exigidos por los artículos 20 y 29 de la Ley N° 19.300, para deducir la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en atención, principalmente, a que no habría agotado la vía administrativa previa, mediante la interposición de la respectiva reclamación ante el Comité de Ministros;

Undécimo. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 N° 5 de la Ley N° 20.600, podrán intervenir como partes “en los casos de los numerales 5) y 6) (del artículo 17), las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley”. En esta materia, este Tribunal ha fallado que dicha acción “sólo puede ser ejercida por quienes hayan sido parte de un proceso de participación ciudadana cuando sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, y se haya agotado la vía recursiva administrativa” (“Castillo Pitripan y otros/Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”, Rol R N° 16-2013, sentencia de 18 de julio de 2014, considerando cuarto).

Duodécimo. Que, según consta en el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, “ICE”) y en la RCA 33/2014, durante la evaluación del proyecto, además de la Comunidad Aymara de Cultane, formularon observaciones las siguientes organizaciones: Junta de Vecinos de Sibaya, Comunidad Indígena Aymara de Sibaya, Junta de Vecinos de Laonzana, Comunidad Indígena de Coscaya, Junta de Vecinos de Chiapa, Comunidad Indígena de Chusmiza, Junta de Vecinos de Coscoya, Comunidad Indígena de Casablanca, Comunidad Indígena de Poroma, Comunidad Indígena de Limaxiña y la Asociación indígena Aymara Hijos de Huaviña (observaciones N°s 2 a 69, páginas 30 a 96 de la RCA).

Decimotercero. Que, atendido lo anterior, es posible advertir que las comunidades integrantes de los PIUCT efectivamente participaron del procedimiento de evaluación ambiental, formulando observaciones durante el proceso de participación ciudadana, circunstancia que el mismo reclamado reconoce.

Decimo cuarto. Que, para determinar si los reclamantes son legitimados para interponer la reclamación que dio origen a estos autos, es necesario recurrir a una interpretación sistemática de los artículos 17 N° 6 y 18 N° 5 de la Ley N° 20.600, en los términos del inciso primero del artículo 22 del Código Civil. En efecto, dicho precepto legal establece que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, razón por la cual resulta insuficiente resolver esta materia en base a una interpretación literal de los referidos preceptos legales.

Decimoquinto. Que, por consiguiente, no puede estimarse que la actora se conformó con la consideración de las observaciones en el procedimiento de evaluación y no agotó previamente la vía administrativa, por la circunstancia de no haber reclamado ante el Comité de Ministros en contra de la RCA N° 37/2014, máxime si, en este caso, dicha resolución satisfizo sus pretensiones al calificar desfavorablemente el proyecto. Lo relevante, para efectos de cumplir con el agotamiento de la vía administrativa, es que los recursos administrativos que procedan hayan sido interpuestos y se encuentren resueltos, independientemente de quién los interpuso. De seguirse el criterio contrario quedarían en indefensión todos aquellos que, habiendo intervenido en un proceso de participación ciudadana, no reclaman administrativamente, por haber concluido la evaluación ambiental de acuerdo a sus pretensiones.

Decimosexto. Que, además, una razonable interpretación del artículo 18 N° 5 exige tener presente que la reclamación administrativa del artículo 29, en relación con el artículo 20 de la Ley N° 19.300, se interpone en contra de lo resuelto en la respectiva RCA. Por consiguiente, como lo resolutive de la RCA 37/2014 -el rechazo del proyecto- coincidía con la pretensión de la reclamante, es del todo lógico que ésta no haya deducido reclamación administrativa. Lo anterior, no implica que se encuentre en la imposibilidad de reclamar judicialmente si luego, en la etapa recursiva administrativa, esa decisión fuera revertida, en virtud de una reclamación interpuesta por otro interesado. Por consiguiente, no resulta razonable exigir el agotamiento de la vía administrativa a quien se conformó con el contenido de la RCA.

Decimoséptimo. Que, en conclusión, lo fundamental es que la vía administrativa haya sido agotada, sin exigir que quien reclama judicialmente sea si mismo que interpuso el recurso administrativo. Una interpretación distinta, llevaría a que se vea forzado a interponer recursos aquél cuyas pretensiones fueron satisfechas en la respectiva RCA, desvirtuando, de esta forma, la etapa recursiva.

Decimoctavo. Que, a mayor abundamiento, la reclamante compareció en sede recursiva administrativa, ante el Comité de Ministros, haciéndose parte, en la reclamación interpuesta por Compañía Minera Paguanta. De esta forma, aunque no interpuso reclamación, si hizo valer sus pretensiones ante dicho órgano, en su calidad de interesado, en los términos de los numerales 2º y 3º del artículo 21 de la Ley N° 19.880, como expresamente señaló, al hacerse parte.

Decimonoveno. Que, en consecuencia, este Tribunal considera que los reclamantes tienen legitimación activa, al concurrir los presupuestos de impugnación que hacen procedente la acción del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, razón por la cual la alegación de falta de legitimación activa será rechazada.

II.3. De la legitimación pasiva del reclamado

Vigésimo. Que, el tercero coadyuvante alega que la reclamante carece de legitimación pasiva, al haberse impetrado la reclamación en contra de una resolución emitida por un órgano que no modificó la debida consideración de las observaciones ciudadanas contenidas en los fundamentos de la RCA 37/2014.

Para resolver esta alegación, es necesario tener presente la relación entre dichas observaciones y el proceso de consulta indígena, reflejada tanto en la resolución recurrida, como en el acuerdo del Comité de Ministros.

Vigésimo primero. Que, revisado el considerando 5º de la RCA N° 37/2014, relativo a las observaciones ciudadanas al Estudio de Impacto Ambiental, se advierte que algunas de dichas observaciones se refieren directamente al proceso de consulta indígena y a los estándares que éste debe cumplir, de acuerdo a las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT. En efecto, se trata -de acuerdo a la sistematización que de ellas hace la RCA- de las observaciones N°s 4 (p. 323, 6 (p. 34), 30 (p. 53), 39 (p. 64), 45 (p. 33), 4º (p. 77), 53 (p. 83), 54 (p. 84), y 69 (p.

96). De lo anterior, se desprende que, aun cuando se trata de instituciones distintas, en el proyecto de autos no es posible disociarlas.

Vigésimo segundo. Que, 11 el resuelvo 2° de la resolución recurrida se reemplaza el considerando 12° de la RCA 37/2014, por uno nuevo que aborda directamente el objeto de las observaciones mencionadas en el considerando precedente, esto es, el proceso de consulta indígena, de acuerdo a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT y, en particular, la susceptibilidad de afectación directa.

Vigésimo tercero. Que, por consiguiente, la resolución recurrida se vincula, a través de su pronunciamiento sobre la consulta indígena y la susceptibilidad de afectación directa,

con las observaciones ciudadanas formuladas durante la evaluación del proyecto.

Vigésimo cuarto. Que, en síntesis, respecto de esta alegación, forzoso es concluir que no puede efectuarse una diferenciación categórica entre lo resuelto por la Resolución Exenta N° 871, del Director Ejecutivo del SEA, en aplicación del Acuerdo N° 25/2014 del Comité de Ministro y las observaciones ciudadanas efectuadas durante la evaluación, atendido que algunas de éstas tienen relación directa con el alcance de dicha consulta.

Vigésimo quinto. Que, por lo razonado en los considerandos precedentes, este Tribunal concluye que la resolución recurrida, al calificar el proceso de consulta indígena y la susceptibilidad de afectación directa, modificando la RCA 37/2014, se pronunció sobre la consideración de las observaciones ciudadanas referidas a dichas materias, por lo que será desestimada la alegación sobre el particular.

III) DE LA DEBIDA CONSIDERACIÓN DE OBSERVACIONES CIUDADANAS EN LA RESOLUCIÓN RECLAMADA

Vigésimo sexto. Que, desestimadas las alegaciones formales, este Tribunal debe pronunciarse sobre el fondo de la reclamación y sus peticiones concretas, a saber:

i) que se deje sin efecto la resolución impugnada, por no cumplir con la normativa ambiental y no haberse considerado adecuadamente las observaciones ciudadanas che la actora, relativas al área de influencia del proyecto, la

susceptibilidad de afectación directa y el proceso de consulta indígena; ii) que se elabore un nuevo Estudio de Impacto Ambiental; y iii) que la autoridad lleve a cabo un proceso de consulta indígena, de acuerdo a las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT.

Vigésimo séptimo. Que, atendida la naturaleza de la acción deducida, el pronunciamiento de este Tribunal se limitará a determinar si la autoridad efectuó una debida consideración de las observaciones ciudadanas, referidas a las materias sobre las cuales se pronunció la resolución reclamada, esto es, el proceso de consulta indígena y la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades PIUCT adicionalmente a la comunidad de Cultane.

Vigésimo octavo. Que, cabe tener presente que la RCA 37/2014, en su considerando 12, señala que “el Proceso de Consulta Indígena realizado fue parcial, dado que no se consideró a todos los pueblos de la Quebrada de Tarapacá por lo que no se cumplió cabalmente con la Consulta Indígena, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1° de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, los Art. 85 y 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Art. N° 6 del Convenio 169 de la OIT y la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema caratulada “Marcelo Condore Vilca con Compañía Minera Paguanta S.A.” en causa Rol N° 11.040-2011, de 30 de marzo de 2012”. Agrega que “es contradictorio que para el proceso de Participación Ciudadana se haya realizado con los demás Grupos Humanos de la Quebrada de Tarapacá, y que no se haya realizado de la misma forma el Proceso de Consulta Indígena”.

Vigésimo noveno. Que, por su parte, el Comité de Ministros, en su Acuerdo N° 25, resolvió que la RCA 37/2014 careció de la debida fundamentación para rechazar el proyecto, al estimar que sus fundamentos fueron improcedentes por: i) no haberse vulnerado el artículo 1° de la Ley 19.300; ii) no ser aplicables los artículos 85 y 86 del Reglamento del SEIA; y iii) haberse cumplido con el deber de consulta en los términos del Convenio 169, y con lo ordenado por la Excma. Corte Suprema. Además, consideró que: i) no se cumplió con el deber de fundamentación de los actos administrativos, establecido en el artículo 41 de la Ley N° 19.880; y, ii) que los integrantes de la Comisión de Evaluación de la Región

de Tarapacá no fundaron adecuadamente sus votos de rechazo, máxime si el ICE, emanado del SEA regional, recomendó la aprobación del proyecto.

Trigésimo. Que, la resolución recurrida, junto con reemplazar el resuelvo de la RCA 37/2014, calificando favorablemente el proyecto, reemplazó el considerando 12º de la misma, declarando: i) la conformidad del proceso de consulta indígena con los estándares del Convenio N° 169 y con la sentencia de la Excma. Corte Suprema, recaído en el recurso de protección; ii) la afectación directa limitada exclusivamente a la Comunidad de Cultane; y iii) la no susceptibilidad de afectación de otras comunidades.

Trigésimo primero. Que, conforme a lo dispuesto en el N° 1 del artículo 6º del Convenio 169 de la O.I.T., el criterio para efectuar la consulta indígena a los pueblos interesados, respecto de medidas legislativas administrativas, es la afectación directa. En efecto, dicho precepto establece: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar” a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

Trigésimo segundo. Que la reclamante justifica su pretensión, en la circunstancia que el proyecto afectaría directamente no sólo a la localidad de Cultane, sino a todos los PIUCT, razón por la cual el proceso de consulta indígena no se habría ajustado a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT ni a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, en causa Rol N° 11.040- 2011, que revocó la primera resolución de calificación ambiental favorable al proyecto (RCA 81/2011).

Trigésimo tercero. Que, en primer lugar, la resolución recurrida. constató la conformidad del proceso de consulta indígena con los estándares del Convenio N° 169 de la OIT y la

referida sentencia del máximo tribunal, señalando: “Que en lo relativo al Proceso de Consulta Indígena (PCI) la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá mediante Resolución Exenta N° 148/2013 de fecha 06 de diciembre, complementada por la Resolución Exenta N° 150/2013 de fecha 16 de diciembre ambas del año 2013, inicia un PCI en conformidad a lo establecido en los

preceptos pertinentes del Convenio 169 de la OIT y a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en los autos caratulados “Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá”, Rol de ingreso N° 21.040-2011”.

Trigésimo cuarto. Que, la Excma. Corte Suprema, en la parte resolutive de dicha sentencia, señaló que “el proyecto Sondajes de Prospección Paguanta' 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”

Trigésimo quinto. Que, la resolución recurrida, en el nuevo considerando 12° que incorpora en la RCA, en reemplazo del original, efectúa un lato análisis de los estándares del proceso de consulta indígena y de su cumplimiento en el caso de autos, respecto de la Comunidad Indígena Aymara de Cultane, a saber: su carácter previo; libre e informado; de buena fe, a través de instituciones representativas; y mediante procedimientos adecuados y previamente consensuados. En particular, se expone sobre la aplicación del principio de la buena fe, de acuerdo a lo consignado en los documentos “La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior” y su Apéndice A, del año 2009, y el “Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”, del año 2013.

Trigésimo sexto. Que, asimismo, la Excma. Corte Suprema tuvo en consideración que el proyecto se llevaría a cabo en el Área de Desarrollo Indígena (ADI) “Jiwasa Orage”, creada por Decreto Supremo N° 67, del 8 de marzo de 2001, del Ministerio de Planificación, señalando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 19.253, las ADI son “espacios territoriales en que los organismos de la Administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”. Al respecto, cabe tener presente que, de acuerdo a lo establecido en dicho precepto legal, para el establecimiento de dichas áreas deben concurrir los siguientes criterios: espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; alta densidad de población indígena; existencia de tierras de comunidades o individuos

indígenas; homogeneidad ecológica; y dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna. El Área de Desarrollo Indígena en cuestión comprende las comunas de Colchane, Camiña, Huara, Pica y Pozo Almonte, de la Región de Tarapacá, con una superficie de 1.579.577,91 hectáreas y una población de 3.756 habitantes.

Trigésimo séptimo. Que, no obstante que el máximo tribunal tuvo presente la existencia de la referida Área de Desarrollo Indígena al adoptar la cautela requerida, en ningún momento señaló o identificó cuáles eran las organizaciones indígenas que debían ser consultadas, así como tampoco ordenó efectuar la consulta a todas las organizaciones de dicha ADI, limitándose a ordenar - genéricamente- el sometimiento del proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental, lo que fue cumplido por el titular, y la realización de un procedimiento de participación ciudadana de acuerdo a los estándares del Convenio N° 169. Por consiguiente, la implementación de la consulta indígena y su ámbito de aplicación quedó entregada a la autoridad, lo que se condice con la naturaleza de dicha consulta, que constituye un deber del Estado, a través de sus órganos competentes, en el marco del SEIA.

Trigésimo octavo. Que, en segundo lugar, la resolución recurrida, en el nuevo considerando 12° que incorpora en la RCA 37/2014, señala que el proceso de consulta indígena “tuvo como participante a la Comunidad Indígena Aymara de Cultane, directamente afectada por el Proyecto, por cuanto sobre la base de los antecedentes aportados por el responsable del Proyecto, la restricción en el acceso al camino Alto Casiri sólo afectará a las personas indígenas de Cultane, puesto que los otros poblados de la Quebrada de Tarapacá cuentan con diferentes caminos de acceso que los comunican de manera directa con la ruta 15-CH”, y que “dado que no existe la susceptibilidad de afectación directa a otras comunidades indígenas por parte del Proyecto en evaluación, el SEA de la Región de Tarapacá no se encontraba en la obligación jurídica de desarrollar con dichas comunidades una Consulta Indígena establecida en el Convenio 169 de la OIT”.

Trigésimo noveno. Que, en sus observaciones ciudadanas, las comunidades y organizaciones indígenas integrantes de la entidad PIUCT, plantearon que: i) el

área de influencia directa e indirecta- del proyecto es más extensa que la señalada por el titular; ii) eran susceptibles de ser afectadas por el proyecto; iii) correspondía efectuar, a su respecto, un proceso de consulta indígena.

Cuadragésimo. Que, la CONADI en sus pronunciamientos emitidos oportunamente (Ord. N° 40, de 1° de marzo de 2013; Ord. N° 239-B, de 27 de agosto de 2013; y Ord. N° 321, de 3 de diciembre de 2013), si bien se refirió a la eventual afectación de las comunidades indígenas de la Cuenca de Tarapacá -no sólo de la Comunidad de Cultane- y la consiguiente aplicación de la respectiva consulta, formuló sus planteamientos en términos de posibilidad y no de certeza, sin una fundamentación que

ameritara extender el área de afectación directa a otras comunidades.

Cuadragésimo primero. Que, cabe determinar si la autoridad, al limitar la susceptibilidad de afectación directa exclusivamente a la comunidad de Cultane, descartando a las demás comunidades y organizaciones indígenas de la Cuenca/Quebrada de Tarapacá -validando, de esta forma, el proceso de consulta indígena- consideró debidamente las observaciones ciudadanas de la reclamante.

Cuadragésimo segundo. Que, es importante tener presente que, no obstante haber calificado desfavorablemente el proyecto, la RCA 37/2014 –en los acápites relativos a la

evaluación técnica de las observaciones ciudadanas- se refirió al Área de Influencia Directa del mismo, de acuerdo a criterios específicos, y señaló que la única comunidad afectada era la de Cultane y que a ella debía restringirse el proceso de consulta.

Cuadragésimo tercero. Que, respecto del AID, la RCA señala que ésta comprende aquellos sectores o zonas donde los grupos humanos tienen su residencia y/o realizan actos económicos, sociales y culturales, y donde las obras y/o actividades del proyecto podrían generar efectos potenciales en algunas de sus etapas. Agrega que los criterios específicos para definir el Área de Influencia Directa apuntaron a identificar:

-Residentes y/o grupos humanos cercanos a las obras y/o actividades del Proyecto.

-Actividades económicas, culturales o patrimoniales que desarrollen los residentes o grupos humanos cercanos a las obras y/o actividades del Proyecto.

-Residentes y/o grupos humanos que utilicen caminos secundarios que se vean potencialmente afectados por actividades del Proyecto (polvo, ruido, tránsito, otros). En consecuencia, concluye que el análisis del área de estudio se centró en la caracterización de los habitantes y/o grupos humanos que se encuentran próximos a las obras y/o actividades del proyecto, como son las localidades y rutas de:

- Cultane (poblado que utiliza el camino de acceso a las obras del Proyecto);
- Rutas utilizadas por el Proyecto para acceder al área de faenas: CH-15 y Camino de Alto Casiri.

(RCA 37/2014, Evaluación Técnica de las observaciones N° 2, p 31; N° 17, p. 44; N° 30, p. 54; N° 45, p. 73; N° 47, p. 77 y N° 54, p. 85).

Cuadragésimo cuarto. Que, asimismo, la RCA sostiene que, en términos generales, el proyecto utilizará la ruta de acceso que conduce hacia el poblado indígena de Cultane, donde en la actualidad no existe población permanente. Por lo anterior, señala, que el "titular" -en, base ¿a las características del proyecto-define sólo a Cultane dentro del AID. Agrega que no obstante y a pesar de no existir residentes permanentes, en ciertas fechas del año concurren al poblado a las festividades (RCA 37/2014, Evaluación Técnica de las observaciones N° 2, p 31; N° 45, p. 73; N° 47, p. 77; N° 54, p. 85). Además, afirma que teniendo en consideración que la campaña de sondeos de prospección propuesta se circunscribe única y exclusivamente al polígono definido como área de Proyecto y sobre el camino Alto Casiri, sin afectar el recurso hídrico y con emisiones de baja magnitud, el Proyecto tiene una escala acotada y delimitada que no justifica técnicamente la ampliación del área de influencia. Además, hace presente que no obstante lo anterior, en el Protocolo de Acuerdo Final del Proceso de Consulta Indígena (PCI) con la Comunidad Indígena Aymara de Cultane, en el capítulo v punto 3 se estipula que dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental se

estableció que la Comunidad de Cultane es la que será afectada directamente por el proyecto y que no fueron detectados otros impactos que sean susceptibles de afectar directamente a otras comunidades indígenas” (RCA 37/2014, Evaluación Técnica de la observación N° 2, p 31).

Cuadragésimo quinto. Que, en virtud de lo anterior, la RCA es categórica en afirmar que en la evaluación ambiental se estableció que la Comunidad de Cultane es la que será afectada directamente por el proyecto y que no fueron detectados otros impactos que sean susceptibles de afectar directamente a otras comunidades indígenas por parte del proyecto en evaluación.

Por consiguiente, el Servicio de Evaluación Ambiental no puede desarrollar con dichas comunidades una Consulta Indígena establecida en el Convenio 169 de la OIT (RCA 37/2814, Evaluación Técnica de la Observación N° 4, p. 33).

Cuadragésimo sexto. Que, a mayor abundamiento, la RCA señala la definición de área de influencia del proyecto fue elaborada sobre la base del artículo 12 del Reglamento del SEIA (D.S. N° 95, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia) y en concordancia con el mismo artículo, la guía para la descripción del uso del Territorio en el SEIA del 2013.

Por tanto, concluye que “teniendo en consideración las obras y actividades del Proyecto y dado el territorio de emplazamiento, los efectos que éste genera y los registros oficiales de tierras indígenas, se concluye que el Proyecto tiene una escala acotada, delimitada y debidamente justificada conforme lo define el Reglamento del SEIA y no se justifica la ampliación de su Área de Influencia” (RCA 37/2014, Evaluación Técnica de la Observación N° 53, p. 83).

Cuadragésimo séptimo. Que, atendido lo anterior, en la RCA se concluye que el Proyecto no generará impactos que pudieran afectar el territorio y/o a las dinámicas sociales de los pueblos ubicados a lo largo de la Quebrada de Tarapacá, con excepción de la Comunidad indígena Aymara de Cultane (RCA 37/2014, Evaluación Técnica de la Observación N° 69, p. 96).

Cuadragésimo octavo. Que, los criterios específicos utilizados por la autoridad para delimitar el Área de Influencia Directa del proyecto -restringida a Cultane- son suficientes para descartar la noción o concepto de territorio unificado de la Cuenca

de Tarapacá, reivindicado por la reclamante. A mayor abundamiento, en la evaluación técnica de la Observación N° 34, se señala que el tamaño o extensión del área de influencia está directamente determinada por cada componente ambiental, sus interrelaciones o dinámica natural y la naturaleza de la acción o efecto inducido por el proyecto y que, en el caso de autos, “la determinación de las áreas de influencia para los distintos componentes medioambientales y el análisis y valoración de los impactos, se efectuó conforme lo establece la legislación, y no procede realizar consulta a las comunidades indígenas sobre estas materias” (RCA 37/2014, pp. 60-61). Por último, debe tenerse presente que, según consta de la evaluación técnica de la Observación N° 31 (p. 55, RCA 37/2014), la autoridad tuvo en consideración para delimitar el área de influencia respecto de las comunidades indígenas afectadas, la ampliación que el titular había efectuado en su “Estudio Socio Antropológico de las Comunidades Indígenas de la Quebrada de Tarapacá”.

Cuadragésimo noveno. Que, de acuerdo a lo señalado en el “Instructivo Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (Of. Ord. N° 1305228, de 1° de abril de 2013, del Director Ejecutivo del SEA, “considerar” (las observaciones ciudadanas) “corresponde, primeramente, a hacerse cargo de la materia observada durante el proceso de evaluación ambiental o, en otras palabras, incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante, para luego, a la luz de lo anterior, dar respuesta a los requerimientos presentados por la ciudadanía durante el proceso formal de participación ciudadana de los proyectos sometidos a evaluación, tanto a través de Estudios de Impacto Ambiental (EIA) en los términos del artículo 29, como mediante Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 30 bis”.

Quincuagésima. Que, a juicio de este Tribunal, atendida la razonada y fundamentada respuesta a las observaciones ciudadanas relativas al área de influencia, susceptibilidad de afectación y proceso de consulta indígena, por parte de la autoridad, expresada en la evaluación técnica de las mismas, en los términos

señalados en la RCA, se concluye que aquéllas fueron debidamente consideradas.

Quincuagésimo primero. Que, a mayor abundamiento, la resolución recurrida señala que la reclamante, al hacerse parte en la reclamación administrativa deducida por el titular “no ha explicitado, razonablemente, cómo les afectaría el proyecto calificado desfavorablemente por la autoridad ambiental recurrida” y que las entidades que la integran “no aportan ni acompañan estudio, antecedente o elemento alguno que permita demostrar de que forma son susceptibles de ser afectados directamente”, así como “no han explicado las razones por las cuales se gatillaría la Consulta Indígena a su respecto”. En efecto, amén de referirse a la consulta. previa, libre e informada, como deber del Estado, y a lo resuelto en la RCA 37/2014, la actora, en dicho escrito, sólo se limita a afirmar genéricamente su afectación por el proyecto y por la ausencia de consulta.

Quincuagésima segundo. Que, asimismo, a juicio de este Tribunal, la alegación efectuada por la reclamante en orden a que la AID debió haber contemplado a los PIUCT -además de la comunidad de Cultane- se basa en una concepción errada del proyecto. Según los antecedentes tenidos a la vista, se trata de una exploración de reducido alcance -limitada a la habilitación de un kilómetro de camino y a sondajes- que no interviene sino una parte menor del territorio, y tampoco tiene el potencial de afectación de la disponibilidad del recurso agua, pues no considera su extracción, ni tampoco podría producir la contaminación de los cauces y aguas subterráneas de la zona, por consiguiente, tampoco propiciaría la migración rural, ni el engrosamiento de los cordones urbanos de Huara e Iquique, ni la inseguridad alimentaria alegados por la reclamante. En definitiva, el proyecto no contempla ni la extracción de agua ni la descarga de residuos líquidos por parte de las actividades a desarrollar, por lo que no existen elementos adicionales que permitan a este Tribunal afirmar, en este caso, la potencial afectación de las demás comunidades que son parte de los PIUCT.

Quincuagésima tercero. Que, no obstante lo anterior, la preocupación manifestada por la reclamante respecto a un eventual uso o contaminación de las aguas de uso ancestral de parte de dichas comunidades, queda a salvo, toda vez

que impactos como los antes mencionados necesariamente deberían ser evaluados como parte de un futuro proyecto minero que contemple la fase de explotación. Será, en consecuencia, en dicha instancia en la que, si el proceso así lo amerita, podría llegar a establecerse la eventual necesidad de consultar, en los términos solicitados por la reclamante, a las comunidades en cuestión. No es por tanto, esta evaluación ambiental la oportunidad para hacerlo, pues, los alcances y potenciales impactos de un eventual proyecto de explotación, serán determinados al momento de someterse éste, si fuera procedente, al SEIA.

Quincuagésimo cuarto. Que, en el mismo sentido, el considerando 6º de la RCA 37/2014, bajo el acápite “Situación de otras comunidades o grupos humanos indígenas” señala que en el Protocolo de Acuerdo Final del Proceso de Consulta Indígena suscrito por la Comunidad de Cultane con Compañía Minera Paguanta S.A., se estableció que “en el caso de concretarse la siguiente etapa del Proyecto Paguanta y se presente al SEIA un Estudio de impacto Ambiental para la explotación de los recursos minerales para ser extraídos en la zona de emplazamiento del actual proyecto en evaluación, la empresa titular del proyecto se compromete que las comunidades y asociaciones indígenas de la Quebrada de Tarapacá, serán consideradas desde etapas tempranas incluyendo la Línea de Base y, posteriormente, de ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental, participen plenamente del Proceso de Consulta Indígena, considerando la verificación de susceptibilidad de afectación directa tal como lo establece el Convenio 169 de la OIT”

Quincuagésimo quinto. Que, en conclusión, de la resolución recurrida, del acuerdo del Comité de Ministros, de las observaciones ciudadanas referidas en esta sentencia, así como de las características del proyecto “limitado a sondajes- se desprende que no hay antecedentes que permitan estimar que éste pudiera afectar directamente a otras organizaciones o comunidades indígenas, distintas de Cultane.

Quincuagésimo sexto. Que, atendido lo anterior, este Tribunal considera que las observaciones ciudadanas referidas al proceso de consulta indígena y a la susceptibilidad de afectación directa, fueron debidamente consideradas por la

autoridad, razón por la cual no procede dejar sin efecto la resolución impugnada, presentar un nuevo EIA, o realizar un nuevo proceso de consulta indígena. Por consiguiente, la reclamación será rechazada en todas sus partes, y así se declarará.

POR TANTO, conforme a lo dispuesto en los artículos 20, 29 y 88 de la Ley N° 19.300; 17 N° 6 y 18 N° 5 de la Ley N° 20.600; 46 de la Ley N° 19.880; 22 del Código Civil; 170 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes,

SE RECHAZA la reclamación deducida por la Organización Comunitaria “Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi” en contra de la Resolución Exenta N° 871, de 6 de octubre de 2014, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que ejecutó el Acuerdo N° 25, de 28 de julio de 2014, del Comité de Ministros. No se condena en costas a la reclamante, por estimar que tuvo motivo plausible para litigar.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 54-2014.

Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor Rafael Asenjo Zegers, y por los Ministros señor Sebastián Valdés De Ferrari y señora Ximena Insunza Corvalán.

Redactó la sentencia el Ministro Sebastián Valdés De Ferrari.

Autoriza el Secretario subrogante del Tribunal, Sr. Juan Pablo Arístegui Sierra.

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos Rol N°817-2016 seguidos ante el Tercer Tribunal Ambiental, por sentencia de uno de diciembre de dos mil quince, escrita a fojas 170, se rechazó la reclamación deducida por la Organización Comunitaria “Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi”, en contra de la Resolución Exenta N°871 de 6 de octubre de 2014, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que ejecutó el Acuerdo N°25 de 8 de julio de 2014 del Comité de Ministros, a través de la cual se resolvió el recurso de reclamación interpuesto por Compañía Minera Paguanta S.A., titular del proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, calificándolo favorablemente.

En contra de dicha sentencia, los reclamantes dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

Primero: Que el recurso de nulidad formal esgrime que la sentencia recurrida no enuncia los fundamentos técnico- ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia, sino que se limita sólo a reproducir la respuesta que la autoridad administrativa dio a las observaciones ciudadanas realizadas por los reclamantes. Detallan los recurrentes en su escrito una serie de argumentos técnicos, ambientales y culturales, de acuerdo a los cuales aseveran ser afectados por el proyecto objeto de estos antecedentes, de los cuales, estiman, la sentencia no se hace cargo, limitándose solamente a desestimar sus observaciones mediante la utilización de un estándar restringido de interpretación de lo que significa la susceptibilidad de afectación directa que regula el Convenio N°169 de la OIT, sin analizar la legalidad o razonabilidad de la resolución recurrida.

Argumentan que la afectación está dada porque el proyecto afecta el abastecimiento de agua de los pueblos reclamantes, lo que genera un impacto ambiental significativo, obligando a los habitantes de las quebradas a dejar la agricultura, cumpliéndose, entonces, con el supuesto legal.

Segundo: Que para resolver el presente arbitrio de nulidad resulta indispensable tener en consideración que el recurso de casación, además de incluirse en el otrosí de la presentación, se limita sólo a señalar los fundamentos técnico ambientales que, se afirma, no se habrían enunciado en la sentencia, agregando que se deduce el recurso en virtud de los artículos 26 inciso 4° y 25 de la Ley N°20.600, pero sin señalar de manera categórica cuál sería la causal específica por la cual se deduce, cómo dicho vicio se vería superado sólo con la invalidación del fallo o la influencia que tuvo en lo dispositivo del mismo.

Tercero: Que el artículo 768 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil establece que el recurso de casación en la forma podrá ser desestimado de aparecer de manifiesto que el recurrente *“no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”*, norma para cuya aplicación resulta necesario que dichas circunstancias sean abordadas por el recurrente en su presentación.

Por otro lado, siendo la casación un arbitrio de derecho estricto, debe ser deducido en forma categórica y precisa, por cuanto la competencia de esta Corte para la invalidación del fallo defectuoso debe estar en directa relación con el perjuicio que alega haber sufrido el recurrente producto del vicio denunciado y la imposibilidad de reparar éste a través de otras vías que no sean la declaración de nulidad.

Cuarto: Que, por tanto, evidenciándose del análisis del recurso de casación formal presentado que éste no satisface las exigencias antes detalladas, debe necesariamente ser desestimado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

Quinto: Que el arbitrio de nulidad sustancial denuncia la infracción de los artículos 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 6.1 letra a) y 15 del Convenio N°169 de la OIT; artículos 4 y 9 inciso final de la Ley N°19.300; artículos 11 y 41 incisos 1°, 2° y 3° de la Ley N°19.880 y artículos 85 y 86 del Decreto Supremo N°40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Funda todas estas infracciones conjuntamente, en el hecho que la sentencia recurrida concluye genéricamente que las observaciones ciudadanas sí fueron consideradas adecuadamente por la autoridad, para lo cual estima que el criterio para efectuar la consulta indígena a los pueblos interesados es la afectación directa, concepto que limita por el que, estima, es un bajo impacto del proyecto que sólo afecta el libre tránsito de la comunidad de Cultane.

Sin embargo, expone la recurrente, de acuerdo al Convenio N°169 de la OIT, el criterio para la consulta es la “susceptibilidad de afectación directa” y no la afectación directa en la forma restringida que lo interpreta el Tribunal Ambiental. Así lo ratificó la CONADI, que fue de opinión de consultar a todas las comunidades de la Quebrada de Tarapacá que se localizan aguas abajo del emplazamiento del proyecto, por estimar que configuran un territorio - justamente - susceptible de ser afectado directamente por éste.

Agrega que la implementación de la consulta indígena y su ámbito de aplicación no constituye una facultad discrecional de la autoridad administrativa toda vez que, en este caso, la forma de realizar dicho proceso fue establecida en la sentencia dictada por esta Corte en autos Rol 11.040-2011 que conminó a la autoridad ambiental a implementar una consulta indígena de acuerdo a las normas del Convenio N°169 ya citado.

Argumenta que si se siguiera el criterio aplicado por el Segundo Tribunal Ambiental, se produciría como consecuencia que los derechos humanos reconocidos por la normativa infringida perderían su fuerza de servir como limitación para la actuación de los órganos del Estado, ya que su contenido dependería únicamente de las decisiones de aquellos para los cuales constituyen dicho límite, lo que carece de toda razonabilidad.

En otro orden de ideas, alega el recurso que la sentencia recurrida realiza una deficiente determinación de las áreas de influencia del proyecto, basada exclusivamente en la localización de las instalaciones físicas de éste, lo que excluye de la consulta obligatoria a las demás comunidades que también podían verse afectadas. Esta observación no fue respondida adecuadamente, limitándose los sentenciadores a afirmar que Cultane sigue siendo la única comunidad

afectada porque es la que hace uso esporádico de la ruta de acceso al proyecto, sin hacerse cargo de lo indicado por el informe antropológico evacuado al respecto, en base a la relación territorial y cultural entre Sibaya y Cultane ni de la solicitud de exploración de aguas subterráneas que afectará a toda la Cuenca de Tarapacá.

Sexto: Que, finaliza, la sentencia recurrida avala la decisión del Comité de Ministros carente de motivación, lo que implica que se pronunció con infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, con el consecuente perjuicio a la reclamante que representa a pueblos que han sido excluidos del proceso de consulta indígena.

Séptimo: Que, para un adecuado entendimiento del asunto sometido al conocimiento de esta Corte, cabe consignar que Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi deducen reclamación del artículo 29 de la Ley N°19.300 en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, en razón de la dictación de la Resolución Exenta N°871 de 6 de octubre de 2014, que ejecutó el Acuerdo N°25 de 28 de julio del año 2014 del Comité de Ministros y reemplaza el resuelvo de la Resolución de Calificación Ambiental N°37/2014 calificando ambientalmente favorable el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, presentado a evaluación por la Compañía Minera Paguanta S.A.

El proyecto consiste en la ejecución de un programa de prospección geológica, de 63 sondajes, 13 plataformas de perforación, 1 kilómetro de caminos de acceso y 53 piscinas de decantación de lodos de perforación. Dicho proyecto fue presentado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental y calificado favorablemente por resolución de 29 de agosto del año 2011.

Sin embargo, los comuneros de la Quebrada de Tarapacá presentaron un recurso de protección, resuelto a través de sentencia dictada por esta Corte el 30 de marzo de 2012 que deja sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental anterior y resolvió que correspondía presentar un Estudio de Impacto Ambiental,

previo procedimiento de participación ciudadana que se ajustara al Convenio N°169 de la OIT.

Posteriormente, la Comisión calificó desfavorablemente al proyecto a través de la Resolución N°37/2014, frente a lo cual el titular dedujo recurso de reclamación, acogido por el Comité de Ministros a través de la resolución recurrida, al estimar que la Calificación Ambiental desfavorable careció de la debida fundamentación.

Octavo: Que se funda la reclamación en que las observaciones de los recurrentes no habrían sido consideradas. En primer lugar, en cuanto a la determinación del área de influencia del proyecto, en tanto se definió el área directa como la localidad de Cultane y las rutas para acceder al área de faenas (Ruta CH-15 y camino de Alto Casiri). Sin embargo, estiman los reclamantes que el área de influencia directa en realidad se corresponde con la totalidad del territorio reivindicado por ellos, por lo que todas las comunidades que integran esta organización deben ser comprendidas en el estudio. En este sentido, se trata de tierras unificadas desde tiempos inmemoriales, con comunidades que comparten relaciones en común y ello está amparado por el Convenio N°169 de la OIT.

Afirma que todas estas circunstancias no fueron consideradas ni respondidas adecuadamente por la autoridad, limitándose sólo a señalar que Cultane es la única comunidad afectada porque es la que hace uso esporádico de la ruta de acceso en fechas de festividades. Además, al tratarse de sondeos que tienen una escala delimitada, no se afecta el recurso hídrico y sus emisiones resultan de baja magnitud, lo que justificaría restringir el área de influencia directa.

En cuanto al área de influencia indirecta, indican que es la comuna de Huara y la ciudad de Iquique, ya que ambas se verían afectadas en el suministro hídrico al ser abastecidas por las reservas de aguas subterráneas de la Pampa del Tamarugal, la que a su vez se alimenta de la cuenca de Tarapacá, Coscaya y Aroma; también les influye en el aumento de la migración rural desde la cuenca y en el abastecimiento de la producción agrícola, encareciendo los alimentos por la

muerte de la agricultura en razón de la merma y contaminación de las aguas, todas observaciones que tampoco fueron respondidas adecuadamente.

Explican que la sentencia dictada por esta Corte se funda en que el proyecto estaba cerca de Cultane pero también en la existencia de un área de desarrollo indígena cercana que también sufriría cambios, circunstancia que no fue tomada en cuenta por los sentenciadores, quienes solamente señalan que el fallo de esta Corte Suprema no especifica cuáles eran los grupos que debían formar parte de la consulta, razón por la cual entienden que ella se ajustó a derecho al contemplar solamente a los habitantes de una de las comunidades.

Por tanto, siendo todas estas circunstancias materia de sus observaciones, las que no fueron respondidas adecuadamente, piden que la resolución impugnada quede sin efecto y se elabore un nuevo Estudio de Impacto Ambiental que se refiera a los puntos señalados, para lo cual es necesario una consulta indígena previa.

Noveno: Que la sentencia recurrida resuelve que conforme a lo dispuesto en el N° 1 del artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, el criterio para efectuar la consulta indígena a los pueblos interesados, respecto de medidas legislativas o administrativas, es la afectación directa. Indica que, por una parte, la resolución recurrida constató la conformidad del proceso de consulta indígena con los estándares del señalado Convenio y, por otra, esta Corte Suprema, al momento de resolver el recurso de protección Rol 11.040-2011 ordenó que *"el proyecto 'Sondajes de Prospección Paguanta' 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"*, lo cual resuelve teniendo en consideración que el proyecto se llevaría a cabo en el Área de Desarrollo Indígena (ADI) "Jiwasá Orage", creada por Decreto Supremo N° 67, del 8 de marzo de 2001, del Ministerio de Planificación, que comprende las comunas de Colchane, Camiña, Huara, Pica y Pozo Almonte, de la Región de Tarapacá, con una superficie de 1.579.577,91 hectáreas y una población de 3.756 habitantes.

En este sentido, no obstante que este máximo tribunal tuvo presente la existencia de la referida Área de Desarrollo Indígena, en ningún momento señaló o identificó cuáles eran las organizaciones indígenas que debían ser consultadas, así como tampoco ordenó efectuar dicha consulta a todas las organizaciones de la ADI, limitándose a ordenar el sometimiento del proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental - lo que fue cumplido por el titular - y la realización de un procedimiento de participación ciudadana de acuerdo a los estándares del Convenio N°169, lo que se hizo en relación a la Comunidad Indígena Aymara de Cultane, teniendo presente que la restricción en el acceso al camino Alto Casiri influyen en dicha comunidad, sin que exista susceptibilidad de afectación directa a otras.

Por tanto, estiman los sentenciadores que se dio razonada y fundamentada respuesta a las observaciones ciudadanas relativas al área de influencia, susceptibilidad de afectación y proceso de consulta indígena, teniendo presente que se trata de una exploración de reducido alcance, que no tiene potencial de afectación de recursos hídricos ni descarga de residuos líquidos, por lo que no es posible afirmar una potencial afectación de las demás comunidades que son parte de los pueblos recurrentes.

Décimo: Que, entrando al análisis de los errores de derecho denunciados, cabe primero referirse a lo dispuesto por esta Corte al momento de fallar el recurso de protección rol N°11.040-2011, por cuanto el sentido y alcance que se dé a dicha resolución resulta determinante para efectos del análisis del fondo del presente asunto.

Dicha sentencia recae sobre el recurso de protección presentado por Marcelo Condore Vilca, en su calidad de Consejero Territorial de Alto Tarapacá, por sí y por otros comuneros de la Quebrada de Tarapacá, en contra del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, por haber emitido en forma arbitraria e ilegal la Resolución Exenta N° 0081, de 29 de agosto de 2011, que calificó favorablemente el Proyecto “Sondaje Prospección Paguanta”, el cual fue ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental. Estimaron los recurrentes que debió realizarse

un Estudio de Impacto Ambiental y un proceso de consulta de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.

El señalado recurso es rechazado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Iquique, al no observar los sentenciadores una actuación arbitraria o ilegal de parte del recurrido, que constituyera una privación, perturbación o amenaza de los derechos constitucionales que fundan la acción.

Conociendo del recurso de apelación deducido por los recurrentes, esta Corte Suprema revoca dicha decisión, teniendo para ello presente que a través del Decreto Supremo N°67 del año 2001, el Ministerio de Planificación le otorgó al sector de emplazamiento de este proyecto la calidad de Área de Desarrollo Indígena. Con este antecedente, y pese a ser requerido por la Corporación de Desarrollo Indígena, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, cuyo artículo 4° previene su obligatoriedad.

Por tanto, tal proceder deviene en 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, carencia que torna ilegal la decisión.

Por los motivos anteriores, se acogió el recurso de protección presentado, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 81/2011 de 29 de agosto de 2011 de la Comisión de Evaluación I Región de Tarapacá, por lo que el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” 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.

Undécimo: Que de la reseña anterior aparece que resulta efectivo lo señalado en la resolución recurrida, en el sentido que esta Corte Suprema, al momento de resolver el recurso de protección aludido y en tanto dispone la realización de un procedimiento de participación ciudadana, no señaló en detalle las comunidades que debían formar parte de dicho proceso.

El motivo de lo anterior queda en evidencia al examinar el artículo 6 letra a) del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual dispone que: *“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”

Por tanto, el criterio de determinación de las comunidades que debían participar en la consulta ciudadana está entregado expresamente por la Ley, que ordena tomar en cuenta la opinión de aquellos susceptibles de ser afectados directamente por el proyecto en cuestión.

Duodécimo: Que, por tanto, lo realmente discutido en estos antecedentes se aleja de la controversia planteada en los autos sobre protección, toda vez que dice relación con la interpretación que debe darse a la circunstancia de ser una comunidad “susceptible de ser afectada directamente” con el proyecto en cuestión.

Décimo Tercero: Que esta Corte ya ha emitido diversos pronunciamientos sobre el sentido y alcance que debe darse a dicha expresión, indicando que la afectación de un pueblo *“se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”* (CS Rol 16.817-2013, considerando Décimo Segundo).

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que *“lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de*

visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad” (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398)

Décimo Cuarto: Que, por tanto, para que exista afectación directa en los términos exigidos por el Convenio N°169 de la OIT, es necesario que se encuentre establecido en autos que se verifica alguna de las modificaciones ya detalladas, cuestión que, en estos antecedentes, ocurre solamente respecto de la comunidad de Cultane.

En efecto, tal como ha sido presentado el proyecto en cuestión, sólo afecta a pueblos indígenas por la solicitud de una servidumbre de tránsito superpuesta al camino Alto Casiri, utilizado por la mencionada comunidad para ingresar al pueblo. En este contexto, resulta efectivo lo señalado por la parte recurrente en el sentido que, en un primer momento, a través de Oficio Ord. N°40 de 1 de marzo del año 2013, la CONADI manifestó que la zona de influencia del proyecto eran - además de Cultane - las comunidades de Sibaya, Limaxiña y Achacagua, en su calidad de titulares de tierras indígenas y derechos de aprovechamiento de aguas. Respondiendo a ello, se generan las Adendas del proyecto N°1 y 2, que son respondidas por la Corporación a través del Oficio Ord. N°321 de 3 de diciembre del mismo año, pero aclarando ahora que *“si bien el proyecto se encuentra dentro del Área de Desarrollo Indígena denominada “ADI Jiwasa Oraje (...) lo relevante para estos efectos es determinar la susceptibilidad de la afectación que puedan sufrir ciertas comunidades que se hayan identificado en la superficie correspondiente. En este caso particular, según nuestros registros corresponde a la Comunidad Indígena Aymara de Cultane”*.

Décimo Quinto: Que, de esta forma, los únicos antecedentes ciertos que obran en la causa se refieren a la alteración del sistema de vida de la comunidad indígena de Cultane, que utiliza el camino Alto Casiri para acceder al pueblo en tiempos de festividades religiosas, actividades que se verán obstaculizadas por la limitación en el uso del camino, sin que se verifique que ello produce también consecuencias respecto de otros pueblos. En efecto, los eventuales daños al medio ambiente que reclaman los recurrentes tendrían lugar por los trabajos de

perforación y por el uso de recursos hídricos, en circunstancias que respecto de unos ni de otros se encuentran establecidos en la causa hechos que den cuenta de una efectiva contaminación de las aguas ancestrales de las comunidades aguas abajo, afectación a lugares ancestrales de pastoreo, alteraciones de la calidad del aire y otros que son referidos por el reclamo en términos generales.

Lo anterior se ve confirmado por el punto 3 del acápite V del Protocolo de Acuerdo final del Proceso de Consulta Indígena, el cual se refiere a las otras comunidades de la Quebrada de Tarapacá, reseñando que ellas expresaron su interés por formar parte del proceso, reuniéndose con la Dirección del Servicio de Evaluación Ambiental, órgano que les señaló que la única comunidad afectada por el proyecto era Cultane y que no fueron detectados impactos directos a otras comunidades indígenas. En razón de lo anterior, se establece en el documento que *“En el caso de concretarse la siguiente etapa del Proyecto Paguanta (...) la empresa titular del proyecto se compromete que las comunidades y asociaciones indígenas de la Quebrada de Tarapacá, serán considerados desde etapas tempranas incluyendo la Línea Base y, posteriormente, de ingresar al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, participen plenamente del Proceso de Consulta Indígena, considerando la verificación de susceptibilidad de afectación directa”*.

Tampoco existen datos precisos sobre la utilización de aguas por parte de Compañía Minera Paguanta para el desarrollo del proyecto en cuestión. En efecto, señala la titular y lo confirma el Servicio de Evaluación Ambiental, tanto en estrados como en el Memorándum Interno N°42 de 22 de julio de dos mil catorce, dirigido al Director Ejecutivo del mismo organismo y que rola acompañado en la causa, que el recurso hídrico será comprado a la empresa sanitaria Aguas del Altiplano, quien proveerá 1,2 litros por segundo desde el sector El Carmelo.

En consecuencia, siendo el único dato objetivo de afectación aquel relativo a la utilización del camino Alto Casiri, utilizado esporádicamente sólo por la comunidad de Cultane, el proceso de Consulta Indígena realizado se ajusta a la normativa vigente, de manera que no cometen yerro jurídico los sentenciadores al así resolverlo.

Décimo Sexto: Que, a mayor abundamiento, no resulta efectivo que las observaciones de Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi no hayan sido consideradas en el proceso. En efecto, justamente por el análisis de ellas es que en un principio la calificación ambiental del proyecto fue rechazada para luego, producto de la nueva revisión del Comité de Ministros, acogerse la reclamación del titular. Al respecto, debe recordarse que la debida consideración de las observaciones no necesariamente significa que éstas deban ser siempre acogidas, por cuanto ellas se someten a un primer examen de parte del Servicio de Evaluación Ambiental y, posteriormente, de ejercerse los recursos administrativos contemplados por la Ley N°19.300, corresponde que el Comité de Ministros efectúe un segundo análisis que puede ser favorable o desfavorable. Es así como, en virtud de dicho cambio de criterio, es que se rechazaron las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por el reclamado, toda vez que la calidad de participante en este proceso de las comunidades reclamantes deriva justamente de la presentación de las referidas observaciones y su debida consideración al momento de otorgar la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto.

Décimo Séptimo: Que, en consecuencia, no se observan los errores de derecho denunciados a través del recurso de casación en el fondo en estudio, razón por la cual éste deberá necesariamente ser rechazado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la reclamante en lo principal y primer otrosí de la presentación fojas 207 en contra de la sentencia de uno de diciembre de dos mil quince, escrita a fojas 170.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Rol N° 817-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr.

Carlos Aránguiz Z., y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con permiso y el Abogado Integrante señor Quintanilla por estar ausente. Santiago, 19 de mayo de 2016.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

ANÁLISIS SENTENCIA NÚMERO SEIS

EL ESTANDAR DE CONSULTA EN EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

1.- Identificación

1.1.- Tribunal que dictó la sentencia: Tribunal Ambiental

1.2.- Fecha de la sentencia: 1 de diciembre de 2015.

1.3.- Rol de la sentencia: 54-2014.

1.4.- Rol de la sentencia en Corte Suprema: N° 817-2016 del fecha 19 de mayo de 2016.

1.5.- Recurrentes: Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi, representada por el abogado Luis Alberto Jimenez Cáceres.

1.6.- Recurrido: Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

1.7.- Datos de publicación de la sentencia o de disponibilidad informática:
<http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-54-2014-01-12-2015-Sentencia.pdf>

1.8.- Decisión o resolución: Rechaza la reclamación deducida por la Organización comunitaria Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi.

2.- Resumen de la sentencia

2.1.- Actuaciones procesales:

A fojas 6, comparecen la Organización denominada “Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi”, representada por el abogado Luis Alberto Jimenez Cáceres.

A fojas 55, rola informe del reclamado.

A fojas 137, el titular, Compañía Minera Paguanta S.A. se hizo parte como tercero coadyuvante.

A fojas 141 el titular presentó un escrito “tégase presente”.

A fojas 169 la causa quedó en estado de acuerdo.

2.2.- Hechos juzgados: Los hechos Juzgados por el Tribunal Ambiental son los siguientes:

- a) La debida consideración de las observaciones ciudadanas en la resolución reclamada.
- b) Se deje sin efecto la resolución impugnada, por no cumplir con la normativa ambiental y no haberse considerado adecuadamente las observaciones ciudadanas de la actora, relativa al área de influencia del proyecto, la susceptibilidad de afectación directa y el proceso de consulta indígena;
- c) Que se elabore un nuevo Estudio de Impacto Ambiental; y
- d) Que la autoridad lleve a cabo un proceso de consulta indígena, de acuerdo a las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT.

Sin embargo y por la naturaleza de la acción deducida, esto es, la impugnación de un acto administrativo del Director Ejecutivo del SEA, que ejecutó el Acuerdo del Comité de Ministros, el pronunciamiento del TA se limitó a determinar si la autoridad efectuó una debida consideración de las observaciones ciudadanas, referidas a las materias sobre las que se pronunció la resolución reclamada, esto es, el proceso de consulta indígena y la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades PIUCT adicionalmente a la comunidad de Cultane.

2.3.- Teoría del caso del actor: Los reclamantes fundan el recurso alegando que varias de las observaciones formuladas en el proceso de evaluación del proyecto “Sondaje de Prospección Paguanta”, no fueron consideradas debidamente en los fundamentos de la RCA 37 del año 2014.

Refieren que las consideraciones que debe hacer el SEA de las observaciones ciudadanas debe ceñirse a los criterios fijado por el Instructivo emanado de su Director Ejecutivo de fecha 1 de abril de 2013. Señalan que efectuaron observaciones a fin de controvertir el área de influencia directa (AID) del proyecto, definida por la RCA 37- 2014, como la localidad de Cultane y las rutas para acceder al área de emplazamiento del proyecto. Argumentan que el AID

del proyecto es más extenso y abarcan todas las comunidades que integran su organización, debiendo ser incluidas dentro del estudio sobre el componente humano, según demostraron a través de un informe antropológico que acompañaron en las observaciones y que acreditó su unificación como territorio, desde tiempos inmemoriales, además de dar cuenta de las alteraciones significativas que el proyecto ocasiona a los modos de vida no sólo de la comunidad de Cultane, sino a todos los Pueblos Indígenas Unidos.

Alegan asimismo, que sólo fue aplicada la consulta indígena contemplada en el Convenio 169 de la OIT a la comunidad de Cultane y no a los PIUCT haciendo presente los requisitos que debe cumplir la consulta siguiendo los estándares internacionales. Recuerdan además que el primer proyecto presentado por la empresa, cuya RCA N° 81 del año 2011 fue revocada por la CS en fallo Rol 11.040-2011, donde se ordenó que el proyecto fuera sometido a un EIA, cuyo proceso de participación se ajustara al estándar del Convenio 169. Refieren, que el Comité de Ministros erró al no considerar que el proyecto se emplaza en una zona ADI “Jiwasa Orage”.

Los recurrentes rechazan la homologación que realiza el Comité de Ministros entre la afectación requerida por el Convenio y los efectos del artículo 11 de la Ley 19.300. Plantean que el principio de flexibilidad en la aplicación de la consulta y alegado por el Comité de Ministros no puede restringir derechos, debiendo atenerse a los estándares internacionales de los órganos de control de las obligaciones internacionales del convenio.

2.4.- Medios de prueba del actor: No hubo.

2.5.- Teoría del caso del sujeto pasivo: El Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación ambiental en su informe argumenta entre otras, la extemporaneidad de la acción, la falta de legitimación activa, la debida consideración de las observaciones presentada por los reclamantes en el procedimiento de participación ciudadana de acuerdo a la normativa vigente y debidamente respondidas en el procedimiento de evaluación ambiental, tanto en la RCA

37/2014 como en la Resolución Exenta N° 871/2014. Argumenta que lo que se pretende con el recurso interpuesto es la disconformidad con la revisión de la legalidad, mérito, oportunidad o conveniencia, efectuada por el Comité de Ministros que declaró aprobado el proyecto y no las observaciones efectuadas en la evaluación ambiental.

Asimismo el informe entrega un análisis de los tópicos que el recurrente razona en su reclamación, entre ellos; la determinación del Área de Influencia Directa (AID); el contenido del informe antropológico acompañado por la parte reclamante; el territorio ancestral reivindicado por la comunidad de Sibaya; la solicitud de explotación de aguas subterráneas y el AID. Refiere de igual manera, sobre la Consulta realizada a la comunidad de Cultane y que ésta cumplió con los estándares internacionales y con lo ordenado por la CS, siendo i) previa a la decisión de la autoridad, ii) se realizó de buena fe, iii) mediante procedimientos adecuados, iv) a través de instituciones representativas de la comunidad de Cultane, v) en forma apropiada a las circunstancias y vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.

Continúa haciendo un análisis de la sentencia de la CS en causa rol N° 11.040-2011, razonando que lo ordenado por el máximo tribunal fue la realización de un EIA, cuyo procedimiento de participación ciudadana, previsto en la ley 19.300, se rigiera por los estándares del Convenio 169 de la OIT y no una consulta a todos los grupos humanos de la Quebrada de Tarapacá. Refiere que la existencia del Área de Desarrollo Indígena (ADI) no indica *per se* que se esté ante la posibilidad de generación de un impacto ambiental significativo sobre grupos indígenas.

Afirma que la posibilidad de que organizaciones indígenas distintas a la comunidad de Cultane sean afectadas directamente por el proyecto, fue descartada durante la evaluación ambiental. Señala que la afectación directa sobre pueblos indígenas se encuentra comprendida en los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, existiendo una estrecha relación entre impacto ambiental significativo y afectación directa, criterio que ha sido sustentado por la CS.

2.6.- Medios de prueba del sujeto pasivo: No hubo.

2.7.- Teoría del caso de Tercero Coadyuvante: En el escrito de “téngase presente” el titular del proyecto, Compañía Minera Paguanta S.A. sostuvo que la reclamación debía ser rechazada por: la carencia de legitimación activa; carencia de legitimación pasiva; improcedencia de la reclamación; la determinación del área de influencia se efectuó en conformidad a la normativa aplicable; se ha dado cumplimiento a la obligación de consulta indígena contenida en el Convenio 169 de la OIT.

2.8.- Hechos declarados como probados por el tribunal: No procede.

2.9.- Argumentación del tribunal: En el presente comentario se analizará lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental sobre el procedimiento de consulta indígena realizado por el SEA Tarapacá a la comunidad de Cultane, afectada por el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” y su cumplimiento con los estándares internacionales del Convenio 169 de la OIT.. Asimismo se comentará sobre la sentencia de la CS ante un recurso de nulidad (casación en la forma y fondo) presentados por la parte recurrente en contra de lo resuelto por el TA.

El Segundo Tribunal Ambiental desarrolla su sentencia pronunciándose en primer lugar sobre las alegaciones formales del recurrido, de incompetencia del tribunal, la extemporaneidad de la reclamación, la falta de la legitimación activa de la reclamante y la falta de legitimación pasiva del reclamado, siendo desvirtuadas cada una de ellas.

En segundo lugar se pronuncia sobre el fondo de la acción, cual es, la debida consideración de las observaciones ciudadanas en la resolución reclamada y las peticiones concretas de los recurrentes, esto es, a) se deje sin efecto la resolución impugnada, por no cumplir con la normativa ambiental y no haberse considerado adecuadamente las observaciones ciudadanas de la actora, relativa

al área de influencia del proyecto, la susceptibilidad de afectación directa y el proceso de consulta indígena;

b) Que se elabore un nuevo Estudio de Impacto Ambiental; y

c) Que la autoridad lleve a cabo un proceso de consulta indígena, de acuerdo a las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT.

Sin embargo y por la naturaleza de la acción deducida, el TA previene que su pronunciamiento se limitará a determinar si la autoridad efectuó una debida consideración de las observaciones ciudadanas, referidas a las materias sobre las que se pronunció la resolución reclamada, esto es, el proceso de consulta indígena y la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades PIUCT adicionalmente a la comunidad de Cultane.

En el considerando vigésimo noveno el TA refiere que “....el Comité de Ministros en su Acuerdo N° 25, resolvió que la RCA 37/2014 careció de la debida fundamentación para rechazar el proyecto, al estimar que sus fundamentos fueron improcedentes por: i) no haberse vulnerado el artículo 1° de la Ley N° 19.300; ii) no ser aplicables los artículos 85 y 86 del reglamento del SEIA; y iii) haberse cumplido con el deber de consulta en los términos del Convenio 169, y con lo ordenado por la Excma. Corte Suprema. Además, consideró que: i) no se cumplió con el deber de fundamentación de los actos administrativos, establecido en el artículo 41 de la Ley N° 19.880; y, ii) que los integrantes de la Comisión de Evaluación de la región de Tarapacá no fundaron adecuadamente sus votos de rechazo, máxime si el ICE, emanado del SEA regional, recomendó la aprobación del proyecto.”

Ya en el considerando trigésimo de la sentencia, el TA comienza a desarrollar su *ratio decidendi* al señalar que “Que, la resolución recurrida, junto con reemplazar el resuelvo de la RCA 37/2014, calificando favorablemente el proyecto, reemplazó el considerando 12° de la misma, declarando: i) la conformidad del proceso de consulta indígena con los estándares del Convenio N° 169 y con la sentencia de la Exma. Corte Suprema, recaído en el recurso de protección; ii) la afectación directa limitada exclusivamente a la Comunidad de Cultane; y iii) la no susceptibilidad de afectación de otras comunidades.”

En el considerando trigésimo tercero concluye “Que, en primer lugar, la resolución recurrida constató la conformidad del proceso de consulta indígena con los estándares del Convenio N° 169 de la OIT y la referida sentencia del máximo tribunal, señalando: *“Que en lo relativo al Proceso de Consulta Indígena, (PCI) la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, mediante Resolución Exenta N° 148/2013 de fecha 06 de diciembre, complementada por la Resolución Exenta N° 150/2013 de fecha 16 de diciembre ambas del año 2013, inicia un PCI en conformidad a lo establecido en los preceptos pertinentes del Convenio 169 de la OIT y a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en los autos caratulados “Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá”, Rol de ingreso N° 11.040-2011”*”.

En el considerando trigésimo quinto expresa ya su decisión al indicar “Que, la resolución recurrida, en el nuevo considerando 12° que incorpora en la RCA, en reemplazo del original, efectúa un lato análisis de los estándares del proceso de consulta indígena y de su cumplimiento en el caso de autos, respecto de la Comunidad Indígena Aymara de Cultane a saber: su carácter previo; libre e informado; de buena fe, a través de instituciones representativas; y mediante procedimientos adecuados y previamente consensuados. En particular, se explaya sobre la aplicación de la buena fe, de acuerdo a lo consignado en los documentos “La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator especial anterior” y su Apéndice A, del año 2009, y el “Manual para mandantes tripartitos de la OIT”, del año 2013.”

Cabe hacer presente que en contra de la resolución del Segundo Tribunal Ambiental y en virtud de los artículos 26 inciso 4° y 25 de la Ley N°20.600, los PIUCT interpusieron recursos de casación en la forma y fondo, siendo desestimado el primero por no satisfacer las exigencias establecidas en el artículo 768 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil. Respecto del segundo, los recurrentes refieren que el arbitrio de nulidad sustancial denuncia la infracción de los artículos 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 6.1 letra a) y 15 del Convenio N°169 de la OIT; artículos 4 y 9 inciso

final de la Ley N°19.300; artículos 11 y 41 incisos 1°, 2° y 3° de la Ley N°19.880 y artículos 85 y 86 del Decreto Supremo N°40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Expone la recurrente, que de acuerdo al Convenio N°169 de la OIT, el criterio para la consulta es la “susceptibilidad de afectación directa” y no la afectación directa en la forma restringida que lo interpreta el Tribunal Ambiental.

Agrega que la implementación de la consulta indígena y su ámbito de aplicación no constituye una facultad discrecional de la autoridad administrativa toda vez que, en este caso, la forma de realizar dicho proceso fue establecida en la sentencia dictada por esta Corte en autos Rol 11.040-2011 que conminó a la autoridad ambiental a implementar una consulta indígena de acuerdo a las normas del Convenio N°169.

Asimismo argumenta que si se siguiera el criterio aplicado por el Segundo Tribunal Ambiental, se produciría como consecuencia que los derechos humanos reconocidos por la normativa infringida perderían su fuerza de servir como limitación para la actuación de los órganos del Estado, ya que su contenido dependería únicamente de las decisiones de aquellos para los cuales constituyen dicho límite, lo que carece de toda razonabilidad. Que la sentencia se limita a afirmar que Cultane sigue siendo la única comunidad afectada porque es la que hace uso esporádico de la ruta de acceso al proyecto, camino Alto Casiri, sin hacerse cargo de lo indicado por el informe antropológico evacuado al respecto, en base a la relación territorial y cultural entre Sibaya y Cultane ni de la solicitud de exploración de aguas subterráneas que afectará a toda la Cuenca de Tarapacá.

El máximo tribunal al analizar el criterio de susceptibilidad de afectación, contenido en el Convenio 169 de la OIT razonó en el considerando décimo tercero de su sentencia que “...esta Corte ya ha emitido diversos pronunciamientos sobre el sentido y alcance que debe darse a dicha expresión, indicando que la afectación de un pueblo *“se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio*

desarrollo económico, social y cultural” (CS Rol 16.817-2013, considerando Décimo Segundo).

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que *“lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad”* (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398)

Concluye el máximo tribunal señalando que, siendo el único dato objetivo de afectación aquel relativo a la utilización del camino Alto Casiri, utilizado esporádicamente sólo por la comunidad de Cultane, el proceso de Consulta Indígena realizado se ajusta a la normativa vigente, de manera que no cometen yerro jurídico los sentenciadores al así resolverlo. De esta manera la CS rechaza las alegaciones vertidas, señalando que no resulta efectivo que las observaciones de Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, no hayan sido consideradas en el proceso.

Agrega que debe recordarse, que la debida consideración de las observaciones no necesariamente significa que éstas deban ser siempre acogidas, por cuanto ellas se someten a un primer examen de parte del Servicio de Evaluación Ambiental y, posteriormente, de ejercerse los recursos administrativos contemplados por la Ley N°19.300, corresponde que el Comité de Ministros efectúe un segundo análisis que puede ser favorable o desfavorable. Concluye su sentencia señalando que no se observan los errores de derecho denunciados a través del recurso de casación en el fondo deducido por los PIUCT, razón por la cual lo rechaza.

2.10.- Decisión o resolución del caso por el Segundo Tribunal Ambiental: La sentencia rechaza la reclamación en todas sus partes por considerar que las observaciones ciudadanas referidas al proceso de consulta indígena y a la susceptibilidad de afectación directa, fueron debidamente consideradas por la autoridad.

La CS al analizar el recurso de nulidad presentado, de igual forma rechaza la acción interpuesta.

3.- Análisis de la argumentación

3.1.- Problema jurídico: El problema jurídico que se analizará es si ¿el procedimiento de consulta indígena aplicado por el SEA en proyectos de inversión que afectan a comunidades indígenas, satisface el estándar de consulta del Convenio 169 de la OIT?

3.2.- Argumentación del juez: Como se señaló anteriormente en este comentario se analizará el pronunciamiento del TA sobre el procedimiento de consulta indígena aplicado por el SEA Tarapacá a la comunidad de Cultane, afectada por el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” y si éste da cumplimiento a los estándares internacionales del Convenio 169 de la OIT. De igual manera, se hará referencia a lo resuelto por la CS en este punto.

El Segundo Tribunal Ambiental realiza un análisis circunstanciado de todo el proceso de evaluación ambiental, para alcanzar su convicción sobre el rechazo a la reclamación alegada por los PIUCT en contra del Director Ejecutivo del SEA, quien ejecutó el Acuerdo 25 del Comité de Ministros que resolvió calificar ambientalmente favorable el proyecto “Sondaje de Prospección Paguanta”, que en una primera instancia, había sido rechazado por la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá.

En las consideraciones a las alegaciones, el procedimiento de consulta indígena aplicado por el SEA de la región de Tarapacá fue analizado por el TA, confirmando que éste cumple los estándares del Convenio 169 de la OIT, al ser

aplicados los principios rectores de ser la consulta, i) previa a la decisión de la autoridad, ii) de buena fe, iii) mediante procedimientos adecuados, iv) a través de instituciones representativas, v) en forma apropiada a las circunstancias y vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.

De igual manera, la CS confirma en todo la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, entre las que se encuentra el proceso de consulta indígena realizado por el SEA, dentro de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

3.4.- Argumentación dogmática y opinión del autor del análisis de la sentencia.

El artículo 6°¹³⁸ del Convenio 169 de la OIT establece el deber de consulta a los pueblos indígenas que son susceptibles de ser afectados directamente por las medidas legislativas o administrativas que se desarrollen en sus territorios. Sin embargo, el numeral 2. del citado artículo sólo entrega lineamientos básicos del cómo la consulta debe ser efectuada, dejando los procedimientos específicos entregados a los Estados partes que han suscrito el Convenio.

Para Donoso¹³⁹, es evidente que el artículo 6 delinea los contornos de la consulta indígena en términos muy generales y amplios, siendo los principales elementos de la consulta i) una obligación de los gobiernos, ii) se consultan medidas administrativas y legislativas, iii) susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, iv) cada vez que se “prevean” dichas medidas, v) mediante procedimientos apropiados, vi) a través de las instituciones representativas de los

¹³⁸ Artículo 6° 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

¹³⁹ DONOSO, Sebastián; HERNÁNDEZ, Claudia (2013). “Participación ciudadana del Sistema de evaluación del Impacto Ambiental como Consulta Indígena: Alcances a la Jurisprudencia de la Corte Suprema”. Libertad y Desarrollo: Serie Informe Sociedad y Política (136) p.21-22. Disponible en http://lyd.org/other/files_mf/sip136participacionciudadanadelsistemadeevaluaciondelimpactoambientalcomoconsultaindigenasdonosoyhernandezoctubre201311.pdf (visita 15 de junio de 2016)

pueblos indígenas, vii) de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias; y viii) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Agrega además que el Convenio 169 no fija un modelo único o formato tipo para realizar la consulta indígena, ni entra en los detalles de cada uno de sus elementos o principios básicos.

De esta manera y por aplicación del principio de flexibilidad establecido en el artículo 34^{o140} del Convenio, los Estados han implementado los procesos de consulta siguiendo los criterios internacionales sobre la materia, lo que ha traído controversias en cuanto a los estándares que ésta debe cumplir.

La sentencia en análisis, se relaciona directamente con el estándar de consulta que debe seguir el Servicio de Evaluación Ambiental, al aplicar la Consulta Indígena a las comunidades susceptibles de ser afectadas por los proyectos de inversión que son evaluados y calificados dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y que afectan a los pueblos indígenas.

Para Rodríguez¹⁴¹ *et al*, los pocos pronunciamientos y textos jurídicos internacionales que se han referido al tema, han establecido unos parámetros generales comunes, como el deber de realizar las consultas de buena fe y la necesidad de que éstas se lleven a cabo antes de adoptar una medida susceptible de afectar a las comunidades. No obstante, estos parámetros siguen dejando vacíos sobre aspectos prácticos puntuales, como cuánto debe durar un proceso de consulta y qué pasos deben seguirse en su realización. Sin embargo, los parámetros generales comunes que se han establecido son criterios mínimos claves que sirven para guiar el proceso de consulta y limitar la discrecionalidad que tienen los Estados en su realización. Señalan entre ellos, el principio de buena

¹⁴⁰ Artículo 34 La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

¹⁴¹ RODRIGUEZ, César *et al* (2010). “La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional.” *Universidad de los Andes*. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Pp 96.
Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/observatorio-racial/la-consulta-previa-indigenas>. (Visita 08 de octubre de 2016).

fe¹⁴², consulta informada¹⁴³, culturalmente adecuada¹⁴⁴, el propósito de llegar a un acuerdo¹⁴⁵ y de carácter previo¹⁴⁶.

La sentencia del TA reconoce que, en la aplicación de la consulta, el Servicio de Evaluación Ambiental cumplió los estándares internacionales del deber de consulta ya que según lo señala en su resolución ésta fue realizada i) previo a la decisión de la autoridad, ii) de buena fe, iii) mediante procedimientos adecuados, iv) a través de instituciones representativas, v) en forma apropiada a las circunstancias y vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las

¹⁴² El contenido del concepto de buena fe, tan abstracto en principio, ha sido esclarecido por algunos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, a través de los cuales se ha desarrollado el contenido del precitado artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, en su Observación Individual sobre el Convenio 169 a Bolivia, la CEACR estableció que “el concepto de la consulta a las comunidades indígenas (...) comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”

¹⁴³ Sobre el particular, el Foro Permanente ha establecido que las comunidades deben tener, como mínimo, información sobre “a. La naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b. Las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto, c. la duración del mismo; d. las áreas que serían afectadas; e. las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos; f. el personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto; e. los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto”

¹⁴⁴ En la primera Observación, la CEACR afirmó que la consulta, para que realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos. La CEACR ha afirmado que “una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y pueden participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”

¹⁴⁵ Adicionalmente, de acuerdo con estos pronunciamientos, el procedimiento de consulta debe tener como propósito llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, dependiendo de la fuente de derecho internacional que se revise. En todo caso, el estándar mínimo sobre consulta entiende que no debe ser concebida como un simple procedimiento por el cual se socializan algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica, independientemente de las opiniones que puedan tener las comunidades afectadas al respecto, sino que debe entenderse y desarrollarse como un verdadero mecanismo de consulta, participación y conciliación, cuyo objetivo sea lograr un acuerdo entre las partes.

¹⁴⁶ Ahora bien, en cuanto al momento en que debe realizarse la consulta, los pronunciamientos de distintos organismos internacionales han coincidido en afirmar que ésta tiene que llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades. En cuanto a los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, tanto el Convenio 169 como la Declaración de los Pueblos Indígenas establecen explícitamente que la consulta debe realizarse antes de su aprobación.

medidas propuestas. De igual manera lo reafirmó la CS al rechazar el recurso de nulidad entablado por la reclamante.

Desde la entrada en vigencia en el año 2009 del Convenio 169 de la OIT, la reglamentación interna de nuestro país debió sufrir modificaciones, para incorporar el nuevo cuerpo legal de naturaleza internacional. De esta manera, a inicios del año 2010 y ante la creación de la nuestra institucionalidad ambiental, fue incorporado a la Ley 19.300 el nuevo inciso segundo del artículo 4° el que expresamente reconoce el Convenio 169 de la OIT al señalar “Los Órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la Ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

A partir de ese momento, el SEA debió asumir la aplicación de la consulta indígena, en proyectos sometidos al SEIA, sin tener plena claridad de los procedimientos de cómo ésta debía ser cumplida.

El relator especial de la OIT, James Anaya¹⁴⁷ hace un análisis y da recomendaciones y orientaciones al Estado de Chile sobre el proceso de consulta indígena y participación que señala el convenio 169, cuando existe susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas y que se encuentra recogido en los artículos 6 y 7 del citado convenio. El relator en los considerandos 15 y siguientes señala “15. El Relator Especial considera importante subrayar aquí que no existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación con el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas en relación

¹⁴⁷ ANAYA, James (2009) “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile”. *Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas*. Pp 4. Disponible en: http://www.politicaspublicas.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf (visita 02 de junio de 2015).

con las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a sus derechos e intereses. Así, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT establece que “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

16. Lo anterior no significa, sin embargo, que dicho margen de discrecionalidad sea absoluto. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, el instrumento [el Convenio 169 de la OIT] otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

De igual manera, el relator especial Anaya entrega los principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas señalando que esta debe ser i) de carácter previo¹⁴⁸, ii) no se agota con la mera información¹⁴⁹, iii) de

¹⁴⁸ 18. Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas. Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169. Asimismo, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica “que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso”

¹⁴⁹ 21. Una de las situaciones más comunes a las que ha tenido que enfrentarse los órganos de control normativo de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado estos órganos, “una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”, particularmente a la vista del establecimiento de un “diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”

buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes¹⁵⁰, iv) adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas¹⁵¹ y v) sistemática y transparente¹⁵². De lo anterior, y analizando los lineamientos entregados por el relator especial de la Haya, y los observadores permanentes queda de manifiesto que lo sentenciado por el Segundo Tribunal Ambiental se encuentra acorde con los principios que rigen la consulta indígena en el ámbito internacional o lo que se denomina “estandar de la consulta”

Para Sanhueza¹⁵³, El primer paso hacia el desarrollo del derecho a la consulta es consultar con los pueblos indígenas sobre el diseño de los procedimientos específicos que concretarán este derecho en la práctica. De acuerdo con este principio, los pueblos indígenas deberían poder participar en los

¹⁵⁰ 23. El cumplimiento por los Estados de la consulta “en buena fe”, como estipula el Convenio 169, responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación. En esta línea de pensamiento, los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.

¹⁵¹ 26. El Convenio 169 enfatiza que las consultas a los pueblos indígenas deben ser “adecuadas”, y realizar en particular a través de las “instituciones representativas” de estos pueblos (art. 6.1.a). En idénticos términos, la Declaración de Naciones Unidas especifica que los Estados “celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas” (art. 19). Por su parte, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Saramaka v. Surinam afirma que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta “los métodos tradicionales del [pueblo indígena] para la toma de decisiones”
29. Los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible: “[d]ada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”. Asimismo, los órganos de control de la OIT han señalado que no deben confundirse las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” con las “organizaciones más representativas” de estos pueblos.

¹⁵² 34. En la medida en que constituyen un trámite prescriptivo en relación con la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que les afecten, las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas.

¹⁵³ SANHUEZA, Cristián op. Cit. (2013) NO NOS TOMAN EN CUENTA Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía. Ediciones Universidad Diego Portales. 185 pp. Disponible en <http://ediciones.udp.cl/no-nos-toman-en-cuenta/> (visita 03 de junio de 2016)

debates públicos sobre dichos procedimientos y ser consultados de acuerdo con los estándares internacionales sobre la definición de los detalles procedimentales para el efectivo ejercicio de este derecho. Refieren que para que la consulta previas, libres e informadas sean válidas i) deben realizarse entre las partes directamente interesadas, ii) los gobiernos deben realizarlas con los pueblos y organizaciones representativas afectados directamente por la medida que será consultada, iii) el Estado es el garante de los derechos humanos y, por tanto, tiene la responsabilidad de realizar una consulta adecuada, las empresas, como entidades miembros de la comunidad nacional, también tienen el deber de respetarlos, iv) deben ser procedimientos diferenciados, diseñados específicamente para asegurar el disfrute de los derechos de los pueblos interesados y v) según los principios generales del derecho internacional, la obligación de consultar le corresponde al Estado, y no a las entidades privadas.

Los requisitos enunciados precedentemente fueron cumplidos en la evaluación del proyecto, toda vez, que el procedimiento aplicado a la comunidad de Cultane fue previamente consensuado con éstos, siendo el SEA como representante del Estado de Chile quien tuvo la obligación de aplicarlo. Lo anterior concuerda con lo razonado por el TA en el considerando trigésimo quinto, al referir que la consulta cumplió los estándares internacionales, no siendo controvertida tal conclusión por el máximo tribunal. De este modo, el TA hace referencia en su sentencia al lato desarrollo que efectúa el Comité de Ministros en el acuerdo N° 25 numeral 7.3.3. mediante el cual declara que “En cuanto a los estándares que determinan la realización de los PCI en conformidad a los preceptos del Convenio 169 OIT, cabe tener presente que éstos efectivamente se cumplieron por parte del SEA de la Región de Tarapacá:

(i) *Previo*: el proceso ha sido concebido y propuesto por el SEA de la Región de Tarapacá y la Comunidad Indígena Aymara de Cultane ha sido convocada en forma previa a la adopción de la medida administrativa que constituye la RCA.

(ii) *Libre e informado*: El proceso ha sido formulado de manera tal que la Comunidad consultada pueda, sin impedimento, participar en un proceso de diálogo con la autoridad y al interior de su propia organización, de forma que

pueda plantear sus requerimientos, observaciones, comentarios e inquietudes, fomentando su participación en forma permanente y manteniendo una actitud efectiva tendiente a procurar todos los espacios posibles para generar instancias de diálogo genuino

El SEA de la Región de Tarapacá no ha escatimado esfuerzos en poner a disposición de la Comunidad consultada toda la información que fuera por ésta requerida. Todo esto con el propósito ulterior de que tuviera la posibilidad real y cierta de influir en el respectivo proceso de evaluación ambiental y, consecuentemente, en la RCA, en resguardo de sus intereses y derechos.

(iii) *Buena fe*: El SEA de la Región de Tarapacá ha brindado espacios efectivos y razonables para que la Comunidad convocada pudiese decidir si ejercería o no su derecho a ser consultada de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT; se ha incentivado la generación de espacios de diálogo para consensuar una metodología y un procedimiento de Consulta y, de esa forma, implementar de buena fe y en conjunto con sus representantes, procesos consultivos que se ajusten a los acuerdos alcanzados y a las exigencias impuestas por el Convenio N° 169.

En este sentido, una manifestación de la buena fe con la que el Estado llevó a cabo el PCI, fue la ampliación de plazos de la tramitación del Proyecto, a través de la Resolución Exenta N° 160, de 31 de diciembre de 2013. También, el conjunto de actuaciones preliminares y posteriormente aquellas efectuadas durante el PCI que se encuentran detalladas en la página 27 del Protocolo de Acuerdo previamente individualizado. Si se quiere, por último, es una expresión de la buena fe con la que ha obrado el Estado, el hecho de la suscripción del Protocolo de Acuerdo Final con la Comunidad consultada y los acuerdos alcanzados, los que incluso son susceptibles de ser fiscalizados por la Superintendencia del Medio Ambiente.

En concordancia con lo hasta acá señalado, resulta necesario tener presente que el principio de la buena fe debe orientar las actuaciones de todas las partes que participan de un proceso de Consulta Indígena. Atendidas las particularidades de las medidas que se consultan en la especie, tal principio impone estándares de comportamiento tanto al SEA de la Región de Tarapacá, como a la Comunidad

Indígena Aymara de Cultane convocada y consultada, y a la propia empresa Compañía Minera Paguanta, las que en la opinión de este Comité de Ministros efectivamente se respetaron.

En el documento de Adición al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, titulado "La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior", se expresó claramente que los principios de consulta están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso.

El documento anterior contiene un Apéndice A, titulado "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", que explica en referencia a la buena fe que *"ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuo en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe"*

Por otra parte, en el *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*, del año 2013, señala que en la consulta *"ambas partes deben procurar llegar a un acuerdo, efectuar negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe"*.

En efecto, la participación efectiva de los pueblos consultados implica necesariamente que éstos se encuentren genuinamente dispuestos a entregar información oportunamente y a arribar a acuerdos, lo que efectivamente se hizo en el presente caso.

(iv) *Instituciones representativas*: A objeto de dotar de la más alta legitimidad al proceso consultivo, el SEA de la Región de Tarapacá propició que fuera la propia Comunidad convocada la que determinara si ejercería o no su derecho a ser consultada y, en la eventualidad de acceder, fuera ella misma la que definiera su institución representativa. Según consta en la evaluación, la Comunidad radicó libre y autónomamente las facultades representativas en la Directiva de la misma

(Presidenta, Secretaria, Tesorero, Consejeros y Miembros).

(y) *Procedimientos adecuados y previamente consensuados*: Según consta en la evaluación ambiental, una vez decretado el inicio del proceso de consulta indígena se efectuaron múltiples actuaciones (reuniones, visitas a terreno, llamados telefónicos, correos electrónicos, etc.) a objeto de determinar la forma en que ejercería la Comunidad de Cultane su derecho a ser consultada.

En este sentido, el resuelvo N° 2 de la Resolución Exenta N° 148/2013, que dio inicio al PCI, estableció lo siguiente:

"Los plazos, metodología, mecanismos, procedimientos y alcance de dicho proceso de Consulta a los Pueblos Indígenas serán consensuados con la(s) institución(es) representativa(s) del(os) Grupo(s) Humano(s) Indígena(s) singularizados en el Resuelvo anterior, cuyos miembros pueden ser objeto de afectación directa por el Proyecto. El documento que dé cuenta de dicho acuerdo será anexado a la presente Resolución y constituirá el protocolo para materializar dicha Consulta, entendiéndose que aquél formará parte del presente acto administrativo".

De esta manera el Comité de Ministros concluye que “Queda de manifiesto entonces que el SEA procuró efectuar un procedimiento de acuerdo a las características socioculturales de la Comunidad de Cultane y convenir con ella sus alcances y mecanismos.”

Por su parte el INDH¹⁵⁴, al informar sobre el proceso de consulta reiteró los estándares que el derecho internacional le entrega, señalando que “La pauta de levantamiento que debió completar cada observador/a del INDH tuvo por objeto registrar la información relevante, de manera homogénea, respecto del proceso, a fin de detectar si éste se ajustó a la normativa y principios aplicables a la consulta previa. Entre otros aspectos, dicha pauta releva información sobre: i) el carácter previo del proceso; ii) las garantías de acceso a la información, tanto en relación

¹⁵⁴ INDH. (2015). “Informe de observación sobre el proceso de consulta previa de la indicación sustitutiva al anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio”. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión 272. Disponible en <http://consultaindigena.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/informe-indh-consulta-cnca.pdf> (visita 10 de octubre de 2016)

con el proceso de consulta como a las medidas a ser consultadas; iii) el principio de buena fe; iv) el respeto a la obtención del consentimiento previo como finalidad del proceso y la efectiva capacidad de incidencia de los pueblos interesados en relación con las medidas propuestas; v) la concurrencia de instituciones representativas indígenas; vi) procedimientos adecuados en términos de respeto por la pertinencia cultural en la metodología, el diálogo y la entrega de información y, transparencia en el proceso de diálogo y negociación, mismos requisitos que a nuestro parecer fueron seguidos y cumplidos por el SEA de Tarapacá.

Contesse¹⁵⁵ al referirse a los procedimientos de consulta, los sintetiza señalando que ésta debe ser realizada de manera temprana (con anterioridad a la dictación de la medida administrativa o legislativa), de buena fe (con disposición a un diálogo abierto, sin ocultar información y sin veto), mediante procedimientos adecuados (que permitan manifestar un parecer por parte de quienes participan), a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y cuyo objetivo sea alcanzar acuerdos.

Haciendo un análisis sistemático sobre el proceso, Nash¹⁵⁶ indica los requisitos que ésta debe tener, señalando que debe ser, i) realizada con carácter previo¹⁵⁷, ii) de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo¹⁵⁸, iii)

¹⁵⁵ CONTESSE, Jorge (2012). "El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación". *Ediciones Universidad Diego Portales*. Pp. 194-200. Disponible en http://www.academia.edu/4765669/El_Convenio_169_OIT_y_el_derecho_chileno_mecanismos_y_obstaculos_para_su_implementacion_ed._ (visita 10 de abril 2016).

¹⁵⁶ NASH, Claudio, (2014). "Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT". *Centro de Derechos Humanos*. Disponible en http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/otros/Manual_DDHH_Convenio_169.pdf (visita 18 de mayo de 2016).

¹⁵⁷ Una característica de los procesos de consulta previa, es la eficacia del mismo. Un proceso que no se hace con la debida anticipación no sirve para cumplir con el fin que se propone y pasa a ser una mascarada de consulta. Por ello, definir en qué consiste este elemento pasa a ser una cuestión sustantiva en los procesos de regulación de la consulta previa.

¹⁵⁸ Un aspecto central en los procesos de consulta previa es que esta se haga de buena fe y que se diseñe por parte de la autoridad un procedimiento destinado a tener un buen resultado. En el proceso de consulta estamos claramente frente a una obligación de medios y no de resultados. Lo que deberá evaluarse es si el diseño del procedimiento y su implementación tienen como fin lograr acuerdos y no estar limitados a cumplir con ciertas formalidades que habiliten a una decisión ya

informada¹⁵⁹ y, iv) adecuado y accesible para las comunidades indígenas consultadas¹⁶⁰.

Ya en el año 2014, la CS en causa Rol 12.450-2014 de fecha 3 de septiembre, rechazó un recurso de protección incoado por las comunidades indígenas Inalafquen e Inocente Panguilef y la Asociación Indígena Futa Koyagtun Coz Coz Mapu, en contra de la respuesta negativa del SEA contenida en la carta N° 46 de fecha 5 de febrero del mismo año, a la propuesta de consulta indígena presentada por los recurrentes, en el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Neltume. Al respecto Ossandón¹⁶¹ al comentar la sentencia del máximo tribunal señaló que “El rechazo es debido a que la Corte considera que lo solicitado por las comunidades recurrentes y lo que hasta ese momento había llevado a cabo el SEA sobre la consulta indígena, es decir, en aplicación del Convenio 169, cumplía con dicho estándar”. En la carta de solicitud de las comunidades al SEA indican que para efectuar la consulta indígena se deben cumplir los principios que ésta sea i) previa, ii) bajo procedimientos adecuados, iii) con instituciones representativas, iv) de buena fe, v) apropiada a las circunstancias, vi) que tenga la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento de las medidas propuestas e vii) informada. Idénticos principios son los que reconoce la CS en la consulta efectuada hasta la fecha de la dictación de la sentencia, en la evaluación ambiental del proyecto Neltume y que nuevamente los releva en la sentencia que se analiza en este comentario, al

resuelta por la autoridad. Como toda obligación de medio es más compleja su evaluación, de ahí que sea relevante el análisis concreto que ha hecho la Corte sobre este particular.

¹⁵⁹ Si se persigue configurar un proceso de consulta previa que esté destinado a cumplir un rol relevante para la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que le son relevantes para su vida, la información con la que cuentan para tomar una decisión y negociar, es fundamental.

¹⁶⁰ “...es relevante que el proceso sea culturalmente accesible. Esto implica que la consulta debe hacerse conforme a estándares procedimentales que den garantías a las comunidades en cuanto a que este proceso será respetuoso de las autoridades, los usos y costumbres de la comunidad.”

¹⁶¹ OSSANDÓN, Jorge. (2014) “El estándar de la consulta indígena en Chile: comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la central hidroeléctrica Neltume”. Justicia Ambiental: *Revista de Derecho ambiental de la ONG FIMA*, N° 6, diciembre 2014, pp. 253-270. Disponible en: <http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2015/03/Justicia-Ambiental-VI.pdf> (Visita 12 de octubre de 2016).

validar el estándar utilizado por el SEA en sus procedimientos de consulta.

Sin embargo, la sentencia en el caso Neltume cobra relevancia, no sólo respecto del estándar de consulta seguido por el SEA, sino, por señalar la CS en el considerando Décimo cuarto que *“Que sin perjuicio de lo expuesto, atendida la circunstancia que el proceso de Consulta Indígena decretado en la Resolución N°002/2013 se encuentra en tramitación, no habiendo finalizado, como tampoco ello ha ocurrido respecto del proceso de Evaluación Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Neltume, a los recurrentes les asisten los recursos de carácter administrativo y jurisdiccional contemplados en la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y en la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales.”*

A este respecto creemos, que la consulta indígena y su estándar se encuentran regidos por la Ley 19.880¹⁶², y como tal conformada por una serie de actos trámites, que constituyen el procedimiento administrativo. La Dirección Ejecutiva del SEA¹⁶³ en su último instructivo, ha reconocido que tanto la Resolución de Inicio y de Término de la Consulta son actos administrativos. Lo anterior habilitaría a los interesados a que una vez concluida la consulta, ésta puede ser objeto de recursos contemplados en la propia ley.

El profesor Rojas¹⁶⁴, citando a Esteve ha señalado que el acto administrativo cumple una función fundamental pues a través de él se materializa el ejercicio de las potestades administrativas, y en torno suyo pueden establecerse fórmulas efectivas de delimitación, formalización y control jurídico propias y características del Derecho Administrativo. De igual manera, el profesor describe las funciones del procedimiento administrativo, las que llevarán a la mejor

¹⁶² Ley 19.880 Sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

¹⁶³ D.E. SEA Of. Ord. N° 161116. “Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. De fecha 24 de agosto de 2016. Disponible en http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_ndeg_161116.pdf (visita 7 de octubre de 2016)

¹⁶⁴ ROJAS, Cristián. (2013). “Alcances y aplicabilidad de la nulidad administrativa a los actos emanados de particulares en el ejercicio de funciones pública”. En *La nulidad de los actos administrativo en el Derecho chileno*. FERRADA Bórquez, J. C. (Coordinador). Thomson Reuters-Legal Publishing. Santiago, pp. 77-155.

resolución posible del asunto sometido a su decisión, dentro de las que se encuentran, las funciones legitimadora¹⁶⁵, constitutiva¹⁶⁶, garantista¹⁶⁷, objetiva y racionalizadora¹⁶⁸. Lo anterior guarda relación directa con la sentencia analizada, al considerar el TA que el procedimiento de consulta, como procedimiento administrativo, cumple con el estándar de consulta.

Estando ya vigente el Convenio 169 de la OIT, el año 2013 se promulgó el D.S. 66¹⁶⁹ que da ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas y deroga expresamente el antiguo D.S. 124/2009 declarado como inconsulto por las comunidades indígenas. En el artículo 8º¹⁷⁰ el reglamento se refiere a los proyectos de inversión y su tratamiento en relación a la consulta,

¹⁶⁵ Conforme la cual, la observancia del procedimiento administrativo confiere legitimidad a la resolución final, o sea, el acto administrativo resolutorio, lo que es fundamental en el Estado democrático y de Derecho.

¹⁶⁶ Conforme la cual, el procedimiento administrativo constituye a la Administración y demás sujetos titulares de potestades administrativas en sujetos actuantes en aplicación del Derecho Administrativo; de tal manera que si no hay procedimiento no hay Administración ni demás titulares, ni tampoco hay Derecho Administrativo.

¹⁶⁷ Pues el procedimiento administrativo cumple una función de garantía de los derechos e intereses que pueden verse afectados por la resolución final, a través del cual se objetiva el actuar de los titulares de esos enormes poderes jurídicos-públicos.

¹⁶⁸ Dada su pretensión de acceder al conocimiento más amplio y más cierto sea posible de la realidad, con el objeto de poder dictar la mejor resolución posible sobre el asunto que se ha sometido a su decisión.

¹⁶⁹ Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del convenio no 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica.

¹⁷⁰ Artículo 8º.- Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300.

Para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento.

señalando que se consultarán de acuerdo a la normativa del SEIA. A su vez, el artículo 16^{o171}, regula el proceso en sí.

Asimismo, la ley ambiental ha regulado en el artículo 85^{o172} del D.S.

¹⁷¹ Artículo 16.- Procedimiento de consulta. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 del presente reglamento, todo procedimiento apropiado de consulta deberá contemplar las siguientes etapas:

a) Planificación del Proceso de Consulta: Esta etapa tiene por finalidad: i) entregar la información preliminar sobre la medida a consultar a los pueblos indígenas; ii) determinar por parte de los pueblos indígenas y del órgano responsable los intervinientes, sus roles y funciones, y iii) determinar conjuntamente entre el órgano responsable y los pueblos indígenas la metodología o forma de llevar a cabo el proceso; el registro de las reuniones por medios audiovisuales, actas u otros medios que dejen constancia del proceso; y la pertinencia de contar con observadores, mediadores y/o ministros de fe.

La metodología deberá considerar a lo menos la forma de intervenir en el proceso de consulta, la formalización de los acuerdos, los lugares, los plazos, la disposición de medios que garanticen la generación de un plano de igualdad, así como los mecanismos de difusión y logística en general.

Esta etapa comprenderá al menos tres reuniones: Una para la entrega preliminar de información sobre la medida a consultar; otra para determinar los intervinientes y la metodología, para lo cual los pueblos indígenas contarán con el tiempo suficiente para acordarla de manera interna; y, finalmente, otra para consensuarla con el órgano respectivo.

Los acuerdos de esta etapa constarán en un acta que contendrá la descripción detallada de la metodología establecida, debiendo ser suscrita por los intervinientes designados para dicho efecto. De no haber acuerdo en todo o en algunos de los elementos indicados precedentemente, el órgano responsable deberá dejar constancia de esta situación y de la metodología que se aplicará, la cual deberá resguardar los principios de la consulta.

b) Entrega de información y difusión del proceso de consulta: Esta etapa tiene por finalidad entregar todos los antecedentes de la medida a consultar a los pueblos indígenas, considerando los motivos que la justifican, la naturaleza de la medida, su alcance e implicancias.

La información debe ser entregada oportunamente, empleando métodos y procedimientos socioculturalmente adecuados y efectivos, en español y en la lengua del pueblo indígena, cuando sea necesario, de acuerdo a las particularidades del pueblo indígena afectado.

La información de la medida a consultar y del proceso se deberá actualizar permanentemente en los sitios web del Ministerio de Desarrollo Social, de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y del órgano responsable.

c) Deliberación interna de los pueblos indígenas: Esta etapa tiene por finalidad que los pueblos indígenas analicen, estudien y determinen sus posiciones mediante el debate y consenso interno respecto de la medida a consultar, de manera que puedan intervenir y preparar la etapa de diálogo.

d) Diálogo: Esta etapa tiene por finalidad propiciar la generación de acuerdos respecto de la medida consultada mediante el intercambio de posiciones y contraste de argumentos. Dentro del plazo establecido para esta etapa, deberán realizarse las reuniones que sean necesarias para cumplir con el objetivo de la consulta.

En esta instancia se deberá respetar la cultura y métodos de toma de decisiones de los pueblos indígenas.

Los acuerdos y desacuerdos de esta etapa constarán en un acta que deberá también dar cuenta de los mecanismos y acciones de seguimiento y monitoreo.

e) Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta: Esta etapa tiene por finalidad elaborar una relación detallada del proceso llevado a cabo, desde la evaluación de la procedencia, las distintas etapas y los acuerdos alcanzados y la explicación fundada de los disensos producidos, lo que deberá constar en un informe final.

¹⁷² Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas.

40/2012, del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la consulta que debe ser aplicada a los pueblos indígenas, al existir afectación directa sobre éstos por proyectos de inversión que se han sometido al SEIA. Sin embargo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)¹⁷³ ha indicado sobre este nuevo reglamento ambiental que “La consulta previa no debiera estar entregada exclusivamente a un reglamento de ejecución. La ley expresamente debiera contemplar mecanismos de consulta indígena.”

Sobre el citado artículo 85° del D.S. 40/2012 Meza-Lopehandía¹⁷⁴ es crítico al señalar que “Como puede apreciarse, la norma no contempla un procedimiento específico para llevar a cabo las consultas pertinentes sino que se limita a reproducir en forma distorsionada el artículo 6 el Convenio 169. Ahora bien, conforme al artículo 8 del Reglamento de Consulta del DS N° 66 hace aplicables las etapas de consulta establecidas en su artículo 16 a las consultas relativas a

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.

¹⁷³ INDH. (2013). “El Deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152. Pp.31. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1> (Visita 08 de octubre de 2016)

¹⁷⁴ Meza-Lopehandía, Matías; Yáñez, Nancy; Silva Hernando. (2014). “El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno”. *Observatorio Ciudadano*, Informe 19 IWGIA-2014. En El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado. Pp. 41-43. Disponible en http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf (Visita 15 de octubre de 2016)

RCA, esto es, (a) planificación; (b) información y difusión; (c) deliberación interna; (d) diálogo; y (e) sistematización, comunicación resultados y final. Agrega que “Un aspecto reprochable del artículo 85, dice relación con la calificación de la finalidad de la consulta: “[n]o obstante, el no alcanzar dicha finalidad [llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento] no implica la afectación del derecho a la consulta”. Esta norma se funda en el lugar común de que la consulta previa no implica un derecho a veto.

Es de nuestro parecer, que lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental y ratificado por la Corte Suprema, esto es, que las observaciones ciudadanas relativas al proceso de consulta indígena fueron debidamente consideradas por el Comité de Ministros, concuerdan con lo planteado en el ámbito nacional e internacional sobre el proceso de consulta. De esta manera y extrapolando la decisión de ambos tribunales, éstos sentencian que la consulta desarrollada por el SEA se ajusta a los principios básicos del Derecho internacional que la regulan, avalando de esta manera los procedimientos efectuados por el SEA en el marco de la evaluación ambiental de proyectos que se emplazan en territorios y afectan directamente a las comunidades indígenas. De esta manera, el tribunal especializado en materia ambiental, como lo es el TA, haciendo un análisis circunstanciado de los procedimientos aplicados por el SEA de Tarapacá y que fueran expresados en el Acuerdo N°25 del Comité de Ministros, ejecutado por el Director Ejecutivo del SEA, según lo establece la Ley, entiende que se cumplen con los estándares del convenio 169 de la OIT y al ser un acto administrativo, con los requisitos de la Ley 19.880.

4.- Conclusiones

Los criterios que debería seguir un juez si resuelve un caso semejante son las siguientes:

Primero: Que, teniendo en consideración los estándares del Convenio 169 de la OIT y el principio de flexibilidad del artículo 34 del mismo, las cortes y TA al conocer de recursos entablados por comunidades indígenas, por supuestos

incumplimiento del Convenio, verifiquen los procedimientos seguidos por el SEA en la tramitación de la consulta dentro de la evaluación ambiental de los proyectos sometidos al SEIA.

Segundo: Que al ser la consulta un procedimiento administrativo regido por la Ley 19.880, no es requisito la conclusión de la evaluación ambiental del proyecto, mediante la dictación de la RCA para recurrir en contra de la consulta, pudiendo entonces accionar los procedimientos de invalidación o nulidad contemplados en la Ley 19.880 y en la Ley 20.600, siendo siempre el recurso de protección la *última ratio*, debiendo determinar la admisibilidad de los requerimientos, antes de conocer el fondo de la acción.

Tercero: Las cortes y el TA al conocer de recursos entablados por comunidades indígenas en contra del procedimiento de consulta, deben verificar que la realizada por el SEA, de cumplimiento a los presupuestos establecidos en el D.S. 66/2013 que la regula y el artículo 85 del D.S. 40/2012 Reglamentos del SEIA.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo ha quedado en evidencia, que la incorporación del Convenio 169 de la OIT a nuestra legislación interna, en especial la ambiental, no ha sido un tema pacífico ni exento de controversias, y es así, por cuanto en tal inclusión se deben conjugar intereses en muchas ocasiones contrapuestos, como lo son el desarrollo del país, mediante las inversiones en proyectos sometidos al SEIA, que producen impacto ambiental y por otro, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios. Sin embargo, es pacífico el reconocimiento que hacen las judicaturas en las sentencias analizadas, sobre los derechos de las comunidades indígenas, cuando éstos son afectados por un proyecto, reconociendo la necesidad de efectuar la consulta indígena, cuando ésta es procedente.

De igual manera, gran parte de la doctrina ha reconocido los impactos que sobre las comunidades indígenas pueden ejercer los proyectos, en especial los de gran envergadura sometidos al SEIA, mediante estudios de impacto ambiental, existiendo tendencias conservacionistas que demandan la aplicación del procedimiento de consulta, incluso en declaraciones de impacto ambiental, por considerar que existiría afectación asimismo, en aquellos casos.

La tendencia actual, es de reconocimiento de la consulta al existir afectación directa sobre las comunidades indígenas. A nuestro parecer, esta es la clave de la consulta, el poder determinar cuándo existe afectación a comunidades indígenas y la respuesta la encontramos en el nuevo reglamento del SEIA, D.S. 40/2012 que nos entrega las directrices de criterio de afectación hoy reconocido por el máximo tribunal.

Como se ha señalado en el desarrollo del trabajo, el convenio 169 de la OIT no entrega lineamientos sobre el procedimientos que debe ser aplicado al efectuar la consulta indígena, siendo el Estado parte quien determine según sus facultades y medios, la forma de aplicarla. Sin embargo existen estándares mínimos que reconoce la jurisprudencia y que son latamente comentados por la doctrina nacional e internacional.

Importantes conclusiones transversales pueden ser obtenidas de los análisis efectuados de las sentencias comentadas:

En primer lugar ha quedado establecido, que la RCA es una medida administrativa, susceptible de afectar a las comunidades indígenas, ya que como tal, es un acto terminal dictado por un órgano de la administración del Estado, la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del SEA, según corresponda y que tiene la facultad de autorizar el funcionamiento de un establecimiento o actividad y porque además así se desprende del artículo 8 del D.S. 66/2013. Sin embargo y según lo reconocen las sentencias números dos, tres, cuatro, cinco y seis, la obligación de realizar un procedimiento de consulta sólo se encuentra en proyectos ingresados a evaluación ambiental mediante un EIA, y por afectación a los pueblos indígenas, contemplados en los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley 19.300 y sus correlativos numerales 7º, 8º y 10º del D.S. 40/2012, constituyendo el motivo de la consulta, las medidas de mitigación, reparación o compensación que se pretende llegar a acuerdo o lograr el consentimiento y que sólo existen en esta modalidad de ingreso al SEIA.

En segundo lugar, ha quedado determinado que quien debe efectuar el procedimiento de consulta es el Estado, mediante sus órganos intermedios. En el caso de la evaluación de proyectos de inversión y tal como se ve reflejado en las sentencias, dos, cuatro y seis, es el Servicio de Evaluación Ambiental el llamado a implementar y llevar a cabo la consulta a los pueblos indígenas de conformidad a lo establecido en el artículo 6 N°1) letra a) y N° 2 del Convenio 169 de la OIT, únicos artículos auto ejecutables del convenio y declarado así por el TC.

Para desarrollar esta tarea y aplicar los procedimientos, el SEA debe tomar como base los principios de buena fe, previo, libre e informado, mediante instituciones representativas, previamente consensuados, con procedimientos adecuados y transparentes. Dichos principios han sido recogidos en el artículo 85 del D.S. 40/2012 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Lo concluido deja de manifiesto y así lo confirman las sentencias números

cuatro y seis al razonar que el procedimiento de consulta no debe confundirse ni ser asimilables a la participación ciudadana que contemplan los artículos 26 al 31 de la Ley 19.300 o con la socialización de proyectos a los pueblos indígenas, o la recolección de información que son permitidos en los procedimientos de participación ciudadana, debiendo proceder con mecanismos concordantes a los estándares del 169 de la OIT, y actualmente recogidos por el D.S. 40/2012.

Sin embargo y en sus inicios, existió una homologación de la participación ciudadana de la Ley 19.300 con la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT, como lo reflejan las sentencias número uno y dos. En la actualidad esta tendencia ha sido superada y tanto la jurisprudencia como la doctrina reconocen el carácter diferenciador de una y otra institución.

En tercer lugar, ha quedado reflejado en la sentencia número uno que el Convenio 169 de la OIT ingresa a nuestra legislación con rango legal, zanjando la discusión sobre si, por tratarse de derechos humanos indígenas era aplicable el artículo 5 inciso segundo de nuestra carta fundamental, que lo elevaría al mismo nivel en la escala jerárquica que la Constitución. Una parte de la doctrina y en parte las cortes superiores de justicia han relevado al convenio 169 de la OIT como un tratado internacional sobre derechos humanos y por tanto de rango superior a cualquier otra norma legal. Tal situación ha sido nuevamente analizada por el TC, quien ha mantenido su criterio que el convenio 169 de la OIT, es una norma de rango legal y no constitucional.

En cuarto lugar, con la dictación de la Ley 20.600 que crea los Tribunales ambientales, se ha entregado a éstos las competencias para conocer de los conflictos medioambientales sometidos a su conocimiento, dentro de los cuales se encuentra la reclamación establecidas en la ley 19.300, por aplicación del artículo 17 numerales 5), 6) y 8) de la Ley 20.600, pudiendo en consecuencia pronunciarse sobre la correcta aplicación de la consulta a los pueblos indígenas. Así ha quedado reflejado en las sentencias números cuatro y seis comentadas.

Sin embargo, la Ley 20.600 no contempló un procedimiento rápido y eficaz

para resolver controversias como la correcta evaluación de un proyecto y la aplicación de la consulta indígena, debiendo agotar los reclamantes las instancias administrativas que franquea la legislación vigente para poder accionar ante dichos tribunales especiales.

En vista de lo planteado extraemos una importante quinta conclusión;

A nuestro parecer, siempre debe existir la posibilidad de recurrir a las cortes de apelaciones cuando existan derechos vulnerados en materia ambiental, entre ellos, la aplicación de la consulta en proyectos de inversión y que afecten a pueblos indígenas.

En este sentido, las cortes al conocer de un recurso de protección en contra de una RCA por falta de consulta y previo a resolver, deben verificar que lo que se reclama es una cautela urgente, siendo el derecho supuestamente vulnerado, preexistente e indubitado. Que en caso contrario, los antecedentes sean remitidos al TA para su conocimiento y fallo, evitando las cortes avocarse el conocimiento técnico en los proyectos sometidos al SEIA, determinando afectaciones que sólo pueden ser analizadas por los órganos del Estado convocados a la evaluación de los proyectos, que con sus conocimientos técnico-científicos pueden emitir sus pronunciamientos. Tal deferencia técnica se ve reflejada en las sentencias números dos, tres, cuatro, cinco y seis. Cabe hacer presente que la sentencia número dos fue revocada por la CS, quien siguiendo la lógica del voto disidente del tribunal a quo, se avoca el conocimiento del asunto técnico y determina afectación a pueblos indígenas, dando lugar a la consulta.

En sexto lugar, la consulta indígenas y su estándar se rigen por la Ley 19.880, y como tal se encuentra conformada por una serie de actos trámites, que constituyen el procedimiento administrativo cuyo conclusión es el acuerdo a que se arriba respecto de las medidas de mitigación, reparación y/o compensación propuestas por el titular de un proyectos o en su defecto a la imposibilidad de llegar a esos acuerdos. Como se ha comentado la Dirección Ejecutiva del SEA, ha reconocido que tanto la Resolución de Inicio y de Término de la Consulta son actos administrativos. Lo anterior habilitaría a los interesados a que una vez

concluida la consulta, ésta puede ser objeto de recursos contemplados en la ley 19.880. A nuestro entender existirían dos actos trámites terminales y paralelos; uno, la consulta indígena y el segundo la RCA del proyecto. Uno regulado expresamente a través de la Ley 19.300 y el segundo, la consulta, cuya regulación se encuentra dispersa en diferentes normas de carácter legal y reglamentaria. Sin perjuicio de aquello las funciones propias del derecho administrativo; legitimadora, constitutiva, garantista, objetiva y racionalizadora, deben estar presente en el procedimiento de consulta llevado a cabo por el SEA.

Lo anterior, habilitaría a las comunidades como titulares de derechos a la consulta, accionar en contra de procedimientos mal ejecutados, solicitando la invalidación del acto terminal, esto es, la nulidad del acuerdo alcanzado sobre las medidas propuestas por el titular y en caso de ser procedente, por aplicación del artículo 21 de la misma Ley. De igual manera y reconociendo la calidad de acto terminal, siempre podrá ser impugnado ante los tribunales de justicia en un procedimiento breve y sumario.

De esta manera, tanto a los titulares de derecho a la Consulta y titulares de proyectos de inversión, le asisten al menos siete instancias procedimentales jurisdiccionales y administrativas, a saber:

- a) Las expresamente establecidas en el artículo 20 de la Ley 19.300
- b) Las contempladas en el artículo 29 y 30 bis de la Ley 19.300
- c) Las invalidaciones del artículos 54 de la Ley 19.880
- d) Las reclamaciones del artículo 17 numerales 5), 6) y 8) de la Ley 20.600
- e) Tribunales civiles por aplicación del artículo 53 inciso final de la Ley 19.880
- f) El recurso de protección, este último a nuestro parecer como *última ratio*.
- g) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Creemos que la consulta indígena, piedra angular del Convenio 169 de la OIT, es un tema creciente y que contiene aristas aún no descubiertas. En la actualidad, no existe demanda por incumplimiento del proceso de consulta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo una posibilidad cierta y contemplada en la legislación internacional.

El portafolio de análisis de jurisprudencia desarrollado, espera servir de base para quienes deban tomar decisiones y se enfrenten a la necesidad de dirimir sobre la procedencia y suficiencia de este procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, James (2009) "Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile". *Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas*. Disponible en: http://www.politicaspublicas.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf (visita 02 de junio de 2015).

ANAYA, James (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Consejo de Derechos Humanos, 12o período de sesiones. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009, párr. 43. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1> (visita 11 de julio de 2016)

ANAYA, James. (2012). Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf> en línea (fecha de visita 07 de abril de 2016).

ANINAT, Isabel (2014). "Los desafíos pendientes del Convenio 169" Centro de Estudios Públicos. N° 369. Disponible en <http://www.cepchile.cl/los-desafios-pendientes-del-convenio-169/cep/2016-03-04/100553.html> (fecha de visita 14 de julio de 2016)

AYALA, Carlos. (1988) “La jerarquía de los tratados de Derechos Humanos”. En “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Juan E. Méndez y Francisco Cox (*Editores*). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1991> (fecha de visita 13 de mayo de 2016).

BERMÚDEZ, Jorge (2014). “Fundamentos de Derecho Ambiental”. 2ª Edición. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

BOETTIGER, Camila (2014). “La Relación de los Tribunales Ambientales y la Justicia Ordinaria.” *Revista Actualidad Jurídica* N° 29 - Enero 2014 Universidad del Desarrollo. Disponible en http://derecho-scl.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/12/La_relacion_de_los_Tribunales_Ambientale.pdf (visita 7 de agosto de 2016)

CARRASCO, Edesio (2010). “Corte Suprema, consulta indígena y sistema de evaluación de impacto ambiental: una relación que no termina de aclararse. Libertad y Desarrollo. Sentencias destacadas 2010”. Disponible en <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-187-223-Corte-Suprema-consulta-indigena-y-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental-una-relacion-que-no-termina-de-aclararse-ECarrasco.pdf> (visita 08 de septiembre de 2016)

CARRASCO, Edesio (2012). “Comisiones de evaluación y la motivación de sus actos: precisiones necesarias”. Libertad y Desarrollo sentencias destacadas 2012. Disponible en <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-277-298-comisiones-de-evaluacion-y-la-motivacion-de-sus-actos-precisiones-necesarias-ecarroco.pdf> (visita 7 de septiembre de 2016)

CASSAGNE, Juan Carlos. (2008). “La discrecionalidad administrativa” http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/la_discrecionalidad_administrativa.pdf (visita 01 de septiembre de 2016)

CARMONA, Cristóbal. “La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile. Hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas”.

CAZOR, Kamel. (1997). “Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la constitución”. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 1997, vol.8, no.1. Disponible en la World Wide Web:<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501997000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. (Visita 7 de septiembre de 2016).

CAZOR, Kamel (2005): “Nuevo artículo 93 número 16: Un enfoque coherente en torno al control de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional”. En Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador): *Reforma Constitucional*. Santiago: LexisNexi.

CORDERO, Luis (2009). “Procedimientos contenciosos administrativos y protección de intereses difusos y colectivos. *En Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*”. Konrad - Adenauer - Stiftung e. v. Editor Responsable Christian Steiner http://www.kas.de/wf/doc/kas_17833-1522-4-30.pdf?091014012049 (visita 03 de septiembre de 2016)

CORDERO, Luis (2012). “Corte Suprema y el Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”. *Anuario de Derecho Público UDP*. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/18_Cordero.pdf (Visita 8 de julio de 2016)

CONTESSE, Jorge (2012). “El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su implementación”. *Ediciones Universidad Diego Portales*. Disponible en http://www.academia.edu/4765669/El_Convenio_169_OIT_y_el_derecho_chileno_

mecanismos_y_obstáculos_para_su_implementación_ed._ (visita 10 de abril 2016)

CONTESSÉ, Jorge (2012). “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”. En El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Ediciones Universidad Diego Portales.

CORDERO Luis (2012). “Corte Suprema y el Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”. *Anuario de Derecho Público UDP*. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/18_Cordero.pdf (Visita 8 de julio de 2016)

DONOSO, Sebastián (2013) “Declaraciones de Impacto Ambiental y Consulta Indígena en el SEIA: Comentario a la homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 OIT”. En Sentencias destacadas 2013. Disponible en <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-57-83-Declaraciones-de-impacto-ambiental-y-consultas-indigenas-en-el-SEIA-impacto-a-la-tendencia-de-homologacion-SDonosopdf> (Visita 11 de julio de 2016)

DONOSO, Sebastián; HERNÁNDEZ, Claudia (2013). “Participación ciudadana del Sistema de evaluación del Impacto Ambiental como Consulta Indígena: Alcances a la Jurisprudencia de la Corte Suprema”. *Libertad y Desarrollo: Serie Informe Sociedad y Política* (136). Disponible en http://lyd.org/other/files_mf/sip136participacionciudadanadelsistemadeevaluaciondelimpactoambientalcomoconsultaindigenasdonosoyhernandezoctubre201311.pdf (visita 15 de junio de 2016)

FERMANDOIS, Arturo y CHIBRETOVIC, Teresita. (2016). “El Recurso de Protección en Asuntos Ambientales: Criterios para su procedencia

postinstitucionalidad ambiental (2010-2015).” *Revista chilena de derecho*, 43(1). Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100004> (visita 7 de agosto de 2016)

FERNANDEZ, Pedro (2013). “Manual del Derecho Ambiental Chileno”. 3º Edición. Santiago. Legal Publishing Chile.

FERRADA, Juan; BORDALÍ, Andrés; CAZOR, Kamel. 2003. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo.” *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV. 67 – 81. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v14/art04.pdf> (Visita 17 de agosto de 2016].

FERRAJOLI, Luigi (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Cuarta edición (Madrid, Ed. Trotta).

GAETE, Lucía (2012). “El convenio 169. un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa” *Revista ius et praxis*, año 18, N°2. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf>, en línea (fecha de visita 5 de abril 2016).

GALINDO, Mario. (2003), “El “Caso Itata”: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año I, N°1, Santiago. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/62730471/Revista-de-Derecho-Ambiental-n1-UCh> (visita 8 de septiembre de 2016)

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112627.pdf> (visita 8 de septiembre de 2016)

GUILOFF, M. (2010). "Campiche: "Es revisable la resolución de calificación ambiental", en *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago. Disponible en <http://www.derechoambiental.udp.cl/wp-content/uploads/2010/08/anuario2010mguiloff.pdf> (visita 8 de septiembre de 2016)

HENRÍQUEZ, Miriam (2008). "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos" *Centro de Estudios Constitucionales*. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v6n2/art04.pdf>. (visita 12 de mayo de 2016).

HUNTER, Iván. "Central termoeléctrica Bocamina: ¿Deferencia o indiferencia a la Administración? (Corte Suprema)". *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2013, vol.26, n.1. Disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502013000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100010>. (visita 10 de septiembre de 2016)

INDH. (2013). "El Deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental". Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1> (Visita 08 de octubre de 2016)

INDH. (2015). "Informe de observación sobre el proceso de consulta previa de la indicación sustitutiva al anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio". Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión 272. Disponible en <http://consultaindigena.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/informe-indh-consulta-cnca.pdf> (visita 10 de octubre de 2016)

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy; SILVA Hernando (2014). “El Derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno”. En Acevedo Paulina, Santiago (Editor). “El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Análisis del Derecho nacional, internacional y comparado. informe 19 IWGIA – 2014 Observatorio Ciudadano. Disponible en http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0705_informe19_observatoriociudadanoconsulta.pdf (visita 20 de julio de 2016)

NASH, Claudio. (2012) “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> (fecha de visita 10 de mayo de 2016).

NASH, Claudio, (2014). “Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT”. *Centro de Derechos Humanos*. 147 pp. Disponible en http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/otros/Manual_DDHH_Convenio_169.pdf (visita 18 de mayo de 2016).

NOGUEIRA, Humberto (2003). “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *ius et praxis* [online]. vol.9, n.1. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122003000100020>. (visita 20 de mayo de 2016).

NOGUEIRA, Humberto (2007): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. *Estudios Constitucionales*. Año 5 N° 1.

NOGUEIRA, Humberto (2013). “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales

contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, No 2. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071852002013000200004&script=sci_abstract. (visita 15 de mayo de 2016)

PIERRY, Pedro. 2002. “Las Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XXIII. 2002. Pp 377-404 p. 382. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/513/481> (visita 17 de agosto de 2016)

PINILLA, Francisco. (2014). “El deber de sometimiento al procedimiento especial como limitación al recurso de protección ambiental (Corte Suprema).” *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(2). Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200015> (visita 6 de julio de 2016)

OSSANDÓN, Jorge. (2014) “El estándar de la consulta indígena en Chile: comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la central hidroeléctrica Neltume”. *Justicia Ambiental: Revista de Derecho ambiental de la ONG FIMA*, N° 6, diciembre 2014. Disponible en: <http://www.fima.cl/site/wp-content/uploads/2015/03/Justicia-Ambiental-VI.pdf> (Visita 12 de octubre de 2016).

RODRIGUEZ, César *et al* (2010). “La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional.” *Universidad de los Andes*. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/observatorio-racial/la-consulta-previa-indigenas>. Visita 08 de octubre de 2016.

ROJAS, Cristián. (2013). “Alcances y aplicabilidad de la nulidad administrativa a los actos emanados de particulares en el ejercicio de funciones pública”. En *La*

nulidad de los actos administrativo en el Derecho chileno. FERRADA Bórquez, J. C. (Coordinador). Thomson Reuters-Legal Publishing. Santiago.

RIBERA, Teodoro (2007): "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional". *Estudios Constitucionales*, vol. 5, número 1. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050105> (visita 15 de mayo de 2016).

RIOS, Marco (2011). "Implementación del derecho de consulta de los pueblos indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del convenio N° 169 de la OIT caso del Decreto Supremo 124/2009 que crea el reglamento sobre consulta" *Revista catalana de dret ambiental* vol. ii núm. 2. Disponible en <http://www.rcda.cat/index.php/rcda/article/viewFile/242/956> en línea (fecha de visita 8 de abril de 2016).

RIVEROS, Felipe (2008). "IV: Marco Jurídico de la Participación Ciudadana en Chile". En *Mecanismos de Participación Ciudadana en el Diseño, Implementación y Evaluación de Políticas Públicas*. Universidad de Los Lagos. Disponible en <http://www.knowhowchile.cl/KNOWHOWCHILE/wp-content/uploads/downloads/2012/06/MarcoJur%C3%ADdico-Felipe-Viveros.pdf> (visita 06 de junio de 2016)

SANHUEZA, Cristián, *et al* (2013) "NO NOS TOMAN EN CUENTA. Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía". Ediciones Universidad Diego Portales. Disponible en <http://ediciones.udp.cl/no-nos-toman-en-cuenta/> (visita 03 de junio de 2016)

SANHUEZA, Cristián (2013). "La consulta previa en Chile: Del dicho al hecho". En: *Derecho y Pueblo Mapuche*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Disponible en <http://docplayer.es/10359865-Derecho-y-pueblo-mapuche-aportes-para-la-discusion.html> (Visita, 07 de Julio de 2016).

SANHUEZA, Cristián (2013) “No nos Toman en Cuenta: Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía”. *Ediciones Universidad Diego Portales*. Disponible en <http://ediciones.udp.cl/no-nos-toman-en-cuenta/> (visita 03 de junio de 2016)

TAPIA, Jorge (2003). “Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100017>. (visita 13 de mayo de 2016)

ZUÑIGA, Francisco (2015). “A propósito de la “agonía” o “muerte” del recurso de protección ambiental”. *Revista de Derecho* . Escuela de Postgrado N° 7, julio 2015 ISSN 0719 – 1731. Disponible en <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/download/37262/38802> (Visita 7 de julio de 2016)

JURISPRUDENCIA Y OTROS CUERPOS NORMATIVOS

Constitución Política de la República

Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley 19.880 Sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ley 20.417 Modifica la Ley 19.300

Ley 20.600 Crea los Tribunales Ambientales

D.S. 40/2012

D.S 124 Reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.

D.S. 66/ 2013 Reglamento sobre el procedimiento de consulta

Tribunal Constitucional, 04 de agosto de 2000, en causa rol N°309. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica> (fecha de visita 27 de abril de 2016)

Tribunal Constitucional, 24 de junio de 1999, en causa Rol N° 288. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica> (fecha de visita 17 de mayo de 2016)

Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2002, en causa Rol 346. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica> (fecha de visita 18 de mayo de 2016).

Corte Suprema, Rol 3069-2008. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 16 de mayo de 2016)

Corte Suprema, 04 de enero de 2010, Recurso de Protección ROL N° 6062-2010.
Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 10 de abril de 2016)

Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, Recurso de Protección Rol N° 1525-2010.
Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 7 de abril de 2016)

Corte Suprema, 14 de octubre de 2010, Recurso de Protección ROL N°4078-2010.
Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de abril de 2016)

Corte Suprema, 13 de julio de 2011, Recurso de Protección ROL N° 258-2011.
Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 11 de abril de 2016)

Corte Suprema, 16 de junio de 2011, Recurso de Protección ROL N° 2262-2011.
Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 5 de abril de 2016)

Corte Suprema, 17 de junio de 2011, Recurso de Protección ROL N° 4289-2011.
Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 10 de abril de 2016)

Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, Recurso de Protección Rol N° 1525-2010.
Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 7 de abril de 2016)

Corte Suprema, 11 de abril de 2011, Recurso de Protección ROL N°9889-2010.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 7 de julio de 2016)

Corte Suprema, 30 de noviembre de 2012, Recurso de Protección ROL N°7079-2012.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de julio de 2016)

Corte Suprema, 3 de septiembre de 2014, Recurso de Protección ROL N° 12.450-2014.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 8 de julio de 2016)

Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, Recurso de Protección ROL N° 10.090-2011.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

Corte Suprema, 30 de marzo de 2012, Recurso de Protección ROL N° 11.040-2011.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

Corte Suprema, 8 de junio de 2012, Recurso de Protección ROL N° 1602-2012.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 7 de abril de 2016)

Corte Suprema, 21 de octubre de 2013 , Recurso de Protección ROL N° 8616-2013.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 11 de julio de 2013)

Corte Suprema, 18 de octubre 2013, Recurso de Protección ROL N° 10.495-2013.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 7 de julio de 2016)

Corte Suprema, 16 de enero de 2014, Recurso de Protección ROL N° 12.457-2013.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de julio de 2016)

Corte Suprema, 3 de abril de 2014, Recurso de Protección ROL N° 6427-2014.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 8 de julio de 2016)

Corte Suprema, 17 de febrero de 2014, Recurso de Protección ROL N° 63-2014.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 8 de julio de 2016)

Corte Suprema, 22 de marzo de 2012, Recurso de Protección ROL N° 10.090-2011.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 7 de junio de 2015)

Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014, Recurso de Protección ROL N°26.198 2014.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>
(fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 25 de noviembre de 2014, Recurso de Protección ROL N° 27.165 2014.
Disponibile en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

(fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 7 de octubre de 2014, Recurso de Protección ROL N11.299-2014.

Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

(fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 4 de agosto de 2014, Recurso de Protección ROL N°6590-2014.

Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

(fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 21 de agosto de 2014, Recurso de Protección ROL N°8774-2014.

Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

(fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 30 de enero de 2015, Recurso de Protección ROL N°28.745-2014.

Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

(fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 13 de abril de 2015, Recurso de Protección ROL N°707-2015.

Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

(fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 10 de noviembre de 2015, Recurso de Protección ROL N°10.640-2015.

Disponible

en

<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 6 de agosto de 2016)

Corte Suprema, 26 de noviembre de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 7071 – 2012.

Disponible

en

<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 5 de septiembre de 2016)

Corte Suprema, 20 de abril de 2011, Recurso de Protección. Rol N° 396 – 2009. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 5 de septiembre de 2016)

Corte Suprema, 27 de abril de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 2211 – 2011. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 4 de septiembre de 2016)

Corte Suprema, 11 de mayo de 2012, Recurso de Protección. Rol N° 2463 – 2012. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> (fecha de visita 4 de septiembre de 2016)

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de julio de 2013, Recurso de Protección (ROL N° 1.339-2013. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> (fecha de visita 29 de agosto de 2015)

CGR Dictamen N° 44.032, de fecha 29 de octubre del año 2002.

CGR Dictamen N° 32.996 del 24 de abril de 2015. Disponible en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipal...ImpresionCompleto?OpenForm&UNID=54771D86EE056A8803257E3700756F84> (fecha de visita 12 de julio de 2016)

Instructivo D.E. SEA Of. Ord. N° 161116. “Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. De fecha 24 de agosto de 2016. Disponible en http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of._ord._ndeg_161116.pdf (visita 7 de octubre de 2016)

