

La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?

The Protection Of The Rights Of Indigenous Communities In The Environmental Impact Assessment System By The Environmental Courts: Any Progress?

Dominique Hervé Espejo
Abogada de la Universidad de Chile
Master en Derecho Ambiental del University College London
Doctora en Derecho por la P. Universidad Católica de Valparaíso
Profesora de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales
dominique.herve@udp.cl

Débora Bascur Montanares
Estudiante de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales
debora.bascur@mail.udp.cl

RESUMEN

Desde la creación de los Tribunales Ambientales éstos han conocido, hasta septiembre de 2019, nueve casos de reclamaciones contra Resoluciones de Calificación Ambiental, que dicen relación con la protección de derechos de las comunidades indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El objetivo de este trabajo es revisar los argumentos invocados por las partes y lo resuelto por los tribunales ambientales, con el objeto de determinar cuáles han sido los conflictos que, en materia indígena, han sido sometidos a la jurisdicción

ambiental y evaluar si ha existido algún avance en la protección de los derechos indígenas en el SEIA, a partir de la creación de tribunales ambientales especializados.

Palabras claves: SEIA, Tribunales Ambientales, Consulta Indígena, Derechos Indígenas.

ABSTRACT

Since the creation of the Environmental Courts until September 2019, nine cases related to the protection of the rights of indigenous communities in the Environmental Impact Assessment System have been claimed under this jurisdiction. The objective of this work is to review the arguments invoked by the parties and the decisions adopted by the courts, in order to determine what kind of conflicts have been submitted to the environmental jurisdiction and to assess whether there has been any progress in the protection of indigenous rights since the creation of an specialized environmental jurisdiction in Chile.

Key Words: Environmental Impact Assessment System, Environmental Courts, Duty to Consult Indigenous Peoples, Indigenous' Rights.

INTRODUCCIÓN

Los Tribunales Ambientales han dictado, hasta septiembre de 2019, nueve sentencias respecto de reclamaciones de comunidades indígenas que impugnan la ilegalidad de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) por no respetar sus derechos como tales. De estos nueve casos, seis sentencias definitivas de los tribunales han rechazado las pretensiones de las comunidades. De los nueve casos, todos han sido objeto de recurso de casación ante la Corte Suprema, habiéndose confirmado lo resuelto por los tribunales ambientales en cinco de ellos hasta la fecha. Un recurso de casación fue desistido y se encuentran pendientes las sentencias de casación en los otros tres casos.

El objetivo de este trabajo es analizar la incipiente jurisprudencia de los tribunales ambientales en relación con los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA. Específicamente lo que se busca es analizar cuáles han sido los conflictos que, en materia indígena, han sido sometidos a la jurisdicción ambiental y evaluar si ha existido algún avance en la protección de los derechos indígenas en el SEIA, a partir de la creación de tribunales ambientales especializados. Para ello, se comienza con una breve explicación respecto a las causales que contempla la Ley de Tribunales Ambientales (LTA)¹ para impugnar las RCA, deteniéndose en particular en la problemática planteada para las comunidades indígenas a partir de la opción legislativa de restringir la legitimación activa respecto de estas reclamaciones (II). Luego, se revisarán los nueve casos conocidos por los tribunales ambientales, donde se han presentado reclamaciones interpuestas por comunidades indígenas contra RCA (III), para finalizar con un análisis sobre lo determinado por la judicatura al respecto, considerando tanto lo resuelto por los tribunales ambientales como por la Corte Suprema, vía casación (IV). Se finalizará con algunas conclusiones.

I. Requisitos para impugnar una RCA por parte de las comunidades indígenas

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que encontramos regulado en distintas normas, tanto nacionales como internacionales. Dentro de las normas internacionales, encontramos la Declaración de Río que en el inciso final de su principio Nº 10, establece que "Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes"². Dentro de nuestra propia Constitución, este derecho está consagrado en el artículo 38 inciso 2 y estipula que "Cualquier persona que

1 Ley Nº20.600, Crea los Tribunales Ambientales (publicada 28 de junio de 2012).

2 Declaración de Río, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992. Entrada en vigencia el 29 de diciembre de 1993.

sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño"³. Este derecho, permite a toda persona tener acceso al sistema de justicia para hacer valer sus derechos y obtener una solución ante la lesión de los mismos.

En materia ambiental, desde el año 2013, este derecho se materializa fundamentalmente en los Tribunales Ambientales,⁴ que, dentro de otras materias, son competentes para conocer las reclamaciones interpuestas en contra de las RCA. Estas resoluciones constituyen el acto administrativo final del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), instrumento de gestión ambiental aplicable a los proyectos que, de acuerdo con la ley, representan un riesgo ambiental. Estos proyectos deben ser sometidos a una evaluación de impacto ambiental, la cual contempla dos tipos de instancias de participación pública: la participación ciudadana (PAC) y la consulta indígena (PCI).

La ciudadanía, incluyendo a las comunidades indígenas, tiene en la práctica dos acciones para reclamar contra las RCA ante los tribunales ambientales, las contempladas en los N°6 y N°8 del artículo 17 de la LTA.⁵ Cada una de estas acciones incorpora requisitos específicos que se deben cumplir para poder ejercerlas. El presente apartado se centrará en el recurso de reclamación de la RCA del artículo 17 n° 6, para la PAC, y en el recurso de reclamación de la solicitud de invalidación del artículo 17 n°8, como mecanismo residual para la impugnación de RCA por quienes no hubiesen formulado observaciones en la PAC. Ambas acciones han sido utilizadas por las comunidades indígenas para impugnar las RCA respecto de las cuales se ven afectadas.

De acuerdo con la ley, el recurso de reclamación del artículo 17 n°6, nace cuando las observaciones formuladas en la PAC no han sido debidamente consideradas. No existe una causal equivalente en la ley para que las comunidades indígenas puedan reclamar contra la RCA que no ha reconocido sus derechos en el PCI. Es así como se ha entendido que la reclamación basada en la solicitud de invalidación del artículo 17 n° 8 - que busca reclamar la ilegalidad en general y se

3 Constitución Política de la República (CPR). Artículo 38 inc. 2.

4 Sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 19 N°8 y 20 de la CPR, que consagran el "recurso de protección ambiental" de competencia de las Cortes de Apelaciones.

5 Ambas disposiciones se deben leer en conjunto con lo dispuesto por el artículo 18, números 5 y 7, respectivamente. En ambos casos se exige por la ley, el "agotamiento de la vía administrativa". Es decir, respecto de la PAC el haber interpuesto el recurso de reclamación contemplado en los artículos 20 y 29 de la Ley N°19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, LBGMA (publicada el 9 de marzo de 1994 y modificada por última vez el 15 de julio de 2019) y respecto de la reclamación del artículo 17 N°8, el haber solicitado previamente la invalidación administrativa de la RCA.

considera una norma residual- comprende las reclamaciones de todo el resto de personas o grupos que no fueron parte en el proceso de la PAC del SEIA, incluyendo a las comunidades indígenas, haya existido o no PCI. En efecto, se ha resuelto⁶ que esta es la vía de reclamación más adecuada para las comunidades indígenas, principalmente, porque el criterio de "debida consideración" de las observaciones, se entiende sólo aplicable a aquellos participantes del artículo 29 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) y no respecto de los participantes en el PCI, la que tiene finalidades distintas a la PAC y debe regirse por el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, el problema nace debido a que esta reclamación, no sólo tiene un plazo incierto para presentarse (a diferencia de la reclamación del artículo 17 n°6) – plazo que ha ido interpretándose diversamente a través del tiempo en los distintos tribunales- sino que ha presentado grandes dificultades a la hora de aplicarla, dejando a muchas comunidades indígenas en la indefensión. Se presenta aquí, una limitación al acceso a la justicia ambiental para las comunidades indígenas, que se ha traducido en los siguientes problemas concretos:

1. Incertidumbre del plazo aplicable a la reclamación del artículo 17N°8 LTA.

Desde el fallo de la Corte Suprema Rol N° 23.000 - 2014⁷, se hace la distinción entre invalidación impropia o propiamente tal. Con respecto a la primera tesis, en el voto de prevención del Ministro Pierry la invalidación del artículo 17 N° 8 es considerada un "reclamo de ilegalidad contra un acto de naturaleza ambiental... con agotamiento previo de la vía administrativa. Este reclamo de ilegalidad abre un "procedimiento administrativo de invalidación" permitiendo al que lo interpuso reclamar de lo resuelto por la Administración, en el plazo de 30 días ante el tribunal ambiental. Tratándose entonces de un reclamo de ilegalidad... interpretando armónicamente las disposiciones de las Leyes N° 19.300 y N° 20.600 no puede llegarse a otra conclusión que la de que el plazo -para interponer el recurso- es de 30 días".⁸ Con respecto a la invalidación propiamente tal, se ha entendido por la doctrina como una facultad de la Administración para invalidar sus actos y que el plazo para ejercerla es de 2 años⁹ en concordancia con el artículo 53 de la Ley N°19.880, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA). Así lo ha

6 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu con Comité de Ministros, R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando vigésimo quinto.

7 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol N° 23.000-2014, 22 abril 2014, voto de prevención de Ministro Pierry.

8 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol N° 23.000-2014, 22 abril 2014, voto de prevención de Ministro Pierry.

9 Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental (Segunda Edición)*, Editorial Universitaria de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2014, p. 538.

entendido Bermúdez al establecer que “la perspectiva favorable para el actor será el plazo de invalidación, el que como se sabe es de dos años”¹⁰. Esta es la tesis mayormente utilizada hasta hoy – esto es, la de la invalidación propiamente tal-excepto en el caso del Tercer Tribunal Ambiental, que ha sido consistente en la aplicación de la tesis de la invalidación impropia, según se verá más adelante.

La Corte Suprema es, sin embargo, quien más ha vacilado entre las tesis antes planteadas. Es decir, parte planteando la tesis de invalidación impropia en un voto de prevención (Rol Nº 23.000 – 2014¹¹), luego continúa aplicando la invalidación propiamente tal (Rol Nº 45.807 – 2016 y 31.176-2016¹²) y vuelve en el último año a aplicar la primera tesis (Rol Nº 44.326-2017¹³). En cuanto al Segundo Tribunal Ambiental, éste se ha mantenido en la posición de aplicar la invalidación propiamente tal, a excepción de un caso durante el año 2017, para luego volver a la tesis inicial. El tribunal más consistente ha sido, sin dudas, el Tercer Tribunal Ambiental, que comenzó utilizando la tesis de la invalidación impropia en el año 2015, y ha continuado aplicándola hasta la fecha. El problema de la ausencia de consistencia por parte de los tribunales a través de los años implica haber tratado de una manera distinta situaciones similares, dependiendo del año y el tribunal en que se interpuso la acción.

Por otra parte, la doctrina en general ha reconocido que el plazo de dos años del artículo 53 de la LBPA es un plazo de caducidad.¹⁴ Esta postura ha significado que la Administración considere que la invalidación debe pedirse y ser declarada dentro de este plazo.¹⁵ El problema que se plantea dice relación con la fecha de interposición de la solicitud de invalidación ante la Administración, ya que, si es muy cerca del final del plazo de los dos años, la jurisprudencia ha tendido a declararla inadmisile. El Segundo Tribunal Ambiental rechazó tres reclamaciones en el año 2016 por haberse presentado la solicitud de invalidación ante la Administración

10 Ibid.

11 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 23.000-2014, 22 abril 2014, voto de prevención Ministro Pierry.

12 Corte Suprema, Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 45.807-2016, 6 julio 2017, considerando quinto; Corte Suprema, Corporación fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol Nº 31176-2016, 25 julio 2017, considerando décimo cuarto.

13 Corte Suprema, Agrícola Ancalí Limitada con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol 44.326-2017, 25 junio 2018, considerando vigésimo segundo.

14 BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2011, p. 170.

15 POKLEPOVIC, Iván, “Aspectos relevantes relativos al acceso a la justicia ambiental en el ejercicio del reclamo del artículo 17 Nº 8 de la Ley Nº 20.600 en el contexto del SEIA” en Revista de Derecho Ambiental Nº 8, Santiago, Chile, Julio 2017, p. 41

entre 12 y 19 días antes de la caducidad del plazo de dos años.¹⁶ Mientras que el Tercer Tribunal Ambiental, rechazó una por presentarse 13 días antes.¹⁷

Cabe señalar que en el año 2016, la ministra Egnem de la Tercera Sala de la Corte Suprema en una opinión disidente, señaló que los Tribunales Ambientales estaban estableciendo un requisito que no estaba reconocido en la ley y que esto era perjudicial para los solicitantes y que finalmente estaba quedando al arbitrio del tribunal el plazo necesario para resolver.¹⁸ En el mismo sentido, la Corte Suprema estableció en la sentencia Rol N° 31.176: "Que, en consecuencia, al haberse presentado la solicitud de invalidación dentro del plazo de dos años previsto en la ley, era improcedente que el Servicio de Evaluación Ambiental la declarara inadmisibles, sin hacer uso de sus facultades para extender los plazos..."¹⁹. En este fallo, por lo tanto, se da a entender que el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) deberá hacer uso de sus facultades para extender el plazo cuando la solicitud se presente muy cerca del término de éste y, por el contrario, no podrá declarar inadmisibles la solicitud como se había hecho hasta entonces.

Es decir, en los casi siete años de vigencia de la jurisdicción ambiental, los tribunales han adoptado tres interpretaciones distintas respecto del plazo para interponer la reclamación del artículo 17N°8 de la LTA, no existiendo hasta la fecha ninguna certeza al respecto.

2. Incertidumbre respecto a los legitimados activos para interponer los recursos de reclamación del artículo 17N°6 y N°8 LTA

Los legitimados activos para reclamar de la determinación del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del SEA, que resuelva el recurso administrativo en conformidad a lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la LBGMA y, los legitimados para reclamar en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, son las personas indicadas en el artículo 17 N° 6 y N° 8 en relación con el artículo 18 N° 5 y N°7, de la LTA, respectivamente.

16 Segundo Tribunal Ambiental, Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-63-2015, de 21 de abril de 2016, considerando cuarenta y seis; Segundo Tribunal Ambiental, Fernando Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-87-2015, de 17 de junio de 2016, considerando trigésimo primero; Segundo Tribunal Ambiental, Comité de Adelanto Los Molles y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso, Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-67-2015, de 31 de enero de 2017, considerando vigésimo sexto.

17 Tercer Tribunal Ambiental, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, Rol R-10-2015, 21 julio 2015, considerando trigésimo cuarto.

18 Corte Suprema, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, Rol N° 11.512-2015, 12 mayo 2016, voto disidente Ministra Egnem.

19 Corte Suprema, Corporación fiscalía del Medio Ambiente con Director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol N° 31.176-2016, 25 julio 2017, considerando quinto.

En este sentido, en el primer caso, son legitimados "las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley" y, en el caso del 17Nº8, es legitimado "quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación."²⁰ Dentro de lo dispuesto por el artículo 17 Nº 8 se excluyen, además, expresamente a aquellos que tienen una acción especial como lo son el titular del proyecto (artículo 17 Nº5 LTA) y aquellos que participaron en la PAC del SEIA (artículo 17 Nº6 LTA).

Lo anterior, sin embargo, no permite determinar con claridad cuál es la acción que corresponde ejercer a las comunidades indígenas, en particular cuando no actúan como terceros absolutos, es decir, cuando hubiesen intervenido en la PAC, formulando observaciones, o cuando han sido parte del PCI.

En el año 2018, el ministro Sabando del Segundo Tribunal Ambiental en el voto de minoría ha propuesto una tesis al respecto. Es así, como en la sentencia Rol 157-2017²¹, el ministro señala que la última frase del artículo 26 de la LBGMA, que dispone que corresponde a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo del SEA, 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", debe entenderse en un sentido amplio. Por un lado, la palabra "comunidad" debería también comprender a las comunidades indígenas y la palabra "mecanismos" debería incluir al PCI debido a que tanto éste como la PAC (si bien son distintos), son expresiones del principio de participación efectiva de las comunidades en el SEIA y es por ello, que "debe interpretarse de manera armónica y de manera amplia el régimen recursivo especial de los artículos 20 y 29 de la Ley 19.300 y el artículo 17 Nº6 de la ley 20.600"²² para propender a la igualdad de acceso a la justicia ambiental. Así, las comunidades indígenas no podrían ser consideradas terceros absolutos. La Corte Suprema efectúa la misma interpretación en la sentencia Rol 47. 629 -2016 al sostener que "todas estas circunstancias llevan a esta Corte a afirmar que aquellos pueblos indígenas que son llamados a integrar el PCI tienen en el procedimiento administrativo de calificación ambiental una participación determinante que impide que sean considerados terceros ajenos al proceso."²³ Sin embargo, hasta

20 Ley Nº 20.600 de 2012.

21 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, Voto de minoría Ministro Sabando.

22 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, Voto de minoría Ministro Sabando.

23 Corte Suprema, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, Rol Nº 47. 629 -2016, 29 mayo 2017, considerando décimo octavo.

el momento, esta posición no ha tenido mayor reconocimiento existiendo, por lo tanto, incerteza respecto de qué acción deben utilizar las comunidades indígenas para reclamar de la RCA.

A continuación, se analizarán los nueve casos de reclamaciones de comunidades indígenas, en el contexto del SEIA, resueltos por los tribunales ambientales.

II. Los casos de reclamaciones de comunidades indígenas en el SEIA, conocidas por los Tribunales Ambientales

En este capítulo se analizarán las sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales con respecto a comunidades indígenas que interpusieron reclamaciones contra RCA y se verá cuáles fueron los argumentos con las que se fallaron las causas y si éstas fueron acogidas o rechazadas.

1. "Piscicultura Río Calcurrupe"²⁴, Sentencia Rol R-16-2013, Segundo Tribunal Ambiental

Doña Marila Castillo Pitripan, don José Soto Leguey, don José Gómez Huenupan y don Pedro Huenulef Oporto, interpusieron ante el Segundo Tribunal Ambiental reclamación del artículo 17 N° 5²⁵ en contra de la Resolución Exenta N° 725 de 14 de agosto de 2013, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, que acogió una reclamación administrativa presentada por Agrícola Sichahue Ltda., titular del proyecto "Piscicultura Río Calcurrupe" en contra de la RCA N°53 de 2012 dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA) de la Región de los Ríos, que calificó desfavorablemente el proyecto, por requerir Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Al respecto cabe señalar que los reclamantes alegaron, en primer lugar, que el proyecto tendría efectos negativos sobre la salud de las familias y comunidad mapuche, debido a que el agua que utilizan para consumo humano, para riego y para sus animales sería contaminada por el proyecto; en lo productivo, debido a que las especies exóticas carnívoras que se quieren introducir afectarían las fuentes de alimento alternativo (como lo son los peces y moluscos); en lo cultural,

24 El proyecto consiste en la instalación y puesta en marcha de una piscicultura en el sector del río del Calcurrupe abastecida mecánicamente con aguas de dicho río, siendo su objetivo final la producción de smolts de salmonídeos a partir de ovas de los mismos. Ingresa a evaluación ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

25 Es llamativo que la causal de reclamación sea la del titular del proyecto (artículo 17 N°5 LTA). Lo anterior se puede entender basado en que fue el titular quien interpuso el recurso de reclamación administrativo del artículo 20 de la LBGMA, dado que la RCA dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA) rechazaba el proyecto, por lo que los recurrentes ante el tribunal ambiental estimaron que a tal numeral correspondía el agotamiento de la vía administrativa utilizado en el caso.

debido a la pérdida de plantas medicinales por la contaminación de los riles de la piscicultura; y en lo social, por la llegada de personas con otros estilos de vida, que además podrían presentar un riesgo para las mujeres y niños de la comunidad. En segundo lugar, sostuvieron que al no realizarse la debida consulta indígena a las comunidades presentes en la ribera del río Calcurrupe, el acto dictado por el Director Ejecutivo del SEA debía ser declarado ilegal y el proyecto debía reingresar al SEIA por medio de un EIA que realizase el correspondiente PCI.

El Tribunal consideró, con respecto al alegato del SEA respecto a la falta de legitimación activa de los reclamantes - por no haber sido parte del procedimiento del SEIA, ni haber agotado previamente la vía administrativa - que "los reclamantes erraron en utilizar la reclamación del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, por cuanto este medio de impugnación sólo puede ser impetrado por el titular del proyecto...";²⁶ y, que tampoco procedía el artículo 17 N° 6 por no haber participado los reclamantes en una PAC, ya que no hubo tal etapa en el procedimiento de evaluación ambiental. De esta manera, los reclamantes no contaban con la legitimación activa para interponer la reclamación del artículo 17 N° 5 ni la del 17 N° 6 de la LTA.

En la sentencia Rol 23.000 – 2014²⁷ de la Corte Suprema, se rechazó la casación de forma y de fondo por falta de legitimación activa de los recurrentes. Y, es precisamente en este caso, que el Ministro Pierry, en voto disidente, planteó la tesis de la "invalidación impropia".

2. Proyecto "Sondajes prospección Paguanta"²⁸, Sentencia Rol R-54-2014, Segundo Tribunal Ambiental

La organización comunitaria "Pueblos Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi" (en adelante PIUCT), interpuso reclamación en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 N° 6 de la LTA en contra de la Resolución Exenta N° 871, de 6 de octubre de 2014, del Director Ejecutivo del SEA que lleva a efecto el acuerdo del Comité de Ministros (Acuerdo N°25/2014), a través del cual resolvió el recurso de reclamación interpuesto por Compañía Minera Paguanta S.A., titular del proyecto "Sondajes de prospección Paguanta", acogiendo el recurso.

26 Segundo Tribunal Ambiental, Marilia Rosicler Castillo Pitripan y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-16-2013, 18 julio 2014, considerando decimosexto.

27 Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol N° 23.000-2014, 22 abril 2014

28 El proyecto consiste en la ejecución de un programa de prospección geológica, mediante la realización de 63 sondajes, que completan 14.000 metros de perforación. Se habilitan 13 plataformas y 1 km. de camino de acceso a ellas. Además de la construcción de 53 piscinas impermeabilizadas, de decantación de lodos de perforación.

Cabe señalar que este proyecto tiene una larga historia en materia de protección de derechos indígenas. En efecto, en 2011 la COEVA de Tarapacá dicta la RCA N°81, favorable al proyecto que había sido evaluado por Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Sin embargo, en sentencia de recurso de protección²⁹ se ordena ingresar por EIA debido a la ausencia de un PCI. Luego, en el 2014 la COEVA dicta la RCA N°37, calificando de manera desfavorable al EIA de la empresa. Contra esta resolución es que la Compañía Minera interpone su reclamación, siendo acogida por el Comité de Ministros, acto reclamado por la organización comunitaria indígena.

Al respecto cabe señalar que la reclamante alegó que las observaciones que formuló durante la evaluación del proyecto no fueron debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución impugnada y que debía realizarse la correspondiente consulta indígena con respecto a todos los PIUCT, conforme a la legislación internacional, ya que la autoridad sólo lo realizó respecto de la comunidad de Cultane existiendo una afectación directa con respecto a todas las comunidades.

En esta sentencia el tribunal consideró, con respecto al argumento del SEA de la falta de legitimación activa de la reclamante, en primer lugar, que las comunidades integrantes de los PIUCT participaron del procedimiento de evaluación ambiental, formulando observaciones durante el proceso de participación ciudadana; y, en segundo lugar, que se cumplió con el agotamiento de la vía administrativa, debido a que no se podía obligar a la reclamante a reclamar administrativamente la RCA que había rechazado el proyecto, toda vez que sus pretensiones habían sido satisfechas por tal resolución. Por ende, se entiende que se agotó la vía administrativa con la reclamación hecha por la Compañía Minera Paguanta ante el Comité de Ministros en contra de la RCA N° 37/2014, donde la reclamante se hizo parte e hizo valer sus pretensiones como interesada en conformidad al artículo 21 N° 2 y 3 de la LBPA.

En cuanto a la procedencia de un PCI, el tribunal estimó que debía existir una "afectación directa" y dentro del Área de Desarrollo Indígena "Jisawa Orage" (donde se encontraban las comunas de Colchane, Camiña, Huara, Pica y Pozo Almonte de la región de Tarapacá). Tanto el titular como la autoridad, concordaron en que sólo existía dicha afectación en la comunidad de Cultane, a la cual se le hizo la debida consulta indígena bajo los estándares internacionales. Agrega el tribunal que a pesar de que la CONADI se pronunció oportunamente sobre la "eventual

29 Corte Suprema, Marcelo Condore Vilca y otros contra Directora del Servicio de Evaluación Ambiental de la región de Tarapacá, Rol 11.040-201, 17 noviembre 2011, considerando undécimo.

afectación de las comunidades indígenas de la Cuenca de Tarapacá - no sólo de la comunidad de Cultane -, dichos planteamientos fueron formulados en términos de posibilidad y no de certeza".³⁰ La reclamante por su parte no aportó pruebas de la afectación directa y el Tribunal consideró que la alegación efectuada se basaba en una concepción errada del proyecto, el cual tenía menor alcance del que se planteó por la reclamante. Dicho lo anterior, el Tribunal estimó que no había antecedentes suficientes que fundamentaran una afectación directa a las demás comunidades y que las observaciones en este sentido habían sido debidamente consideradas, por lo que rechazó la reclamación en todas sus partes.

En concordancia con la decisión del Segundo Tribunal Ambiental, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en la forma y en el fondo en sentencia Rol N° 817-2016³¹, donde sostuvo que si bien en el recurso de protección se había obligado al titular a reingresar el proyecto por medio de un EIA donde se realizara el debido PCI, no se estipuló a qué comunidades debía realizarse y que en conformidad a lo que ha fallado la Corte anteriormente, el concepto de afectación directa entendido como la modificación de "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"³², era sólo aplicable en el caso de la comunidad de Cultane.

3. Proyecto "RT Sulfuros"³³, Sentencia Rol R-157-2017, Segundo Tribunal Ambiental

La Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu, interpuso reclamación del artículo 17 N° 6 de la LTA en contra de la Resolución Exenta N° 478 de 12 de mayo del 2017, del Director Ejecutivo del SEA, que llevó a efecto el Acuerdo N° 1/2017 del Comité de Ministros, que rechazó su reclamación administrativa deducida en contra de la RCA N° 22 de de 2017, de la COEVA de Antofagasta, que calificó favorablemente el proyecto "RT Sulfuros" de la Empresa Nacional Chilena del Cobre División Radomiro Tomic (Codelco).

30 Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-54-2014, 1 diciembre 2015, considerando cuadragésimo.

31 Corte Suprema, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol 817-2016, 19 mayo 2016

32 Corte Suprema, Consejo de pueblos atacameños y otros con Comisión Regional de Evaluación Ambiental, Rol 16.817-2013, 22 de mayo de 2014, considerando décimo séptimo

33 El objetivo del proyecto, ingresado a evaluación ambiental mediante un EIA, es mantener los niveles de producción de la División Radomiro Tomic a través de la explotación de nuevas fases de minerales de la mina a rajo abierto y su procesamiento en una nueva planta concentradora.

Al respecto cabe señalar que la reclamante alegó que no se consideraron debidamente sus observaciones realizadas en la PAC; y, además, la ilegalidad del PCI realizado en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, en que la Comunidad Indígena había participado retirándose antes de que culminara.³⁴

El tribunal consideró - con respecto a lo sostenido por el SEA en cuanto a que los reclamantes no se hicieron cargo de la fundamentación de por qué sus observaciones no fueron debidamente consideradas - que es una obligación de la reclamante fundamentar la reclamación que incoa, en virtud del artículo 27 de la LTA, identificando las ilegalidades del pronunciamiento del Comité de Ministros en este caso, para que la Magistratura analice si la decisión administrativa fue dictada de conformidad al marco legal que la regula. En este sentido, "la reclamación hecha en virtud del artículo 20 en relación con los artículos 29 y 30 bis de la ley 19.300, no podía tener como único objeto el agotamiento previo de la vía administrativa"³⁵, sino, que debía ir fundamentada para que el Tribunal que conociera de la reclamación posterior pudiera apreciar las respuestas dadas por la autoridad en los distintos momentos. En todo caso, el Tribunal consideró que la reclamante, adicionó de forma mínima, pero suficiente los motivos por los cuales concurría una falta de debida consideración de las observaciones. A su vez, sostuvo que es deber de la autoridad dar respuestas simples e inteligibles para los observantes, lo que, en este caso se cumplió parcialmente, debido al tecnicismo de diversas respuestas dadas por la autoridad ambiental, lo que justificó que la reclamante mantuviera las mismas alegaciones formuladas en sede administrativa.³⁶ El Tribunal, por lo tanto, desestimó el argumento de la reclamada en este aspecto. Sin embargo, consideró que las respuestas a las observaciones, si bien no fueron exhaustivas y eran muy técnicas, se podía entender que estas podían ser respondidas dentro del expediente de evaluación, por lo que dichos vicios no poseían la entidad suficiente para disponer la nulidad del acto impugnado en virtud del "principio de conservación" del acto administrativo.³⁷

En cuanto a lo alegado por el SEA que sostiene que la Comunidad Indígena no podía impugnar mediante el artículo 20 - en relación a los artículos 29 de la

34 La comunidad se retiró debido a que, durante el PCI, planteó como condición indispensable que los relaves no fueran depositados en el tranque Talabre, opción que no fue considerada por el reclamado, a pesar de ser según la comunidad, totalmente plausible.

35 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando cuarto.

36 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando quinto y sexto.

37 Se refiere a lo dispuesto por el artículo 13 inc. 2 de la LBPA que señala que: "El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado."

LBGMA y 17 N° 6 de la LTA - aspectos relativos al PCI que no observó directamente en la PAC, señala que debe entenderse que la PAC y el PCI son procedimientos distintos, a pesar de una eventual superposición de materias planteadas. Es por ello que el Tribunal consideró que debe interpretarse el sistema recursivo especial de manera ajustada a su tenor literal, correspondiéndole a las observaciones hechas en la PAC el recurso establecido en el artículo 17 N° 6, mientras que las materias que no se observaron en la PAC (del PCI en este caso) deben ser impugnadas mediante la solicitud de invalidación conforme el art 53 LGBPA, de cuyo resultado podrá reclamarse judicialmente mediante el artículo 17 N° 8. El Tribunal entendió, en concordancia, que "si bien el PCI es un mecanismo "ad hoc" de participación para las comunidades indígenas en el SEIA, no se ha establecido un medio de impugnación especial para el mismo, lo que constituye un vacío que, a la luz de una interpretación sistémica del régimen recursivo vigente, debe ser suplido con la acción residual tantas veces referida, consagrada en el artículo 17 N° 8 de la LTA"³⁸.

Es por esto, que el Tribunal rechazó en todas sus partes la reclamación interpuesta por las Comunidades indígenas. El recurso de casación en el fondo fue interpuesto por la reclamante y el tercero "Corporación Nacional Del Cobre De Chile División Ventanas", pero la sentencia aún se encuentra pendiente.

4. Proyecto "Continuidad Operacional Cerro Colorado"³⁹, Sentencia Rol R-141-2017, Segundo Tribunal Ambiental

La Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca ("AIASIQ"), interpuso reclamación en virtud del artículo 17 N° 6 de la LTA, en contra de la Resolución Exenta N° 1317 de 15 de noviembre de 2016, del Director Ejecutivo del SEA que ejecuta el acuerdo N° 9/2016 del Comité de Ministros, mediante la cual se rechazó el recurso de reclamación administrativo presentado en contra de la RCA N° 69 de 2015, de la COEVA de Tarapacá, que califica favorablemente el proyecto.

Al respecto, cabe señalar que la reclamante alegó, en primer lugar, que el PCI de la evaluación ambiental del proyecto, adolecía de vicios y que no satisfacía el estándar normativo exigido; en segundo lugar, que sus observaciones no fueron debidamente consideradas por el Comité de Ministros, al no pronunciarse de las

38 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, considerando vigésimo sexto.

39 Proyecto cuyo objetivo es la continuación de la operación del proyecto Minera Cerro Colorado hasta el año 2023, por medio de la explotación de sus reservas de mineral sin modificar el proceso y manteniendo el nivel de producción actualmente autorizado. Se pretende extender y profundizar el rajo; extender los botaderos de Lastre Sur, Lastre Oeste y de rípios de la Planta 2; modificar el trazado del acueducto Lagunillas-CMCC; modificar el tendido eléctrico CMCC- Mamiña; y la reubicación de infraestructura del servicio. Todo esto dentro de la comuna Pozo Almonte, de la Región de Tarapacá. Ingres a evaluación ambiental mediante EIA.

observaciones hechas por la reclamante sobre la ilegalidad del PCI, por no ser materia de la PAC; y, en tercer lugar, que si se aceptaba que sus observaciones no eran materia de la PAC, se dejaría a la AIASIQ sin recurso procedente para reclamar de la ilegalidad del PCI.

El Tribunal consideró que, en cuanto al supuesto de que las observaciones no fueron debidamente consideradas, éstas habrían sido abordadas de manera "completa, precisa y suficiente durante el proceso de evaluación ambiental"⁴⁰, aclarando dudas e informándose a las comunidades de los procesos de participación ciudadana y consulta indígena de los que podían ser parte. Que además, entendiendo que ambos procesos son distintos, "el criterio de 'debida consideración de las observaciones' no resulta idóneo para ser aplicado al PCI a la luz del Convenio N° 169, el cual - como se ha señalado - contempla una finalidad distinta que implica que las comunidades tengan 'la posibilidad de influir' en la decisión que, finalmente, adoptará la autoridad".⁴¹ De esta manera, el Tribunal consideró que el recurso idóneo era el del artículo 17 N° 8, para reclamar de eventuales vicios del PCI, ya que se trata de un recurso con un estándar de revisión distinto y más amplio que el de "debida consideración de las observaciones". Por ende, resolvió que no era procedente el recurso interpuesto por la AIASIQ, debido a que no se pueden impugnar materias del PCI que no observaron directamente en la PAC, sino que es otra la vía para impugnar tales materias, rechazando la reclamación en todas sus partes.

El recurso de casación en el fondo interpuesto por la reclamante, y los recursos de casación en la forma y fondo interpuestos por el tercero coadyuvante (Compañía Minera Cerro Colorado) y el Director Ejecutivo del SEA tienen sus sentencias pendientes.

5. Proyecto "Central de Pasada Mediterráneo"⁴², Sentencia Rol R-30-2016, Tercer Tribunal Ambiental

El Sr. José Horacio Cayún Quiroz perteneciente a la comunidad indígena Domingo Cayún Pincheo, interpuso ante el Tercer Tribunal Ambiental reclamación conforme al artículo 17 N° 6 de la LTA, en contra de la Resolución Exenta N°

40 Segundo Tribunal Ambiental, Jara Alarcón, Luis en Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-141-2017, 8 febrero 2019, considerando quincuagésimo segundo

41 Segundo Tribunal Ambiental, Jara Alarcón, Luis en Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-141-2017, 8 febrero 2019, considerando septuagésimo segundo

42 El proyecto, que ingresa a evaluación ambiental mediante EIA, consiste en la construcción y operación de una central hidroeléctrica de pasada de 210 MW de capacidad instalada, en la Región de los Lagos (en sector "la Junta" donde confluyen los ríos Torrentoso y Manso, desembocando en lago que da origen al río Puelo). Adicionalmente, la central hidroeléctrica proyectada se conectará al Sistema Interconectado Central, mediante la construcción de una línea de transmisión de energía eléctrica, de doble circuito y tensión nominal de 220 KV.

105 de fecha 29 de enero de 2016, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, la que ejecutó el Acuerdo N°16/2015 del Comité de Ministros que rechaza y acoge parcialmente las reclamaciones interpuestas contra la RCA N°128 de 2014, dictada por la COEVA de la Región de los Lagos, que calificó ambientalmente favorable el proyecto Central de Pasada Mediterráneo del Proponente Mediterráneo S.A.

Al respecto cabe señalar que el reclamante alegó, en primer lugar, por la deficiencia del Estudio Antropológico; luego, por falta de consideración de las observaciones reclamadas ante el Comité de Ministros, al omitir pronunciamiento de fondo respecto de las infracciones normativas alegadas (la deficiencia del Estudio Antropológico); en tercer lugar, por la forma arbitraria e ilegal en que la autoridad ambiental descartó la "susceptibilidad de afectación directa", en los términos señalados en el Convenio 169 de la OIT, provocando el incumplimiento y vulneración de los derechos humanos básicos de los pueblos originarios, por la falta de un adecuado proceso de consulta; y en cuarto lugar, por ser aprobado el proyecto sin mediar consulta indígena previa -conforme al Convenio 169- a la Comunidad Domingo Cayún Panicheo, a pesar de estar emplazada en el territorio ancestral de dicha comunidad.

El Tribunal consideró, en primer lugar, la efectividad de que, la reclamación del Sr. Cayún Quiroz interpuesta ante el Comité de Ministros no fue debidamente considerada, al omitirse la existencia de "susceptibilidad de afectación directa" de su Comunidad, bajo los supuestos de hecho que justificarían un procedimiento de consulta indígena previa, debido a que la principal fuente para descartarla era el Estudio Antropológico.

Con respecto al Estudio Antropológico, que desechó la "afectación directa", el Tribunal sostuvo que el criterio muestral no fue determinado, fue poco idóneo y no fue ejecutado conforme a estándares científicos. Que, para que el acto administrativo dictado por la Comisión de Ministros sea motivado - es decir, que existan razones que lo justifiquen - no basta con la expresión de los motivos, sino que también requiere que éstos se refieran a la situación de hecho concreta en la que actúa la Administración. Los criterios de la motivación son "expresión, suficiencia y racionalidad"⁴³ de las consideraciones de las observaciones. En la causa se dejó establecido las falencias metodológicas del Estudio Antropológico original y su ampliación, y siendo ésta la única fuente fáctica en que se apoyó el Comité de Ministros, el Tribunal llegó a la convicción de que la incertidumbre de las conclusiones de los Estudios, no permitían probar ni a la COEVA ni al Comité

43 Tercer Tribunal Ambiental, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, Rol R-30-2016, 17 noviembre 2016, considerando cuadragésimo sexto.

de Ministros la existencia o no de los supuestos del artículo 11 de la LBGMA, por lo que no se podía descartar la procedencia de un PCI. De lo anterior se siguió que la resolución reclamada fue considerada como inmotivada.

Por último, el tribunal sostuvo que el Comité de Ministros no entregó motivos suficientes del por qué desechó la reclamación del Sr. Cayún Quiroz en lo referido a su alegación metodológica y obstaculizó el derecho al acceso a la justicia del Sr. Cayún Quiroz. De esta forma, señala que se vulneran las garantías constitucionales de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR), y debido proceso (art. 19 N° 3 CPR), siendo por ello un acto ilegal. En consecuencia, y teniendo en consideración que tanto la RCA como la resolución reclamada no consideraron debidamente la observación del Sr. Cayún Quiroz, el Tribunal acogió este punto. En todo caso, considerando que a la reclamación no se aparejó evidencia alternativa a la evaluación ambiental, sino sólo los Estudios de los antecedentes ponderados en ese procedimiento, no se puede concluir sobre la susceptibilidad de afectación directa y la necesidad de haber mediado consulta indígena previa. Es por ello que el tribunal se encontró impedido de pronunciarse sobre este asunto por carecer de evidencia y, estando en presencia de un vicio que afectaba de manera esencial y total a los actos administrativos cuestionados por el Sr. Cayún Quiroz, se acogió en todos sus puntos la reclamación.

La sentencia de la Corte Suprema Rol N° 100.805-2016⁴⁴, rechazó los recursos de casación en el fondo y en la forma interpuestos por José Cayún, el Comité de Ministros y el titular del proyecto, confirmando la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental.

6. Proyecto "Modernización Ampliación Planta Arauco"⁴⁵, Sentencia Rol R-31-2016, Tercer Tribunal Ambiental

En este caso, cinco comunidades indígenas domiciliadas en la comuna de Arauco, interpusieron reclamación del artículo 17 N° 8 de la LTA en contra de la resolución exenta N° 58 de 02 de febrero de 2016, de la COEVA de la Región del Biobío, que rechazó la invalidación solicitada por las comunidades en sede administrativa en contra de la RCA dictada por la misma Comisión, que aprobó el EIA del proyecto "Modernización Ampliación Planta Arauco", de titularidad de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. (RCA N°37 y N°43 de 2014). Al respecto, las reclamantes alegaron que se habían vulnerado sus garantías

⁴⁴ Corte Suprema, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, Rol 100.805-2016, 10 enero 2018.

⁴⁵ El proyecto, ingresado a evaluación ambiental mediante EIA, considera la construcción de una nueva planta de tratamiento de efluentes (PTE) y, para esto, se contempla el desbroce, corte y/o cosecha de plantaciones desde una parte del fundo La Playa, para posteriormente proceder con los trabajos de movimiento de tierra y obras civiles de la PTE.

constitucionales debido a que, no se realizó un PCI conforme al Convenio N° 169 de la OIT, ni se dictó una resolución que lo convocara.

El tribunal consideró, en primer lugar, que existía acción, ya que “son terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental que han impugnado administrativamente la legalidad del acto ambiental y, por lo tanto, caben de manera residual pero directa, en el artículo 17 N° 8 de la LTA, que otorga competencia a los Tribunales Ambientales para conocer de las reclamaciones, que se interpongan en contra de una resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, que no niega la acción sino que la condiciona en su ejercicio al cumplimiento del plazo de interposición judicial de 30 días que indica.”⁴⁶ Por lo que rechazó lo sostenido por el Tercero Coadyuvante, sobre que las reclamantes carecían de accionabilidad. Sin embargo, en conformidad a lo sostenido por la Corte Suprema, el tribunal sostiene que el plazo para interponer el recurso administrativo es de 30 días, por lo que rechazó la acción, por haber sido interpuesta en el plazo de 9 meses y 25 días. Por último, al rechazar la acción por extemporaneidad, el tribunal consideró innecesario pronunciarse acerca de esta controversia.

La Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la sentencia Rol N° 47.629-2016. Sin embargo, a diferencia del Tercer Tribunal, consideró que las comunidades indígenas no eran terceros ajenos al procedimiento, sino que eran partes activas, a pesar de no ser titulares ni haber formulado observaciones. Con respecto al plazo, no hubo pronunciamiento.

7. Proyecto “Central Hidroeléctrica Doña Alicia”⁴⁷, Sentencia Rol R-38-2016, Tercer Tribunal Ambiental

La Comunidad Indígena Benacio Huechupán, representada legalmente por la Sra. Manuela Royo Letelier interpuso ante el Tercer Tribunal Ambiental reclamación del artículo 17 N° 6 de la LTA, en contra de la Resolución Exenta N° 0322, dictada por el Director Ejecutivo del SEA, que ejecutó el Acuerdo N° 17/2015 del Comité de Ministros, que acogió recurso de reclamación – y, de esta manera, calificó favorablemente el proyecto - interpuesto por la empresa en contra de

46 Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, Rol R 31- 2016, 1 julio 2016, considerando undécimo.

47 El proyecto, ingresado mediante EIA, consiste en construir una central hidroeléctrica de paso en el río Cautín. El objetivo del proyecto es generar energía eléctrica para el Sistema Interconectado Central. Las obras principales consisten en una bocatoma con escalera de peces y pasada de embarcaciones, canal de aducción enterrado, cámara de carga, tubería a presión, sala de máquinas en falsa caverna y obras de descarga. En el sector bocatoma se generará un embalse de 1,3 hectáreas.

la RCA N°79 de 2015, dictada por la COEVA de la Región de la Araucanía, que calificaba desfavorablemente el proyecto "Central Hidroeléctrica Doña Alicia".

Al respecto, cabe señalar que la reclamante alegó que la resolución reclamada era contraria a derecho, debido a que no se realizó un PCI que cumpliera con los estándares del Convenio 169 OIT, ni se consideraron debidamente sus observaciones ciudadanas, las que sostenían principalmente que el estudio antropológico era deficiente y que, por consecuencia, se había delimitado el área de influencia indígena sin mayor justificación y sin considerar las reales interacciones espaciales en el territorio.

El Tribunal consideró que, en contra de lo sostenido por el SEA - sobre la falta de legitimidad activa de la reclamante - habiendo participado las comunidades en el procedimiento de evaluación ambiental, formulado observaciones y debido a que la vía administrativa había sido agotada previamente por el titular del proyecto, se entendía que, sí había legitimación activa para las comunidades, y que por consiguiente y en virtud del artículo 17 N° 6, el Tribunal era competente. Luego, que atendido a que las comunidades eran legitimadas activas del artículo 17 N° 6 de la LTA, no procedía la interposición de la reclamación del artículo 17 N° 8, como sostuvo la contraparte, por cuanto ésta era de carácter general, y se prefiere en estos casos la interposición del recurso especial por sobre el general.

Por otra parte, el tribunal sostuvo que la argumentación del Comité de Ministros fue infundada e inidónea, puesto que tras haber tenido a la vista las observaciones de la Comunidad, su argumentación se basó exclusivamente en el pronunciamiento conforme emitido por la CONADI en su Oficio N° 634/2013, que validó la inexistencia de afectación directa. En efecto, el Informe de Inspección Antropológica aportado por el Titular fue, según el tribunal, un informe metodológicamente precario y poco riguroso. Sin embargo, debido a que la reclamante tampoco acompañó documentos suficientes e idóneos para descartar o comprobar la afectación, el Tribunal no pudo pronunciarse fundadamente sobre ese punto, pero no siendo debidamente consideradas las observaciones, acogió el recurso de reclamación.

La Corte Suprema en la sentencia Rol 3.971-2017⁴⁸, rechazó los recursos de casación de forma y de fondo presentados por el titular del proyecto y el SEA.

48 Corte Suprema, Luis Araneda y otros con Director Ejecutivo del SEA, Rol 3971-2017, 28 junio 2018.

8. Proyecto "Pulpa Textil"⁴⁹, Sentencia Rol R-41-2016, Tercer Tribunal Ambiental

Cinco comunidades indígenas domiciliadas en la comuna San José de la Mariquina, Región de los Ríos, interpusieron reclamación en virtud del artículo 17 N° 8 en contra de la Resolución Exenta N° 062 de la COEVA de la Región de Los Ríos, la que rechazó la solicitud previa de invalidación en contra de la RCA N° 17, dictada por la misma autoridad, la que había calificado favorablemente la DIA del Proyecto "Pulpa Textil", cuya titularidad corresponde a la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A.

Al respecto, se señala que las reclamantes alegaron en primer lugar, que el proyecto debió haber ingresado obligatoriamente al SEIA por medio de un EIA en virtud de los artículos 10 letra m) y 11 letra d) de la LBGMA, en concordancia con la letra m.4. del art. 3 del RSEIA, aunque constituyera una modificación de un proyecto ya autorizado. A su vez, sostienen que el área de influencia del proyecto determinada por el titular y la autoridad no era correcta, ya que, el proyecto principal "Pulpa Papelera" tenía la capacidad de impactar un área geográfica más extensa que aquella ocupada por sus instalaciones, por ende, la ampliación de las instalaciones significaría un impacto mayor al determinado. De esta manera, alegan que no se realizó un PCI a las comunidades afectadas. Por último, sostienen que la interposición del recurso en sede administrativa fue dentro del plazo correspondiente de 2 años como lo establece el artículo 53 de la LBPA.

El Tribunal consideró que el plazo para interponer el recurso administrativo, como se falló anteriormente en sentencias dictadas por el Tribunal y la Corte Suprema, era de 30 días para los terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental y no de 2 años como sostuvieron las reclamantes. El plazo que tenían las reclamantes se contaba desde el 10 de noviembre de 2015 y el recurso fue interpuesto el día 28 de enero de 2016, habiendo transcurrido entre las dos fechas 54 días hábiles administrativos, superando con creces el plazo de 30 días, por lo que el Tribunal rechazó el recurso y no se pronunció sobre los demás puntos por haber vencido el plazo.

El recurrente se desistió de la casación en el fondo en Rol N° 10.229-2017.

49 El proyecto, ingresado a evaluación mediante DIA, pretende introducir cambios en las instalaciones de "Pulpa Papelera", para poder producir pulpa textil. Debido a que no se pueden producir simultáneamente, la fábrica producirá alternativamente las pulpas cuando el mercado lo demande, requiriendo en cada oportunidad cambios del proceso productivo.

9. Proyecto "Ampliación minicentral hidroeléctrica Las Flores"⁵⁰, Sentencia Rol R-78-2018, Tercer Tribunal Ambiental

Las comunidades indígenas Saturnino Leal Neiman, Ramón Raillanca Pampillo y Aurelia Manqui de Quiman, interpusieron reclamación del artículo 17 N° 8 en contra de la Resolución Exenta N° 35 de 2018, dictada por la COEVA de la Región de los Ríos que rechazó la solicitud de invalidación de la RCA N° 60 de 2017, dictada por la misma autoridad, que calificó ambientalmente favorable la DIA del proyecto «Ampliación Minicentral Hidroeléctrica Las Flores». Al respecto cabe señalar que los reclamantes alegaron que, el proyecto había sido fraccionado por el titular a fin de evitar la evaluación ambiental, infringiendo el artículo 11 ter de la LBGMA, por lo que el titular debía ingresar ambos proyectos (proyecto 1 y 2) por EIA;⁵¹ y, que no se hizo la debida consulta indígena.

El Tribunal consideró que el proyecto había sido fraccionado, por lo que anuló la resolución reclamada y la Resolución Exenta N° 60. Sin embargo, señaló que a pesar de que el proyecto había sido fraccionado, debido a que no existían antecedentes de los impactos causados por el proyecto 1, no se le podía exigir al titular ingresar al SEIA por un EIA, sino que esa era decisión exclusiva de este por lo que no era exigible una consulta indígena.⁵² El Tribunal entonces, acogió la reclamación, anulando las resoluciones debiendo el titular reingresar al SEIA considerando ambos proyectos.

Se presentaron recursos de casación en la forma y en el fondo por parte de Hidroeléctrica Las Flores (tercero) y la COEVA de Los Ríos, pero la sentencia aún está pendiente.

50 El objetivo del presente proyecto, ingresado a evaluación ambiental mediante DIA, es incorporar una nueva turbina de similares características que la existente (2,1 MW Potencia Nominal) para aumentar la capacidad de generación de la actual Minicentral Hidroeléctrica Las Flores de 2,0 MW a 4,2 MW.

51 Según explican las reclamantes, el proyecto se dividiría en dos: el Proyecto 1 consistente en la construcción de las instalaciones necesarias para una minicentral hidroeléctrica de 2 MW y el Proyecto 2 consistente en la ampliación de la capacidad de generación del proyecto 1, al duplicarla.

52 Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos, Rol R-78-2018, 7 junio 2019, considerando cuadragésimo segundo.

III. Análisis de lo discutido en sede judicial, ante los Tribunales Ambientales

Cabe recordar que, con anterioridad a la creación de los tribunales ambientales, ya existía jurisprudencia nacional sobre el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA.⁵³ En efecto, la discusión jurisprudencial, vía recurso de protección, se inició con la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT en Chile, en el año 2009.

Sin perjuicio que la discusión inicial en el país giró en torno a la idoneidad del SEIA para implementar el proceso de consulta indígena⁵⁴ - en que la pregunta era si es que el SEIA permitía cumplir con los estándares exigidos, esto es, consulta previa, de buena fe, mediante procedimientos adecuados, a través de instituciones representativas y con el objetivo de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento – el alcance de la discusión jurisprudencial tomó un camino muy específico. Efectivamente, lo que se sometió al conocimiento de los tribunales no fue la idoneidad del SEIA para cumplir con los estándares de la consulta, sino, por el contrario, si la evaluación ambiental se había aplicado correctamente respecto de aquellos proyectos de inversión que podían afectar a comunidades indígenas. Así, los recursos de protección interpuestos se focalizaron en exigir el sometimiento a evaluación ambiental de tales proyectos, mediante un EIA y, de esta manera, exigir estándares de consulta indígena en el proceso de participación ciudadana, respecto de las comunidades indígenas que podían verse afectadas.⁵⁵ Así, aún cuando las preguntas sobre la idoneidad del SEIA para implementar la consulta persisten,⁵⁶ los conflictos judiciales indígenas surgidos en torno al SEIA no se han referido a este tema.

53 Entre ellas encontramos casos como: "Piscicultura Palguín" (Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1705-2009), "Empresa Pesquera Los Fjordos" (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36 - 2010), "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia" (Corte de apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010), "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía" (Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1794-2010), "Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli" (Corte Suprema, Rol 1608 - 2011), "Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama" (Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 782-2010), "Sondaje Prospección Paguanta" (Corte de Apelaciones de Iquique. Rol 472-2011), "Parque Eólico Chiloé" (Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol 239-2011 "Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio" (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1097 - 2013).

54 Al respecto, ver Precht, A. y Aylwin, S., "Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA", en *Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Abeledo Perrot/ Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010, pp. 445-470.

55 Bermúdez, J. y Hervé, D., "La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas", en *Anuario de Derecho Público*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, p. 248.

56 Las preguntas se refieren a la compatibilidad del instrumento de gestión ambiental "SEIA" con la naturaleza de la consulta indígena. "Ciertas características del instrumento ambiental pueden ser incompatibles con algunos estándares de la consulta. Por ejemplo, la ausencia en el SEIA de una etapa de evaluación de alternativas de un proyecto de inversión, incluida la alternativa de no realizar el proyecto, puede constituir un impedimento para la realización de una consulta temprana que permita a los pueblos indígenas influir sustantivamente en la decisión. Asimismo, al tener el SEIA como objetivo evaluar los impactos ambientales de un proyecto - por muy amplio que sea el concepto de medio ambiente en la legislación nacional- puede resultar un mecanismo estrecho para considerar los impactos sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas". Ibid, p. 248.

Cabe destacar que, casi al mismo tiempo que se dictó la ley que crea los tribunales ambientales, se dictó el nuevo Reglamento del SEIA⁵⁷ que regula el PCI dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos,⁵⁸ circunscribiendo la competencia de la jurisdicción ambiental a los aspectos allí establecidos.

Es en este contexto que se insertan las sentencias de los tribunales ambientales revisadas en este trabajo y que analizaremos a continuación.

1. Breve panorámica sobre las principales alegaciones reclamadas por las comunidades indígenas ante los tribunales ambientales y su consideración por las sentencias correspondientes

A partir de los casos identificados se puede concluir que las siguientes han sido las principales alegaciones presentadas por las comunidades indígenas ante los tribunales ambientales, al impugnar las correspondientes RCA: que las observaciones ciudadanas formuladas por personas y comunidades indígenas, no fueron debidamente consideradas por la autoridad correspondiente; que no se realizó el PCI conforme al Convenio 169 de la OIT, cuando era procedente; que el área de influencia de los proyectos, determinada por el titular y las autoridades, era menor al área efectivamente afectada por el proyecto; y la existencia de susceptibilidad de afectación directa.

Como se pudo apreciar en el apartado anterior – y se resume en la siguiente tabla (Nº1) – en todos los casos se reclamó la ilegalidad de la RCA por la falta del PCI dentro del proceso de evaluación o por un PCI que no cumplía con los requisitos del Convenio 169. Por otro lado, en 5 de 9 reclamaciones se alegó que no se consideraron debidamente, por parte de la autoridad, las observaciones formuladas por las comunidades en la PAC. En 2 casos se alegó la deficiencia del Estudio Antropológico que disminuía el área de influencia del proyecto y descartaba la susceptibilidad de afectación directa y en 3 casos se alegó la existencia de susceptibilidad de afectación directa que había sido descartada por la autoridad.

Por último, se debe resaltar que en tres casos se interpuso el recurso del artículo 17 Nº 8, en cinco casos se interpuso el recurso del artículo 17 Nº6 y en uno, la reclamación del artículo 17 Nº5, de la LTA.

57 Decreto Supremo Nº40 de 2012, Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, RSEIA (publicado el 12 de agosto de 2013).

58 Ver artículos 85 y 92 del RSEIA.

TABLA N°1: Alegaciones de las comunidades en reclamaciones ante Tribunales Ambientales.

Alegatos/ Sentencias	R-16- 2013	R-54- 2014	R-157- 2017	R-141- 2017	R-30- 2016	R-31- 2016	R-38- 2016	R-41- 2016	R-78- 2018
Observaciones no debidamente consideradas		X	X	X	X		X		
Ausencia o insuficiencia de PCI	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Debilidad de Estudio Antropológico					X			X	
Susceptibilidad de afectación directa		X			X			X	
Causal de reclamación	Nº5	Nº6	Nº6	Nº6	Nº6	Nº8	Nº6	Nº8	Nº8

Por su parte, los tribunales resolvieron, en seis casos rechazando las reclamaciones, por los siguientes argumentos: la falta de legitimación activa por no ser procedente el recurso del artículo 17 N° 6 o del 17 N° 8; por haber sido debidamente consideradas las observaciones de los reclamantes; por no probarse una susceptibilidad de afectación directa; y, en el caso del Tercer Tribunal, las solicitudes de invalidación en sede administrativa habían sido interpuestas extemporáneamente, dado que el plazo era de 30 días y no de 2 años (tesis de la invalidación impropia).

En cuanto a los fundamentos para acoger las tres reclamaciones, y dictar sentencias favorables a las comunidades indígenas, estos fueron los siguientes: insuficiencia del estudio antropológico y fraccionamiento del proyecto sometido a evaluación ambiental.

Como se puede apreciar en la siguiente tabla (Nº2), 3 de 9 sentencias rechazaron las reclamaciones por falta de legitimación activa de los reclamantes, 2 de 9 reclamaciones fueron rechazadas por haber sido interpuesta extemporáneamente la reclamación administrativa, 2 de 9 sentencias establecieron la falta de susceptibilidad de afectación directa y 1 de las sentencias sostuvo que existía la debida consideración de las observaciones formuladas por los reclamantes en el proceso de evaluación y rechazó, por lo tanto, la reclamación.

A su vez, en cuanto a las reclamaciones rol R-30-2016 y R-38-2016, ambas del Tercer Tribunal Ambiental, cabe resaltar que fueron acogidas por causa de que el Estudio Antropológico presentaba tales falencias metodológicas, que imposibilitaba descartar la susceptibilidad de la afectación directa de las comunidades. Por último, la reclamación R-78-2018 fue acogida por haber incurrido el titular en fraccionamiento de proyecto para no ingresar al SEIA.

Tabla Nº2: Argumentos sentencias de Tribunales Ambientales

Argumentos/ Sentencias	R-16- 2013	R-54- 2014	R-157- 2017	R-141- 2017	R-30- 2016	R-31- 2016	R-38- 2016	R-41- 2016	R-78- 2018
Extemporaneidad de la acción						X		X	
Falta de susceptibilidad de afectación directa		X	X						
Falta de legitimación activa	X		X	X					
Existencia de debida consideración de las observaciones		X							
Falencias metodológicas Estudio Antropológico					X		X		
Fraccionamiento de proyecto									X

2. Breve análisis de los principales aspectos discutidos

A partir del análisis de las sentencias revisadas, se destacan a continuación los aspectos centrales en la discusión de los tribunales ambientales respecto a los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA. Como se verá, se trata fundamentalmente de aspectos formales que han impedido a los tribunales ambientales entrar a resolver el fondo del asunto controvertido. Con la única excepción de la discusión respecto a qué se entiende por "susceptibilidad de afectación directa" – que igualmente circunscribe la discusión a la procedencia del PCI y no permite entrar a discutir el reconocimiento de los estándares sustantivos de la consulta consagrados en el Convenio 169 - las sentencias de los tribunales ambientales no han profundizado en torno al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en el contexto del SEIA.

Los siguientes son los tres aspectos más discutidos por las sentencias revisadas:

2.1. Plazos para interponer reclamación

Dentro de las sentencias mencionadas, las sentencias R-41-2016 y R-31-2016, ambas del Tercer Tribunal Ambiental, fueron rechazadas por extemporaneidad. Esto se debe a que como ya dijimos, el Tercer Tribunal ha optado por seguir la doctrina de la invalidación impropia propuesta por la Corte Suprema en el año 2015. Por ende, el plazo para interponer la reclamación de la resolución que se pronuncia de la invalidación administrativa según este Tribunal es de 30 días para los terceros ajenos al procedimiento de evaluación ambiental. Se destaca que en el Segundo Tribunal no se suscita este problema, sino que simplemente, en la sentencia rol R-54-2016 se hace la distinción de que el plazo de 30 días para interponer estas reclamaciones es de días hábiles y no de días corridos como estableció el reclamado, ya que no se aplica el plazo del Código Civil sino el del artículo 88 de la LBGMA.

Si bien, dentro de este trabajo se ha podido ver que el Tercer Tribunal Ambiental se ha mantenido en su postura de adherir a la invalidación impropia, la diferencia de tesis adoptada por ambos tribunales resulta en un problema de certeza jurídica y acceso a la justicia. Mientras que el Segundo Tribunal Ambiental ha optado por seguir la tesis de la invalidación propiamente tal en los últimos años, el hecho de que dos tribunales en un mismo año puedan fallar con dos argumentos distintos un mismo asunto, resulta en una afectación o perjuicio a las comunidades indígenas que intentan interponer este recurso, debido a que nada les asegura que puedan interponer el recurso dentro de tiempo, si los tribunales

nuevamente determinan cambiar la tesis en la que fundamentan la procedencia de la reclamación. Es por esto, que este aspecto constituye una vulneración al derecho de acceso a la justicia ambiental ya que es un elemento esencial para ejercer su derecho que las comunidades puedan interponer la solicitud de invalidación administrativa dentro de 30 días o 2 años. En los casos seguidos ante el Tercer Tribunal, por ejemplo, ambos hubiesen sido procedentes de haber sido competente el Segundo Tribunal, ya que en el primer caso el recurso se interpuso dentro del plazo de 54 días y en el segundo caso, se interpuso en el plazo de 9 meses y 25 días. Es así como esta situación representa una afectación a la certeza, a la igualdad y al acceso a la justicia de las comunidades indígenas, que no sabrán en qué plazo pueden interponer la solicitud de invalidación administrativa de la RCA.

2.2. Vía idónea para reclamar

Otro de los temas relevantes a destacar es el hecho de que a pesar que los tribunales ambientales unánimemente han sostenido que la reclamación del artículo 17 N° 8 es la vía idónea para ser interpuesta por las comunidades indígenas -que no siendo parte del procedimiento de evaluación ambiental quieren impugnar un acto de carácter ambiental que consideran ilegal- en la práctica, las comunidades han optado hasta la fecha por utilizar mayoritariamente el artículo 17 N° 6, como se ha visto en las sentencias revisadas en el apartado anterior de este trabajo. Ya sea por desconocimiento, o porque al participar en una PAC ésta sería - a juicio de las comunidades - la vía idónea, o porque la interpretación judicial respecto a la vía correcta ha sido tardía y no necesariamente clara, lamentablemente los tribunales ambientales han rechazado 4 de 9 de estas acciones por falta de legitimación activa.

En la sentencia R-157-2017, el Segundo Tribunal sostuvo que el recurso procedente no era el del artículo 17 N° 6 - en el que se había basado la reclamante - porque no era legitimada activa, sino que en realidad procedía el recurso del artículo 17 N° 8. Lo mismo sostuvo en la sentencia rol R-141-2017. En la sentencia rol R-31-2016, el Tercer Tribunal sostuvo que había legitimación activa, pero la acción fue interpuesta extemporáneamente y en la sentencia R-38-2016, dijo que primaba la acción especial sobre la general, en este caso, la reclamante había interpuesto la reclamación del artículo 17 N° 6, que fue acogida por el Tribunal.

Los tribunales ambientales reconocen el PCI como un método de consulta ad hoc que carece de un recurso especial por lo que han dicho que lo que procede es el recurso del 17 N° 8, sin embargo, en sólo tres de los casos revisados la reclamación se ha fundado en esta disposición. Nuevamente vemos aquí un problema tanto

de certeza jurídica como de acceso a la justicia, porque el hecho de que no exista un recurso especial aplicable para un proceso ad hoc que busca amparar a comunidades vulnerables o, por otra parte, el hecho de que el recurso que los tribunales consideran idóneo presenta tantos problemas para su interposición, deja a las comunidades indígenas en una situación de indefensión para hacer valer sus derechos.

2.3. Susceptibilidad de afectación directa y PCI

Uno de los principales temas que se alegó en las reclamaciones judiciales fue la procedencia de un PCI por la existencia de susceptibilidad de afectación directa. Como se pudo ver en los casos analizados, fue la principal alegación de las comunidades para la concurrencia del PCI y, a pesar que en la mayoría de los casos el Tribunal no se llegó a pronunciar sobre este punto, por rechazar las reclamaciones por otras razones previas, en las sentencias rol R-54-2014 y R-157-2017, ambas del Segundo Tribunal Ambiental, se rechazó la susceptibilidad de afectación directa a raíz de los informes dados por el titular del proyecto y por las autoridades.

En el primer caso, el tribunal señaló "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"⁵⁹ y, además, señaló "que, la CONADI en sus pronunciamientos emitidos oportunamente... si bien se refirió a la eventual afectación de las comunidades ... y la consiguiente aplicación de la respectiva consulta, formuló sus planteamientos en términos de posibilidad y no de certeza".⁶⁰ En el segundo caso, por su parte, el Tribunal sostuvo que "materialmente existe información en el expediente de evaluación que permite descartar efectos significativos al patrimonio cultural de indígenas urbanos de Calama en cuanto a afectaciones al geoglifo de Talabre".⁶¹ Por lo que, en ambos casos, la susceptibilidad de afectación directa fue descartada por la información entregada por las autoridades y los titulares de proyecto.

59 Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-54-2014, 1 diciembre 2015, Considerando cuadragésimo octavo

60 Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Rol R-54-2014, 1 diciembre 2015, Considerando cuadragésimo

61 Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros, Rol R-157-2017, 17 agosto 2018, Considerando trigésimo quinto.

Por otro lado, tal como ya se había señalado, antes de la creación de los Tribunales Ambientales, las comunidades indígenas hacían valer sus derechos por medio de la presentación de recursos de protección, época en que "se consolidó la idea de que la susceptibilidad de afectación directa en el SEIA se identifica con los supuestos de impactos significativos reglados en el artículo 11 de la Ley Nº 19.300".⁶² Esto implica que si concurre, además de la tipología de proyecto del artículo 10 de la LBGMA, las circunstancias del artículo 11 de la misma ley, será necesario que el proyecto ingrese por EIA al SEIA, caso en que será procedente un PCI. Así se pudo constatar en el caso del rechazo del recurso de protección interpuesto contra un proyecto de Piscicultura en Palguín⁶³ del cual Silva y Parot concluyeron que en la sentencia se determinaba la procedencia del PCI según el instrumento por el que ingresaba el proyecto.⁶⁴ Esto se ve reflejado más tarde en el artículo 85 del RSEIA, que establece que será necesario que el proyecto ingrese por EIA y realice una consulta indígena, 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.⁶⁵ Es decir, el RSEIA mantiene la idea de que la susceptibilidad de afectación directa en el SEIA se identifica con los supuestos de impactos significativos, pero los restringe a sólo algunos de dichos impactos. Lo anterior evidentemente circunscribe la aplicación del PCI dentro del SEIA y limita las posibilidades de las comunidades indígenas de intervenir en la evaluación ambiental de proyectos que, a su juicio, sean susceptibles de afectarlos directamente.

Cabe señalar que dentro de este mismo artículo del RSEIA, el artículo 85, existen dos requisitos más que han dificultado la participación de las comunidades indígenas en el SEIA, que como hemos visto, han sido motivo de reclamación ante los Tribunales Ambientales: el primero, consiste en el hecho de que "participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva"⁶⁶ y, en segundo lugar, que para que exista consulta indígena válida, ésta "deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento", sin perjuicio que "el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta".⁶⁷

62 Guerra, Felipe, "Los tribunales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile" Revista Justicia Ambiental, FIMA, No. 9, Santiago, Chile, 2017, p. 22.

63 Corte Suprema, Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco con Comisión Regional de Medio Ambiente, Rol Nº 1525-2010, 17 mayo 2010.

64 Silva, C. y Parot, G., "Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio No 169 de la OIT", *Revista de Derecho Ambiental*, Año IV Nº 6, Santiago, Chile, 2016, p. 97.

65 Artículos que corresponden a las letras c), d) y f) del artículo 11 de la LBGMA.

66 Artículo 85, RSEIA.

67 Artículo 85, RSEIA.

Con respecto al segundo requisito, nos encontramos con la sentencia R-157-2017, donde la Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu alegó la ilegalidad del proceso, por haberse retirado del PCI antes de que éste terminara, debido a que no se había llegado a un acuerdo sobre un punto que la comunidad consideraba esencial para continuar. Sin embargo, la autoridad estimó que, al haberse realizado la consulta, ésta no se veía afectada por el retiro anticipado de las comunidades y, por tanto, no podía impugnarse la ilegalidad del acto. Así, el Tribunal no llegó a pronunciarse sobre las circunstancias en que la comunidad decidió retirarse del PCI, lo que hubiese permitido entrar a revisar los estándares sustantivos de la consulta indígena en el SEIA. Por otra parte, en cuanto al primer requisito, el tribunal establece que la comunidad indígena que participe de la consulta debe ser "exclusivamente afectada", lo que se ha sostenido "supone un amplio margen de discrecionalidad administrativa, supeditándose la posibilidad de ejercicio de un derecho humano al criterio de la autoridad ambiental".⁶⁸

Estos requisitos contemplados en el artículo 85 del RSEIA no se ajustan necesariamente a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, se señalan tres características centrales que debe contener la consulta indígena, a saber, "la buena fe, la necesidad de observar procedimientos adecuados y el objetivo de llegar al consentimiento o lograr un acuerdo".⁶⁹ En resumen, para que un PCI sea adecuado, éste debe ser previo, es decir, "durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto", de lo contrario, se vería afectado el requisito de la buena fe, puesto que la posibilidad de influir realmente en la planificación de un proyecto que ya ingresó al SEIA, sería muy difícil.⁷⁰ Esta afirmación apunta a lo que señalamos al comienzo de este apartado, esto es, la pregunta respecto a si el SEIA es un instrumento idóneo para cumplir con los estándares de la consulta indígena. En este sentido, tal como lo demuestran los números, lo más probable es que un proyecto de inversión que ingresa al SEIA sea aprobado.⁷¹ Esto se debe, en parte, a que los proyectos se evalúan ambientalmente cuando ya se ha decidido su ejecución y su ingeniería de detalle.

Es así como es posible sostener que el SEIA, en los términos que ha sido regulado por la LBGMA y el RSEIA, no constituye un instrumento que permite influir en la decisión de realizar o no un proyecto, lo que en la práctica limita la efectividad del PCI. Un dato adicional - y que confirma lo sostenido con anterioridad - es el hecho que desde la implementación en el SEIA del Convenio 169 de la OIT en el

68 Guerra, Felipe, ob. cit. p. 25

69 Silva, C. y Parot, G., ob.cit., p. 109

70 Ibid. p.111

71 Desde el año 2013 al 2018 de un total de 3.216 proyectos calificados en el SEIA, 3.037 han sido aprobados y sólo 179 han sido rechazados. Ver datos disponibles en: http://www.dipres.gob.cl/597/articles-158618_doc_pdf.pdf y http://www.dipres.gob.cl/597/articles-188395_doc_pdf.pdf

año 2009, sólo se han implementado 44 PCI⁷² hasta la fecha, de las cuales 18 están aún en curso y 26 han sido finalizadas con o sin acuerdo, número excesivamente menor al de proyectos calificados y aprobados en el mismo período.

Por ende, volviendo al concepto de susceptibilidad de afectación directa podemos ver, basándonos en los números, que siendo un requisito de procedencia de la consulta indígena y por consecuencia, del ingreso del proyecto por medio de un EIA al SEIA, a juicio de las autoridades éste, por regla general, no se ha cumplido con respecto a las comunidades indígenas.

Es relevante señalar también que, en muchos casos, la carga probatoria de la susceptibilidad de afectación directa, es decir, la concurrencia de las especiales circunstancias del artículo 11 de la LBGMA, ha recaído sobre las comunidades indígenas marginadas del sistema de evaluación.⁷³ Esto significa un problema para aquellas comunidades que no tienen los medios o recursos para realizar un estudio de tal envergadura que valide la susceptibilidad de afectación directa en grados de certeza como el que se requirió en el caso "Sondajes Prospección Paguanta".⁷⁴

Teniendo en cuenta que las comunidades indígenas son consideradas como agrupaciones vulnerables, resulta poco razonable poner tal carga sobre ellas, debiendo asumir éstas la responsabilidad de complementar una información deficiente presentada por el proponente de un proyecto, afectando de esta manera, tanto el acceso a la justicia como el ejercicio del derecho a un PCI.⁷⁵

Sin embargo, se debe resaltar que la situación ha sido diferente en el caso de las sentencias R-30-2016 y R-38-2016 del Tercer Tribunal Ambiental. Estas fueron acogidas por la deficiencia de los Estudios Antropológicos y tal como sostuvo el tribunal en la segunda sentencia, "no existiendo evidencia idónea para descartar la susceptibilidad de afectación directa, no era posible referirse al tema."⁷⁶ En el primer caso, el Comité de Ministros se excusó diciendo que "en virtud del principio de congruencia del artículo 41 LBPA, sólo pudo pronunciarse respecto de aquello que fue sometido a su conocimiento" es decir, el Estudio Antropológico deficiente, sin embargo, a falta de argumentación por parte de las comunidades

72 SEA. "Avances en participación de las comunidades en Procesos de Consulta a Pueblos Indígenas en el SEIA". Disponible en el sitio <https://www.sea.gob.cl/noticias/avances-en-participacion-de-las-comunidades-en-procesos-de-consulta-pueblos-indigenas-en-el>

73 Guerra, Felipe, ob. cit. p. 11

74 El tribunal rechazó el pronunciamiento de la CONADI porque consideró que formuló sus argumentos sobre la existencia de afectación a las demás comunidades indígenas -no sólo de Cultane- en términos de posibilidad y no de certeza, lo que no permitía extender el área de afectación directa a las demás comunidades.

75 Guerra, Felipe, ob. cit. p. 16.

76 Tercer Tribunal Ambiental, Luis Alberto Araneda Necumán con Comité de ministros, Rol R-38-2016, 28 diciembre 2016, considerando trigésimo sexto y trigésimo séptimo.

sobre su afectación, el Tercer Tribunal respondió al Comité de Ministros que “este argumento debe ser rechazado, pues demuestra arbitrariedad, toda vez que, por una parte, el Comité de Ministros alega para sí un criterio —atenuante de responsabilidad— de realidad al no ajustarse a sus propias instrucciones (Of. 130.528 del Director Ejecutivo del SEA); mientras que por otra es riguroso para exigirle la máxima precisión a los ciudadanos”⁷⁷.

Por ende, en estos casos, el Tercer Tribunal decidió acoger los recursos y no poner la carga probatoria en las comunidades, porque entendió que esto era un deber de la autoridad ambiental. Si se sigue en adelante con esta teoría, se puede concluir que al ser la autoridad quien debe probar que no existe afectación, se estaría amparando el derecho de las comunidades a acceder tanto a la consulta indígena, como a la justicia, por cuanto no deberán ser ellas quienes deban evidenciar con certeza que existe afectación.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha pretendido revisar cómo, a través de la impugnación de las RCA ante los tribunales ambientales, se han aplicado e interpretado las disposiciones relacionadas con los derechos de las comunidades indígenas en el SEIA. Como es de conocimiento público, los tribunales ambientales fueron creados a partir del año 2013, siendo el recurso de protección el mecanismo jurisdiccional utilizado con anterioridad por las comunidades indígenas para hacer valer sus derechos en el contexto del SEIA. Hasta esa fecha, se había logrado un reconocimiento jurisdiccional del derecho a la consulta indígena a través de la evaluación ambiental de proyectos en el SEIA, por la vía de los *Estudios* de impacto ambiental.

Se podría haber esperado que luego de la creación de los Tribunales Ambientales, el recurso de protección hubiera sido considerado de *última ratio*. Es decir, el reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas al interior del SEIA debiera haber sido parte del contenido de las competencias de los tribunales ambientales. Sin embargo, como hemos visto, las opciones de impugnación de las comunidades indígenas en los Tribunales Ambientales no han sido del todo favorables, por lo que, sin dudas, la interposición de recursos de protección ha seguido siendo una opción para ellas.

Por lo tanto, no cabe sino concluir que la implementación de lo que significa el amparo de los derechos indígenas dentro del SEIA, en la nueva institucionalidad ambiental, ha sido lento, discordante y aún queda mucho por avanzar para que -

77 Tercer Tribunal Ambiental, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, Rol R-30-2016, 17 noviembre 2016, considerando sexagésimo octavo.

como se busca en la legislación internacional (Convenio 169 OIT)- las comunidades indígenas puedan ser protegidas de eventuales abusos de terceros en su derecho de conservación y preservación de su cultura, de sus tierras y, en este caso en específico, de su derecho de ser previamente consultado antes de la instauración de proyectos que puedan causar impactos significativos en su entorno.

Vimos que los principales problemas de la institucionalidad ambiental son, en primer lugar, que no existe un recurso administrativo y judicial acorde para un procedimiento *ad hoc* como el PCI, y que el recurso que los Tribunales Ambientales han considerado idóneo para aquellas comunidades que no participaron en la PAC, sino en un PCI, (artículo 17 N° 8 LBGMA) presenta grandes dificultades para ser interpuesto, lo que significa una importante afectación en su derecho de acceso a la justicia.

En segundo lugar, que los estándares internacionales de protección de comunidades indígenas no se condicen con el sistema implementado en la institucionalidad ambiental, por cuanto el cumplimiento del requisito de susceptibilidad de afectación directa tiene un estándar tan alto que impide que las comunidades puedan, en el contexto del SEIA, encontrar un reconocimiento a sus derechos garantizados por el Convenio 169.

Sin embargo, no se puede negar que también han existido algunos avances, como son los casos que ha fallado el Tercer Tribunal Ambiental con respecto a las deficiencias en la determinación de la susceptibilidad de afectación directa, que permite sostener que, a pesar del gran retraso que existe en la implementación del Convenio 169 en la institucionalidad ambiental, una correcta interpretación de las normas ambientales puede brindar una mejor y más adecuada protección a las comunidades indígenas.

En definitiva, la discusión judicial actual en cuanto al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas al interior del SEIA no parece haber avanzado de manera significativa con la creación de los Tribunales Ambientales. Por el contrario, las acciones judiciales interpuestas siguen reclamando – tal como ocurría con anterioridad, por la vía del recurso de protección – acerca de la procedencia del PCI respecto de un proyecto determinado que ha sido sometido al SEIA. Es decir, en los pocos casos en que los tribunales ambientales han podido entrar al fondo del asunto reclamado, la discusión jurídica sigue consistiendo en si debe o no realizarse un PCI. Lejano parece el escenario en que exista una sentencia que aborde asuntos tales como la “buena fe” o la “representatividad de las instituciones indígenas” o incluso el contenido de los acuerdos logrados a través del PCI en el SEIA.

BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental (2ª Edición)*, Editorial Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 2014.

Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2011.

Bermúdez, J. y Hervé, D., "La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas", en *Anuario de Derecho Público*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, pp. 237-255.

Guerra Schleef, Felipe, "Los tribunales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile" *Revista de Justicia Ambiental FIMA N° 9*, Santiago, Chile, 2017, pp. 19-38.

Poklepovic, Iván, "Aspectos relevantes relativos al acceso a la justicia ambiental en el ejercicio del reclamo del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en el contexto del SEIA", *Revista de Derecho Ambiental N° 8*, Santiago, Chile, 2017, pp. 30-51.

Precht, A. y Aylwin, S., "Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA", en *Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010, pp. 445-470.

SEA. "Avances en participación de las comunidades en Procesos de Consulta a Pueblos Indígenas en el SEIA", 7 febrero 2018, (Fecha de consulta: 30 junio 2019) Disponible en el sitio: <https://www.sea.gob.cl/noticias/avances-en-participacion-de-las-comunidades-en-procesos-de-consulta-pueblos-indigenas-en-el>

Silva, C. y Parot, G., "Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio No 169 de la OIT", *Revista de Derecho Ambiental N° 6*, Santiago, Chile, 2016, pp. 92-118.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema, Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco con Comisión Regional de Medio Ambiente, 17 mayo 2010, Rol Nº 1525-2010 (Apelación recurso de protección).

Corte Suprema, Comunidades Indígenas Diaguitas Yastai de Juntas de Valeriano y otros con Comisión de Evaluación de Atacama, Rol Nº 11.299-2014, 7 octubre 2014, (Apelación recurso de Protección).

Corte Suprema, Comunidades indígenas huilliches mapuches con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 22 abril 2015, Rol Nº 23.000-2014 (Casación en la forma y el fondo).

Corte Suprema, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, 12 mayo 2016, Rol Nº 11.512-2015 (Casación en la forma y en el fondo).

Corte Suprema, Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco y otros con Director Regional de Servicio de Evaluación Ambiental, 13 septiembre 2016, Rol Nº 65.349-2016 (Apelación recurso de protección).

Corte Suprema, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, 29 mayo 2017, Rol Nº 47.629 -2016 (Casación en la forma y en el fondo).

Corte Suprema, Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 6 julio 2017, Rol Nº 45.807-2016 (Casación en el fondo).

Corte Suprema, Corporación fiscalía del Medio Ambiente con Director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 25 Julio 2017, Rol Nº 31176-2016 (Casación en el fondo).

Corte Suprema, Agrícola Ancalí Limitada con Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, 25 de junio 2018, Rol 44.326-2017 (apelación recurso de protección).

Segundo Tribunal Ambiental, Marilia Rosicler Castillo Pitripan y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 18 julio 2014, Rol R-16-2013.

Segundo Tribunal Ambiental, Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 1 diciembre 2015, Rol R-54-2014.

Segundo Tribunal Ambiental, Corporación Fiscalía del Medio Ambiente con Director Ejecutivo del Servicio, 21 abril 2016, Rol R-63-2015

Segundo Tribunal Ambiental, Fernando Maturana Crino con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 17 junio 2016, Rol R-87-2015 (acción de reclamación del artículo 17 N° 8 contra RCA).

Segundo Tribunal Ambiental, Comité de Adelanto Los Molles y otros en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso, 31 enero 2017, Rol R-67-2015 (acción de reclamación del artículo 17 N° 8 contra RCA).

Segundo Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu con Comité de Ministros, 17 agosto 2018, R-157-2017 (Solicitud de invalidación de RCA del proyecto RT Sulfuros de Codelco División Radomiro Tomic).

Segundo Tribunal Ambiental, Jara Alarcón con SEIA, 8 febrero 2019, Rol R-141-2017 (Solicitud de invalidación de la RCA que aprobó el proyecto "Continuidad operacional del Cerro Colorado").

Tercer Tribunal Ambiental, Beltrán Buendía y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos, 21 julio 2015, Rol R-10-2015

Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Mapuche Sucesión Quiñimil Pirul y otros con Comisión de Evaluación Ambiental VIII Región, 1 julio 2016, Rol R 31- 2016

Tercer Tribunal Ambiental, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de ministros, 17 noviembre 2016, Rol R-30-2016.

Tercer Tribunal Ambiental, Luis Alberto Araneda Necumán con Comité de ministros, 28 diciembre 2016, Rol R-38-2016.

Tercer Tribunal Ambiental, Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos, 7 junio 2019, Rol R-78-2018.

