

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

DIRECT IMPACT SUSCEPTIBILITY AS A PROVENANCE REQUIREMENT FOR CONSULT TO INDEGENOUS PEOPLE IN THE ENVIRONMENTAL IMPACT EVALUATION SYSTEM

ÁLVARO DURÁN SOTO*

RESUMEN

En sentencia del Primer Tribunal Ambiental, de 21 de abril de 2021, que acoge reclamación de la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes contra la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del proyecto denominado “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, fija el sentido y alcance de la susceptibilidad de afectación directa (SAD) a los pueblos indígenas, requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas (CPI), en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Este trabajo tiene por objetivo exponer la novedosa forma como se interpreta en la sentencia, la regulación que en materia de SAD se establece en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA) y en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

*Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Magister en Evaluación y Derecho Ambiental, Universidad Finis Terrae, Santiago, Chile. Correo: alvaroduransoto@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4766-7294>.

Trabajo recibido el 3 de mayo de 2021 y aceptado para su publicación el 14 de diciembre de 2021.

Palabras Clave: Pueblos indígenas, Consulta indígena, Susceptibilidad de afectación directa, Sistema de evaluación de impacto ambiental, Convenio 169 OIT, Reglamentos de Consulta.

ABSTRACT

In a ruling of the First Environmental Court, dated April 21, 2021, which welcomes the claim of the Colla Río Jorquera Indigenous Community and its Tributaries against the Environmental Qualification Resolution (RCA) of the project called «North Open Mining Prospecting Caspiche Sector», fixes the meaning and scope of the susceptibility of direct impact (SAD) to indigenous peoples, requirement of origin of the consultation of indigenous peoples (CPI), in the Environmental Impact Assessment System (SEIA). The objective of this work is to expose the new way as interpreted in the Judgment, the regulation that in the matter of SAD is established in the Regulation of the System of Evaluation of Environmental Impact (RSEIA) and in the Convention N° 169 of the International Labor Organization (ILO).

Keywords: Indigenous peoples, Indigenous consultation, Susceptibility of direct impact, Environmental impact assessment system, ILO Convention 169, Consultation Regulations.

I. INTRODUCCIÓN

Con el establecimiento de los Tribunales Ambientales, las Cortes de Apelaciones, por regla general y salvo en casos de cautela urgente e inmediata a las garantías constitucionales que se denuncian como infringidas,¹ se han declarado incompetentes, para conocer recursos de protección interpuesto por comunidades y organizaciones indígenas en contra del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) o de la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA) por Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), que afectan los derechos de los pueblos indígenas (PPII) consagrados en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente N°169 de la

¹ Corte Suprema, 7 de octubre de 2014, Rol N°11.299-2014.

Organización Internacional del Trabajo OIT,² en adelante “el Convenio 169 de la OIT”, en especial la omisión del derecho-deber de consulta previa a los pueblos indígenas,³ en atención que es esta judicatura especial, la encargada de conocer, agotado el contencioso administrativo ante el SEA, los recursos que se interpongan en contra de una RCA, en razón de lo dispuesto en el artículo 17, número 6 y 8 de la Ley N°20.600 que Crea los Tribunales Ambientales.⁴

Lo anterior ha generado Jurisprudencia de los Tribunales Ambientales y de la Corte Suprema por recursos de casación interpuestos en contra de las resoluciones de los primeros, sentencias que se pronuncian sobre la alegaciones de las organizaciones indígenas respecto a la afectación a los derechos a sus tierras, territorios, recursos naturales e identidad cultural,⁵ entre otros, mediados por el derecho de consulta previa, expresión de su derecho de autodeterminación o autogobierno,⁶ todo ello en el contexto de la evaluación ambiental de Declaraciones o Estudios de Impacto Ambiental de proyectos que ingresan al SEIA.⁷

Los derechos de los pueblos indígenas que son invocados en los procesos de evaluación ambiental, son el derecho a la consulta previa, libre e informada, en lo procedimental, y en lo sustantivo los derechos a sus tierras, territorios, recursos naturales e identidad cultural, pero no sólo en el estándar contemplado en el Convenio 169 de la OIT, sino también conforme a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos

² Decreto Supremo N°236, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2008.

³ Establecida entre otros en el artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del y en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

⁴ Ley N° 20.600, año 2012.

⁵ Convenio 169 OIT, artículos 13, 14, 15, 2 N°2 letra b), cuyo desarrollo y alcance puede consultarse en ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (eds.), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio n° 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, en: http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Derechos%20de%20los%20PI%20en%20la%20Practica%20-%20una%20Guia.pdf, 1 de mayo de 2021.

⁶ Artículo 7, párrafo 1 que refiere al “*derecho de los pueblos interesados de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico social y cultural. Los proyectos especiales para las regiones donde habitan los pueblos interesados deberán elaborarse de modo que promueva el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud, con su participación y cooperación*”.

⁷ Un análisis de esta Jurisprudencia en: HERVÉ, Dominique; BASCUR, Débora, “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?”, *Justicia Ambiental (FIMA)*, 2019, N° 11, pp. 197-232.

indígenas y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el *Ius Cogens*.⁸

“En sentido estricto, la consulta tiene dos finalidades u objetivos. Junto a aquel de obtener el consentimiento (“*consensus-building*”), tiene el fin de proteger los derechos sustantivos de los pueblos indígenas (“*rightsprotective*”). Así, como expresa el art. 2 N°1 del Convenio N°169, y han subrayado los órganos de supervisión de la OIT, la consulta debe entenderse como parte de una acción coordinada y sistemática por parte del Estado “con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. Es, como lo señalaron Anaya y Puig, un medio para la garantizar la observancia de estos derechos, cuestión que ha sido reconocida explícitamente por órganos jurisdiccionales tan dispares como la Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁹

La omisión indebida de la consulta por una deficiente evaluación de los impactos ambientales significativos a los pueblos indígenas y sus derechos e intereses deriva en contenciosos administrativos y eventualmente en recursos de reclamación o invalidación de las RCA de proyectos ante los Tribunales Ambientales.

Un análisis de la evolución jurisprudencial de dichos tribunales, nos indica que, salvo dos sentencias del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, referidos a los proyectos de Central de Pasada Mediterráneo y Central Hidroeléctrica Doña Alicia, en que se aprecia un control intensivo de la evaluación ambiental, las restantes manifiestan una deferencia hacia la autoridad ambiental.¹⁰

⁸ La Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, Victoria Tauli-Corpuz, señala que es un mecanismo que “*deriva de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, especialmente sus derechos a la libre determinación, las tierras, los territorios y los recursos naturales, y contribuye a salvaguardarlos*”. TAULI-CORPUZ, Victoria, “Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas”, A/73/176, 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/73/176>.

⁹ CARMONA, Cristóbal, “Evaluación Ambiental, Consulta Indígena y el “Desplazamiento” de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2020, N° 248, p. 225.

¹⁰ GUERRA, Felipe, “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante

Los derechos de los pueblos indígenas encuentran cabida en la evaluación ambiental en la medida que logren adecuarse a las hipótesis de afectación directa contempladas en los literales del artículo 11 de la Ley y en los artículos pertinentes del RSEIA, lo que supone materialidad de los mismos, por ello cuestiones vinculadas a su religiosidad, identidad cultural y cosmovisión en la medida que no se expresen materialmente no tienen cabida en las mencionadas hipótesis. Ello contradice el mandato de la OIT en el sentido que la normativa jurídica de recepción del Convenio debe adecuarse a él con flexibilidad.¹¹

Como señalan HERVÉ Y CARMONA,¹² las sentencias de los Tribunales Ambientales en la materia no se han pronunciado sobre los derechos sustantivos de los pueblos indígenas los que son alegados al momento de sostener que sufren afectación de los proyectos de inversión, incluso la apreciación que se hace del derecho a la consulta previa, es meramente procedimental (en cuanto procedimiento administrativo), en el sentido de cumplimiento de trámites y etapas, sin considerar si cumple con el estándar de un diálogo intercultural y que la decisión final de la autoridad garantice el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, como tampoco respecto de cuándo se debe considerar que existe SAD a los pueblos indígenas.

La sentencia de 21 de abril de 2021, del Primer Tribunal Ambiental (TA), de Antofagasta,¹³ constituye un hito, pues por primera vez un TA, fija el sentido y alcance del término “susceptibilidad de afectación directa” (SAD) a los pueblos indígenas, requisito de procedencia de la Consulta a Pueblos Indígenas (CPI).

Una de las materias que más discusión e imprecisión conlleva en materia de consulta a los pueblos indígenas, es el sentido y alcance de la expresión SAD a los pueblos indígenas respecto de un proyecto sometido al

la Evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”, *Justicia Ambiental (FIMA)*, 2018, N° 9, pp. 19-38.

¹¹ Resolución sobre la acción de la OIT, concerniente a los Pueblos Indígenas y Tribales, adoptada el 27 de junio de 1989, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 76a. Reunión; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, cit. (n. 5), pp. 176 y 177; HERVÉ, Dominique; PÉREZ, Sergio, “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”, en CONTESSE, J. (editor), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

¹² V. HERVÉ y BASCUR, cit. (n. 7), y CARMONA, cit. (n° 9).

¹³ Primer Tribunal Ambiental, 21 de abril de 2021, Rol R-38-2020.

SEIA, requisito de procedencia de un Procedimiento de Consulta Indígena (PCI), en la evaluación ambiental.

Como se verá la sentencia en análisis, supone una nueva interpretación de la normativa que regula la consulta a los pueblos indígenas, teniendo como basamento la protección de la diversidad cultural o el multiculturalismo y el principio de flexibilidad, la manifestación de estos en el Convenio 169 de la OIT y como este debe ser el principio y objetos de protección conforme al cual deben interpretarse los reglamentos y otras normativas existentes en la materia.

II. CAUSA ROL N°R-28-2020 DEL PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL, RESPECTO DEL PROYECTO “PROSPECCIÓN MINERA NORTE ABIERTO SECTOR CASPICHE”¹⁴

El Primer Tribunal Ambiental acoge la reclamación interpuesta de conformidad a lo previsto en el artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600 (solicitud de invalidación) por la *Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y Sus Afluentes*, en adelante “la reclamante”, en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama –en adelante “la reclamada” o “la COEVA” indistintamente–, por la dictación de la Resolución Exenta N°77, de fecha 7 de agosto de 2020, en virtud de la cual se ratificó el contenido de la Resolución Exenta N°20200310113/2020, que a su vez rechazó el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N°33/2020, de fecha 30 de marzo de 2020, que rechazó la solicitud de invalidación de la Resolución Exenta N°009/2019 (en adelante “la RCA”), que calificó ambientalmente en forma favorable el proyecto denominado “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, en adelante “el proyecto”, ingresado al SEIA como una DIA.

La reclamante funda su acción en que la RCA fue dictada en contravención a las normas que rigen el procedimiento administrativo de evaluación ambiental y los derechos de los pueblos indígenas garantizados en el Convenio N°169 de la OIT, debiendo evaluarse ambientalmente

¹⁴ El Proyecto consiste en la realización de campañas de prospección minera en el sector Caspiche a través de sondajes del tipo aire reverso y/o diamantina (332 plataformas). El Proyecto considera además la construcción de un campamento con una capacidad para 200 personas.

el proyecto, por medio de un EIA por generar los impactos ambientales significativos previstos en los artículos b), c), d) y f) del artículo 11 de la Ley 19.300 y disponerse la realización de un proceso de consulta indígena.

III. ANTECEDENTES RELEVANTES DE LA SENTENCIA

1. Argumentos de la Reclamación

En lo referido a los derechos de los pueblos indígenas, expuestos en el considerando primero de la sentencia:

a) La RCA y el proceso de evaluación vulneró el estándar de la consulta indígena contenido en el Convenio 169 de la OIT, por, al omitir la consulta previa libre e informada se sustenta en la aplicación preferente que el SEA realiza respecto de las normas reglamentarias internas contenidas en el Reglamento del SEIA,¹⁵ en adelante RSEIA y el Reglamento General de Consulta,¹⁶ (en adelante RGC), en desmedro del Convenio 169.

b) Una errónea calificación de la afectación sobre la reclamante, por carecer de la información socio antropológica necesaria.

c) La RCA fue aprobada con una DIA, no obstante concurrir las circunstancias previstas en el artículo 11 literal b), c), d) y f) de la Ley N°19300 que hacen exigible un Estudio de Impacto Ambiental.

2. Argumentos de la Reclamada (COEVA-SEA)

En lo pertinente a los argumentos de la reclamante, considerando segundo:

a) La improcedencia de la acción de reclamación por aplicación de la teoría de la invalidación impropia.

b) La improcedencia del proceso de consulta indígena en la evaluación del proyecto por inexistencia de los impactos ambientales significativos previstos en el artículo 11 letras c), d) y f) de la Ley N°19.300.

c) La reunión establecida en el artículo 86 del RSEIA se realizó conforme a la normativa vigente, lo que permitió verificar la información

¹⁵ Decreto Supremo N°40, Ministerio del Medio Ambiente, 2012.

¹⁶ Decreto Supremo N°66, Ministerio de Desarrollo Social, 2013.

entregada por el Titular y corroborar la suficiencia de la información esencial para efectos de la aplicación del término anticipado.

d) Reafirmó la correcta descripción de medio humano, en base a una adecuada fundamentación socio-antropológica.

e) El proyecto ingresó correctamente al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental ya que se descartaron los efectos asociados a los literales b), c), d) y f) de la Ley N°19.300.

3. Determinación de la Controversia por el Tribunal

Expuesto en los considerandos cuarto y siguientes de la sentencia en análisis, a saber:

3.1. Procedencia de la consulta indígena. Considerando decimonoveno a septuagésimo

3.1.1.- Alegaciones y argumentos de la reclamante (Cons. decimonoveno a vigésimo noveno).

a) Aplicación Preferente del Convenio 169 de la OIT en razón de su rango constitucional.

La aplicación preferente del RSEIA y RGC por sobre el Convenio 169, detona la existencia de vicios de forma y de fondo en la sustanciación del procedimiento de evaluación ambiental y consecuentemente de la RCA, al no haber ajustado su actuación a lo prescrito por la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos, violando la ley de fondo aplicable.

El rango constitucional de las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT en razón de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, en especial las referidas a la consulta a los pueblos indígenas y en razón de ello el RSEIA y el RGC deben ser interpretados de acuerdo al estándar del Convenio 169 de la OIT.

b) La SAD es independiente de la Significancia del Impacto.

La autoridad ambiental descartó erróneamente la consulta indígena en virtud de la baja significancia de los impactos que generaría el proyecto, a la luz de lo previsto en el artículo 7 del RGC. Pero la concurrencia de la

consulta está determinada por la “SAD”, con independencia de la magnitud de los impactos.

c) Afectaciones al pueblo Colla.

El proyecto afecta al pueblo indígena Colla produciendo la alteración en su calidad de vida y costumbres, además afecta directamente lugares de recolección de Chachacoma y de abastecimiento de leña o “varillas” secas, emplazados al interior del área de influencia del proyecto; sectores de avistamiento de chinchillas y de guanacos; áreas de pastoreo, vegas y aguadas. Asimismo, afecta asentamientos collas localizados en las inmediaciones del proyecto, destacando el Refugio Vega Redonda. Afecta significativamente la actividad de trashumancia de la reclamante, específicamente la actividad de ganadería silvopastoril, al utilizar caminos destinados por la Comunidad Indígena Colla para sus actividades de recolección de leña o hierbas medicinales y paso de animales. “... afecta a su patrimonio cultural toda vez que dentro del área de influencia se identificaron 22 sitios de significación cultural (SSC), uno de los cuales se ubica a 500 metros de las plataformas definida como “área de exclusión ambiental”, sin que se precisen las medidas de protección concretas.

Las afirmaciones sobre falta o ausencia de afectación expresadas por el SEA no consideraron las costumbres del pueblo Colla y se sustenta en informes antropológicos carentes de rigor técnico que no se condicen con el sistema de vida y costumbres de la parte reclamante.

d) Significancia de los impactos a la comunidad Colla en razón de afectar sus tierras inscritas.

La significancia de los impactos del proyecto deviene del hecho de que se ejecutaría en tierras indígenas de propiedad de la Comunidad Indígena Colla, inscritas en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. Además, se producen impactos derivados del proceso de prospección minera consistente en la perforación de 332 pozos en el sector Caspiche, a través de los sondajes del tipo reverso y/o diamantina; impactos derivados de la habilitación de las plataformas de prospección y sus obras anexas; la habilitación de nuevas huellas de acceso hacia las plataformas y el tránsito de vehículos, todos los cuales fueron obviados en la RCA.

3.1.2.- Alegaciones y argumentos de la reclamada (Cons. trigésimo a cuadragésimo primero).

a) Determinación de la SAD a los pueblos indígenas de conformidad al RGC, artículo 7 requiere un impacto ambiental significativo y específico.

El SEA, sostiene que, en el marco de la evaluación ambiental, el deber de consulta indígena se encuentra regulado en el artículo 4 de la Ley N° 19300 y en el artículo 85 del RSEIA, que Al no estar definida en el Convenio 169 la “afectación directa”, esta debe determinarse en consideración a lo previsto en el artículo 7 del RGC que precisa de un impacto significativo y específico y que en el SEIA la consulta es una obligación excepcional pues sólo procede cuando en el área de influencia del Proyecto existan GHPII SAD, que se configura con la concurrencia de alguno de los efectos previstos en los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA.

b) Alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. Artículo 7 del RSEIA.

Se refiere a la situación del Campamento Caspiche, emplazado dentro de tierras de propiedad de la Comunidad Indígena Colla y cuya ubicación fue convenida entre las partes mediante la constitución de una servidumbre minera de ocupación. El SEA sostiene que el sólo hecho de emplazarse el aludido Campamento en tierras indígenas no genera automáticamente la hipótesis de afectación a la que alude la Comunidad Colla, sino más bien es un elemento que se debe ponderar para el análisis de la susceptibilidad de afectación directa. Por el contrario, la constitución de la referida servidumbre minera da cuenta del ánimo de la Comunidad Colla de no utilizar la plataforma donde se localiza el Campamento Caspiche, descartándose de esta manera la SAD.

No obstante, lo anterior, señala, se efectuó un adecuado análisis del componente medio humano a la luz del artículo 7 RSEIA, como se detalla en el considerando trigésimo séptimo.

c) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar, artículo 8 del RSEIA

El SEA descartó dicha afectación no sólo por el factor geográfico, sino

además por los criterios de extensión, magnitud o duración de la intervención. Ya que el Campamento es la única obra que se emplaza en parte de la tierra indígena, pero se trata de una zona intervenida y desprovista de sitios de significancia y recursos naturales de interés para la Comunidad. Además, las tierras indígenas circundantes al proyecto están dentro de las denominadas “Áreas de exclusión ambiental”.

d) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural artículo 10 del RSEIA.

En cuanto a la falta de fundamentación socio-antropológica por deficiencias y errores metodológicos de los informes, el SEA señala que los informes fueron debidamente elaborados. Considerando cuadragésimo.

3.1.3.- Argumentos del Tribunal para resolver la controversia.

a) Es necesario determinar el contenido y alcance normativo de la consulta indígena en materia ambiental, el cual sitúa su origen en los artículos 6.2 y 15.2 del Convenio N°169 OIT, el artículo 7 del RGC inciso 3° que define medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el artículo 8 del RGC que señala que la consulta en el SEIA se rige por su Ley y Reglamento, artículo 10 del RGC procedimiento apropiado y aplicación del principio de flexibilidad, el artículo 85 del RSEIA, referido a la consulta de los pueblos indígenas.

b) Que los artículos 7, 8 y 10 a del RSEIA vienen a complementar lo establecido en los literales c), d) y f) el artículo 11 de la Ley N°19.300 que hacen procedente un EIA.

c) Que, de “las normas jurídicas transcritas es posible concluir que, en el contexto de un proceso de evaluación ambiental, la consulta indígena constituye una obligación para la autoridad evaluadora cuando, producto de dicha revisión, se deba decretar alguna medida que pueda afectar directamente a pueblos indígenas.” Cita al efecto el artículo 4° inciso segundo de la Ley N°19.300. Considerando cuadragésimo octavo.

d) Que, de acuerdo al estudio antropológico acompañado por la titular,

se ha verificado que, dentro del área de influencia del proyecto, habita la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes. Considerando cuadragésimo noveno.

e) Que, de los distintos antecedentes que obran en el proceso de evaluación ambiental ya referido, es posible concluir que se produce una interacción entre distintas obras y actividades del proyecto con tierras y actividades de la Comunidad Colla, por ejemplo, uso de caminos vehiculares comunes, sobreposición del área de plataformas con caminos de trashumancia y sitios de significancia cultural, además del emplazamiento del campamento en tierras de la Comunidad. Considerando quincuagésimo.

“Que, la reclamada ha sostenido que la referida interacción no produciría efectos nocivos para la Comunidad Colla toda vez que técnicamente se han diseñado distintas medidas que impedirían impactos significativos o, derechamente, no se producirían. Especial relevancia presenta las denominadas “áreas de exclusión ambiental”, las cuales corresponden a aquellas superficies que no serán intervenidas por ninguna parte, obra o actividad del Proyecto, las que se encuentran orientadas a la protección y resguardo de su valor ecosistémico y/o ambiental.” Considerando quincuagésimo primero.

“Que la evidente interacción entre el Proyecto y la Comunidad Colla lleva a estos sentenciadores forzosamente a concluir que se produce en la especie una situación inminente de susceptibilidad de afectación, lo cual no es clarificado adecuadamente a través de las acciones o medidas que el SEA argumenta para lograr descartar dicha afectación.” Considerando quincuagésimo segundo.

“Que dicha susceptibilidad de afectación no sólo se manifiesta en la ocupación de tierras indígenas sino también en aspectos tan relevantes como la actividad de trashumancia y sentimientos de arraigo y espirituales propios de la cultura Colla.” Considerando quincuagésimo tercero.

f) Interpretación y aplicación del Artículo 27 del RSEIA, titulado: Análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas para determinación de la SAD a los pueblos indígenas.

“Que, no se debe olvidar el rol fundamental y general que le empece al Servicio de Evaluación Ambiental en orden a preservar la naturaleza en

todas sus dimensiones, y evaluar los impactos que un Proyecto pueda generar en áreas, recursos o poblaciones protegidas. En este rol preventivo resulta atinente referirse a lo previsto en el artículo 27 del RSEIA el que establece la necesidad de evaluar en una etapa temprana la eventual afectación del proyecto a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Dicha evaluación debe ser realizada considerando los mecanismos de toma de decisiones propios de estos grupos humanos, como también sus costumbres y estructuras organizativas. Esta información debe ser considerada por la autoridad en su pronunciamiento.” Considerando quincuagésimo cuarto.

En el considerando sexagésimo sexto, desarrolla la idea que el artículo 27 es utilizado para evaluar la SAD, no la significancia de los impactos.

“Que, en este sentido, la autoridad dispuso de la información necesaria para haber advertido y dirigido su evaluación con un enfoque distinto, ya que la misma Comunidad Indígena, a través de su Presidente, colaboró con el levantamiento de información para identificar correctamente los eventuales impactos que el proyecto generaría en su sistema de vida y costumbres. Aun así, y pese a la consistente información antropológica recopilada, la autoridad consideró que la magnitud y duración de los efectos no ameritaba el proceso de consulta indígena.” Considerando quincuagésimo quinto.

“... otro elemento esencial que no fue considerado por la reclamada dice relación con la buena fe que guio la relación que existía entre la reclamante y la titular del Proyecto. De un análisis cuidadoso de los antecedentes contractuales suscritos entre ellos es posible concluir que la consulta indígena siempre fue un aspecto fundamental para construir los distintos acuerdos y convenios que viabilizaban su ejecución.” Cita al efecto los acuerdos suscritos por las partes. Lo anterior en el considerando quincuagésimo sexto.

g) Las reuniones con GHPPI del artículo 86 como instancia de recepción de antecedentes para determinar la SAD a los pueblos indígenas.

El Tribunal, precisa el alcance y objetivo de las Reuniones contempladas en el artículo 86 del RSEIA, el que “excede a lo puramente procedimental en los términos que lo entiende el SEA, ya que es justamente en estas instancias tempranas de la evaluación ambiental que la autoridad puede identificar inconsistencias u omisiones en los proyectos que impidan evaluarlos correctamente. En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Excm. Corte Suprema en autos rol 36.919-2019, al señalar que, “... la

recopilación de la información a través de las reuniones establecidas en el artículo 86 del Reglamento, como se señaló, no tienen como único objeto poner término anticipado al proyecto, sino que, además están previstas para que la autoridad cuente con información que le permita evaluar de mejor forma aquellos antecedentes que forman parte de la evaluación del proyecto, pues solo así podrá determinar si existe una alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de las etnias indígenas (artículo 11 letra c) o una susceptibilidad de afectación del elemento territorial (artículo 11 letra d)”. Considerando Sexagésimo¹⁷

h) Procedencia de la consulta indígena por SAD a los derechos de los pueblos indígenas.

A continuación, el Tribunal, cita doctrina en materia de derechos de los pueblos indígenas, para señalar que “la consulta indígena procederá cuando sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (Meza-Lopehandía, Matías y otros. Los pueblos indígenas y el derecho. 2013 p. 397).” Considerando sexagésimo primero.

Luego cita jurisprudencia que considera los aspectos señalados en el artículo 7 N°1 del Convenio 169 de la OIT, para sustentar tal entendimiento. Considerando sexagésimo segundo

Precisa que las actividades de la reclamante se desarrollan en sus tierras y territorios, “los que serán intervenidos durante un período de cuatro años con la ocupación y uso de un campamento minero, un área de sondajes y sus huellas de acceso, y con el uso permanente y continuado por parte del titular del proyecto de los caminos que forman parte del trazado de rutas ancestrales de trashumancia, espacios de uso comunitario por donde ahora transitará diariamente, y de manera adicional, un total de 24 vehículos pertenecientes al proyecto.” Considerando sexagésimo tercero.

i) Primacía de la SAD sobre la Significancia de la afectación a los Pueblos Indígenas y su protección como guía de la acción de la autoridad ambiental.

Agrega, “que la significancia derivada de la duración o magnitud

¹⁷ Se refiere a la sentencia: Corte Suprema, 22 de febrero de 2021, Rol N°36.919-2019.

de los impactos no puede ser el único criterio que guíe la protección de poblaciones o pueblos protegidos ya que precisamente es esa protección específica la que debe motivar cualquier tipo de decisión que los pueda afectar.” Considerando sexagésimo cuarto.

Que, la normativa ambiental no puede alentar una concepción restrictiva de protección a uno de sus elementos más sensibles como es el medio humano, máxime cuando de su interpretación no es posible advertir tal dirección. Por el contrario, es el mismo artículo 11 literal d) de la Ley N°19.300 el que discurre sobre la hipótesis de la susceptibilidad de afectación y no de impactos significativos, como pudiese entenderse de los otros literales. Que, es sólo de esta manera que puede entenderse armónicamente el alcance y contenido del Convenio N°169 y el derecho ambiental interno. Considerando sexagésimo quinto.

Expresa, “... que el concepto de significancia que pretende ser aplicado por la recurrida es un elemento que debe ser analizado a la luz de la autodeterminación cultural que rige en cada pueblo indígena. No es posible imponer o desconocer los propios criterios de poblaciones con cosmovisiones distintas, esto es, la visión de sus propias prioridades, y que la misma normativa reconoce en su afán de protección. Es así como el ya citado artículo 27 del RSEIA exige, para el análisis de susceptibilidad directa – no de impactos significativos–, que el Servicio considere los mecanismos de decisiones, las costumbres y estructuras organizativas propias de los pueblos indígenas. Así también lo previene el artículo 8° del Convenio N°169 al señalar: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Considerando sexagésimo sexto.

Que, si bien los artículos 7°, 8° y 10° del RSEIA originalmente se han previsto como complemento o detalle de los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300, respectivamente, la remisión que hace el artículo 85 del mismo Reglamento debe aplicarse teniendo como piedra angular la susceptibilidad de afectación a la que se refiere el literal d) del artículo 11. Considerando sexagésimo séptimo.

j) Principio de flexibilidad para determinar la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio.

Que el Convenio 169 y el artículo 10 del RGC, establecen el principio de flexibilidad para determinar el alcance y naturaleza de las medidas

que tengan por objeto dar aplicación a su normativa. De otro modo, los derechos reconocidos en el Convenio N°169 y especialmente el deber de la consulta indígena, se verían muchas veces conculcados e invisibilizados ante categorías y supuestos regulatorios que no les son propios. Finalmente, es la diversidad cultural o, para otros, el multiculturalismo, el objeto de protección final del Convenio 169 y de toda la normativa interna desplegada que exige una protección no restrictiva de nuestro derecho. Considerando sexagésimo octavo.

3.1.4.- Conclusión del Tribunal respecto de la SAD a los pueblos indígenas.

“... [e]s indudable que la susceptibilidad o probabilidad de afectación de la Comunidad Indígena Colla es alta toda vez que, el Proyecto se emplaza en sectores o territorios indígenas que prestan a sus comuneros servicios ecosistémicos ancestrales y que, por lo demás, son vitales para la subsistencia de dicha comunidad.” Considerando quincuagésimo séptimo.

Lo que queda de manifiesto en diversos antecedentes del proceso de evaluación ambiental. Los que funda en las declaraciones de integrantes de la Comunidad Colla en el informe de Caracterización Antropológica.

“La afectación que podían tener sus actividades de trashumancia, recolección de hierbas medicinales, pastoreo, con ocasión de las obras y actividades del Proyecto, tal como consta del Acta de Reunión N°8, de fecha 19 de julio de 2018. En el marco de las reuniones con GHPPI del artículo 86 del RSEIA, integrantes de la Comunidad consignaron su oposición a que el proyecto, se evaluara, a través de una DIA, en circunstancias que atendida la afectación a su sistema de vida y costumbres dicho proyecto debía evaluarse mediante un EIA que contemplara además un PCI.” Considerando quincuagésimo octavo.

“El SEA en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4° de la ley 19.300, y habiendo recabado directamente de parte de miembros de la comunidad indígena afectada la opinión negativa respecto del proyecto, y la vulneración evidente de acuerdos previos suscritos de buena fe con la titular, en virtud de los cuales la futura actividad de prospección minera debía evaluarse ambientalmente de la mano de una consulta indígena en los términos del Convenio 169, debió haber profundizado el alcance de su análisis, a objeto que se evaluara el proyecto conforme al mérito de la totalidad de los antecedentes que se acompañaron al proceso, tanto de

aquellos emanados de la titular como de aquellos acompañados por la comunidad.” Considerando quincuagésimo noveno.

Que, en consecuencia, analizados los antecedentes que obran en el expediente de evaluación ambiental es posible advertir que existe evidencia irrefutable de susceptibilidad de afectación directa a un grupo humano perteneciente a un pueblo indígena, razón por la cual se hace forzoso concluir en la necesidad de implementar el procedimiento de consulta indígena bajo los estándares previstos en el Convenio N°169 de la OIT. Considerando sexagésimo noveno.

En virtud de lo anterior, el Segundo Tribunal acoge la reclamación en esta parte, lo cual deberá interpretarse en armonía con lo que se resolverá en el acápite siguiente. Considerando septuagésimo.

3.2. Justificación de la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley N°19.300, literales b), c), d) y f). Considerando septuagésimo primero a centésimo vigésimo sexto

En síntesis, habiéndose llegado por este Tribunal a la convicción que el proyecto “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, genera los efectos previstos en los literales c) y d) de la ley 19.300, evidenciándose asimismo susceptibilidad de afectación directa a un grupo humano perteneciente a un pueblo indígena, siendo en consecuencia necesaria la apertura de un proceso de Consulta Indígena, no cabe sino concluir que las resoluciones reclamadas no se conforman a la normativa vigente, correspondiendo que sean dejadas sin efecto. Considerando centésimo cuadragésimo segundo. Desecha las afectaciones a los literales b) y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300.

En la parte resolutive la sentencia dispone en lo pertinente que se acoge la reclamación interpuesta y se dispone que Director del SEA deberá dictar una nueva resolución en virtud de la cual se acoja la solicitud de invalidación, dejando sin efecto la RCA de la COEVA de la Región de Atacama, debiendo evaluarse ambientalmente el proyecto “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, por medio de un EIA y disponerse la realización de un proceso de consulta indígena.

IV. COMENTARIOS A LA SENTENCIA

1.- La sentencia del Primer TA, da por acreditada la susceptibilidad de afectación directa a población protegida del literal d) del artículo 11 de la Ley 19.300,¹⁸ desagregada del desarrollo e interpretación que de la misma establece el artículo 8 del RSEIA, en una interpretación del mencionado literal en base a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT. Lo que implica la primacía de la SAD por sobre la significancia de los impactos para que sea procedente la consulta. Recurriendo a consideraciones de texto en los artículos 11 letra d) de la Ley y el artículo 27 del RSEIA que utilizan la expresión susceptibles de ser afectados.

Lo anterior, hace recordar lo planteado por el Profesor ANAYA, respecto a la SAD:

“El requisito de que las consultas deben tender a la consecución de un acuerdo implica que éstas no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles. Los procedimientos de la consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses. Esto requiere que los gobiernos entablen un diálogo con estos pueblos sobre las posibles consecuencias de esas decisiones antes de que éstas sean tomadas. También requiere una serie de garantías procedimentales que tengan en cuenta los propios mecanismos indígenas de toma de decisiones, incluyendo las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, y garantizando que los pueblos indígenas tengan acceso a toda la información y a la asesoría que sean necesarias. Además, como ha sido apuntado por los órganos de supervisión de la OIT, el objetivo de las consultas debe entenderse también en relación con el llamamiento general del Convenio a que los gobiernos desarrollen “una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Por lo tanto, junto con las garantías

¹⁸ Ley N°19.300, de 1994.

procedimentales aplicables e, independientemente de que se alcance o no un acuerdo, las consultas deben llevar a la toma de decisiones que sean compatibles con los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. Corresponde así a los gobiernos justificar, en términos que sean conforme con el conjunto de normas internacionales relativas a los pueblos indígenas, toda decisión que afecte a los pueblos indígenas”.¹⁹

2.- Establece que la posibilidad de afectación a los derechos de los pueblos indígenas contemplados en el Convenio 169 de la OIT, se da por configurada la hipótesis del literal d) del artículo 11 de la Ley N°19.300, por la afectación a sus tierras y costumbres, en los términos contemplados en el Convenio 169 de la OIT. Considerandos: quincuagésimo tercero, quincuagésimo séptimo, sexagésimo primero a sexagésimo tercero.

3.- Que los efectos, características y circunstancias contempladas en los literales c) y f) del artículo 11 (como hipótesis de afectación a los pueblos indígenas que hacen procedente la consulta de acuerdo al artículo 85 del RSEIA), deben entenderse siempre en el grado de susceptibilidad y no de significancia, como hasta ahora se requiere por el SEA. Considerando sexagésimo séptimo.

Con ello se alinea con las críticas que en la regulación de la consulta se efectúa, se eleva el requerimiento de la SAD al de la significancia de los impactos a los pueblos indígenas, significancia que como lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace exigible un estándar de consentimiento por parte de los pueblos indígenas, respecto de la medida administrativa y que se vinculan a: medidas que impliquen reasentamiento o traslados poblacionales (hipótesis contemplada en el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT),²⁰ los grandes proyectos de inversión o desarrollo que puedan afectar el modo de vida o subsistencia de los pueblos indígenas²¹ y el almacenamiento o desecho de materiales

¹⁹ ANAYA, James, *Los Pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, Andalucía, 2005, pp. 232-237.

²⁰ Convenio 169 OIT, artículo 1.2; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 10.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007, Caso Saramaka vs. Surinam, párr.137. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

peligrosos en territorios indígenas.²² Críticas que desde un comienzo se manifestaron en los Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas,²³ en relación con la propuesta del Gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena,²⁴ también por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH),²⁵ la ONG *Observatorio Ciudadano*, que formuló observaciones a la regulación de la consulta en el SEIA,²⁶ y en el Informe del Comité Tripartito establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del C. 169 de la OIT, presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago gestionado por el dirigente mapuche don Marcial Colín.²⁷

4.- Esta nueva interpretación se funda en el principio de flexibilidad consagrado en el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 10 del RGC, lo que permite salvaguardar la diversidad cultural o, para otros, el multiculturalismo, objeto de protección final del Convenio 169 y de toda la normativa interna desplegada que exige una protección no restrictiva de nuestro derecho, con ello hace suyo la tesis planteada por Matías MEZA-LOPEHANDÍA, en el sentido que

²² Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 29.2.

²³ ANAYA, James, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo’, Chile”, Noviembre de 2012, disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>

²⁴ Gobierno de Chile, “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, 2012.

²⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”, Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, 13 de mayo de 2013, Sesión Extraordinaria 152, Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1>

²⁶ AYLWIN, José (coord), MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy, *Los pueblos indígenas y el derecho*, LOM, Santiago, 2013, pp. 345-415.

²⁷ Organización Internacional del Trabajo, “Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago”, GB.326/INS/15/5, 2016, Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_462774.pdf

“... la percepción de la diversidad cultural (indígena) como un valor a ser protegido y promovido, junto con el consecuente reconocimiento del carácter colectivo del sujeto de los derechos (los pueblos indígenas), constituyen la radical novedad del Convenio 169”.²⁸

Lo señalado, una novedad en relación a su antecesor, el Convenio N°107 Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT del año 1957, que considera a tales poblaciones colectivos transitorios destinados a ser asimilados por la cultura dominante en los respectivos Estados. El cambio de enfoque del Convenio explicaría la centralidad que se le confiere (1) a la protección del derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas, entendida como su hábitat, en los términos señalados en el artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT, que se hace extensivo al derecho sobre los recursos naturales situados en los mismos artículo 15.2, todo ello en razón que se reconoce en el Convenio “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios [...] que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” artículo 13.1; (2) a las autonomías de los pueblos indígenas y (3) en la obligatoriedad de la consulta previa, la que denomina la piedra angular del Convenio.

5.- Lo anterior constituye una nueva interpretación de la regulación que de la consulta a los pueblos indígenas efectúa el RSEIA, sin considerar la interpretación que del artículo 11 de la Ley N°19300 y los artículos pertinentes del RSEIA efectúa el Instructivo sobre el Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas (PCPI) en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el SEIA.²⁹ Vigente a la fecha.

Se supera la asimilación que primero la jurisprudencia y luego el RSEIA, establecen entre la SAD a los pueblos indígenas requerida en el Convenio 169 de la OIT para la procedencia de la consulta a dichos pueblos y los impactos ambientales significativos (aquellos efectos, características

²⁸ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales”, *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, 2016, N° 69, pp. 13-52.

²⁹ Oficio Ordinario N°161116 de fecha 24 de agosto de 2016, del Director Ejecutivo del SEA, Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

y circunstancias señalados en los artículo 11 de la Ley N°19.300 y desarrollados en los artículos 5 a 11 del RSEIA) y que determinan el ingreso al SEIA de un proyecto, vía Estudio de Impacto Ambiental y que conlleva una consulta a los pueblos indígenas, cuestión latamente explicada en el informe de la consulta del RSEIA,³⁰ en el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial sobre Evaluación (CAPE) del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)³¹ y por la doctrina.³²

6.- Da aplicación directa al artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, esto es el derecho propio de los pueblos indígenas.

7.- En la especie, interpreta y utiliza el artículo 27 del RSEIA, titulado: Análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas para determinación de la SAD a los pueblos indígenas para un fin diverso al que fue pensado a la luz de lo dispuesto en el Instructivo de Análisis de Ingreso por Susceptibilidad de Afectación Directa a Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas

³⁰ Ministerio del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental, “Informe Final: Proceso de Consulta Indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre Pueblos Originarios”, 2013 disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/contenidos/02_Informe_Final_Consulta_Indigena_RSEIA_SEA.pdf, p. 9-14; También en: Declaración: “Declaración Pública SEA afirma que el Reglamento del SEIA cumple con la consulta indígena”, Servicio de Evaluación Ambiental, 8 de julio de 2013, disponible en: <http://www.sea.gob.cl/noticias/sea-afirma-que-el-reglamento-del-seia-cumple-con-la-consulta-indigena>.

³¹ Ministerio del Medio Ambiente, “Informe Final: Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA”, 2016, disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877_informe-mmef_final.pdf

³² DONOSO, Sebastián, “Declaraciones de Impacto Ambiental y Consulta Indígena en el SEIA: Comentario a la Tendencia de Homologación de los Impactos Ambientales que Exigen un EIA y la Susceptibilidad de Afectación Directa del Convenio 169 OIT.”, en LIBERTAD Y DESARROLLO (eds.), *Sentencias Destacadas*, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 2013, pp. 57-83, en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-57-83-Declaraciones-de-impacto-ambiental-y-consultas-indigenas-en-el-SEIA-impacto-a-la-tendencia-de-homologacion-SDonoso.pdf>, consulta 01.05.21; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (eds.), *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile*, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2016, p. 36, en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf, consulta 01.05.21; DINAMARCA, Jaime, *Evaluación de Impacto Ambiental. Análisis del Nuevo Reglamento*, Ograma Talleres, Santiago, 2013; CARRASCO, Felipe, *El derecho minero ante la normativa indígena nacional e internacional*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2017, pp. 418 y ss.

(Artículo 27 RSEIA).³³

Básicamente, esta norma establece la generación de informes de parte del SEA, ante la consulta de un proponente antes del ingreso de un EIA de un proyecto al SEIA, por generar los indicados en los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA y su proyecto afecta a uno o más GHPPI o tiene dudas respecto de ello a objeto que el SEA le proporcione más información para su análisis y sobre la forma de llevar adelante un proceso de diálogo con los pueblos indígenas, debiendo considerar para dicho informe los mecanismos de toma de decisiones propios de los pueblos indígenas, así como las costumbres y estructuras organizativas pertinentes. Para elaborar estos informes el servicio realizará reuniones con los pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, con el objeto de recoger sus opiniones y considerarlas en su pronunciamiento.

Se realiza por el sentenciador una novedosa interpretación y aplicación del artículo 27 del RSEIA, titulado: “Análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”, para la determinación de la SAD a los pueblos indígenas, Considerandos quincuagésimo cuarto y sexagésimo sexto.

Ello excede el sentido y alcance de la norma, pues como se señala en el Informe de la consulta del RSEIA y en el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial sobre Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,³⁴ contempla la facultad de un proponente que requiera ingresar al SEIA, mediante un EIA por generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA y su proyecto afecte a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, o bien existan dudas en relación a la afectación anterior, de manera previa a su presentación, de dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la presentación de su proyecto o actividad y su eventual proceso de consulta. Lo que implicará reuniones con GHPPI localizados

³³ Oficio Ordinario N° 140143 de 27 de enero de 2014, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Instructivo sobre análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (Artículo 27 RSEIA).

³⁴ Ministerio del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental, cit. (n.30), y Ministerio del Medio Ambiente, cit. (n.31).

en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, con el objeto de recoger sus opiniones y considerarlas en su pronunciamiento, el que tiene el carácter de un informe.

Para efectos del informe, el SEA considerará los mecanismos de toma de decisiones propios de los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, así como las costumbres y estructuras organizativas pertinentes. Ello está pensado para una etapa previa al ingreso al SEIA.

8.- Al igual que en la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 22.02.21, por la que se acoge el recurso de casación en el fondo y anula la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, Rol N°36.919–2019, caratulada *Caro Loncuate Marcela Isabel consejera pueblo Kawésqar con SEA*, por DIA del Proyecto “Piscicultura de Recirculación Lago Balmaceda”, se indica que las reuniones con GHPI del artículo 86 constituyen una instancia de recepción de antecedentes para determinar la SAD a los pueblos indígenas y no sólo para poner término anticipado al proyecto por falta de información relevante y esencial. Considerando sexagésimo.

Esta Jurisprudencia es importantísima, pues constituye estas reuniones en una instancia para la determinación en conjunto con los pueblos indígenas de la SAD.

9.- Que, no obstante, lo señalado en los comentarios números 1, 2 y especialmente en el número 3, el sentenciador, al pronunciarse sobre la concurrencia del literal c) del artículo 11 de la Ley, utiliza para su análisis el artículo 7 del RSEIA que requiere de significancia del impacto en los términos de magnitud y duración, concluyendo:

“Que en opinión de este Tribunal, la alteración al estilo de vida trashumante inherente a la cultura de la comunidad reclamante, en cuanto elemento identitario, no ha sido correctamente evaluada por el SEA, en la medida que el tráfico permanente de vehículos motorizados durante un período de tiempo –4 años- en el territorio indígena, ocupando las mismas rutas que ancestralmente los comuneros han ocupado y siguen ocupando para realizar el traslado de su ganado hacia los distintos sectores de vegas, veranadas e internadas, lo que configura necesariamente, en virtud de su magnitud y duración, una alteración de carácter significativo a su sistema de vida y costumbres, correspondiendo en consecuencia que el proyecto

se evalúe por este motivo mediante un Estudio de Impacto Ambiental. (Considerando centésimo noveno).

10.- Por último, el año 2014, la Comunidad de Cancosa, en el curso de la evaluación ambiental del proyecto minero *Continuidad Operacional Cerro Colorado*, reclama a la Contraloría General de la República, por su no inclusión en la consulta del EIA del proyecto, pues ella sostenía la SAD a sus tierras y territorios como fundamento para la realización del PCI, lo que excedía la lógica sistémica de procedencia de la consulta en el SEIA, la Contraloría en un primer pronunciamiento señala que era procedente la consulta, para luego de una reconsideración indicar que el SEA debe determinar de conformidad al artículo 4 inciso segundo de la Ley N°19.300 y el RSEIA si procede la consulta.³⁵ El primer dictamen constituye una expresión de la desagregación de la consulta de los IAS, en los términos que los entiende el RSEIA y de la viabilidad de consulta por SAD a las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

V. CONCLUSIONES

1.- La sentencia constituye un importante hito tendiente a considerar la consulta en sus aspectos sustantivos, tanto en cuanto instancia de diálogo intercultural y de aplicación y resguardo de los derechos de los pueblos indígenas, así como desvincular la significancia de los impactos para la procedencia de la consulta, una de las críticas que se efectúa al SEIA y hacerla coherente con la SAD que demanda el Convenio 169 de la OIT, ello supone en cierta medida superar la regulación y su interpretación, acogida originalmente por las Cortes de Apelaciones y luego por los Tribunales Ambientales en el sentido que la SAD en el SEIA equivale a la concurrencia de los impactos ambientales significativos que señala el artículo 11 de la Ley, en todos sus literales.

2.- Que, en el análisis efectuado por la sentencia se echa de menos la consideración de lo dispuesto en el artículo 7 N°3³⁶ del Convenio 169

³⁵ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°88.248, 12 de noviembre de 2014 y N°32.996, 24 de abril de 2015.

³⁶ “3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación

de la OIT, disposición que invita a considerar en la evaluación ambiental de proyectos, que los estudios se efectúen en cooperación con los pueblos indígenas (instancias de cooperación que constituyen las reuniones con GHPPI de los artículos 27 y 86 del RSEIA) y que incluyan la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de los pueblos indígenas.

3.- La disposición anterior, sumada al desarrollo de los elementos socioculturales en el concepto de medio ambiente y sus interacciones, implica considerar en la evaluación del medio humano aquellos aspectos señalados en el artículo 7 N°1 del Convenio 169 de la OIT, por aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley N°19.300.

4.- Una interpretación en esta línea, sumado a lo señalados en la sentencia, respecto a la configuración de la SAD contemplada en el literal d) del artículo 11 de la Ley N°19.300, incorporar aquellos aspectos de la identidad cultural, religiosidad y cosmovisión de los pueblos indígenas en el SEIA y sus derechos, en el entendido, que el fin último es la protección de la población protegida, la diversidad cultural o el multiculturalismo.

5.- En la aplicación del Convenio 169 de la OIT, es importante considerar las Observaciones efectuadas por el Comité de Expertos en Convenios y Recomendaciones de dicho organismo, que plantean entre otras cosas que se de aplicación en el SEIA al artículo 7 N°3 y artículo 15 N°2 del Convenio.³⁷

con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

³⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, Observación (CEACR) por Informe del Estado de Chile, 2018, Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3962694,102588,Chile,2018

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

ANAYA, James, *Los Pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, Andalucía, 2005.

AYLWIN, José (coord.), MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy, *Los pueblos indígenas y el derecho*, LOM, Santiago, 2013.

CARMONA, Cristóbal, “Evaluación Ambiental, Consulta Indígena y el “Desplazamiento” de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2020, N° 248, pp. 199-232.

CARRASCO, Felipe, *El derecho minero ante la normativa indígena nacional e internacional*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2017.

DINAMARCA, Jaime, *Evaluación de Impacto Ambiental. Análisis del Nuevo Reglamento*, Ograma Talleres, Santiago, 2013.

DONOSO, Sebastián, “Declaraciones de Impacto Ambiental y Consulta Indígena en el SEIA: Comentario a la Tendencia de Homologación de los Impactos Ambientales que Exigen un EIA y la Susceptibilidad de Afectación Directa del Convenio 169 OIT.”, en LIBERTAD Y DESARROLLO (eds.), *Sentencias Destacadas*, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 2013, pp. 57-83.

GUERRA, Felipe, “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la Evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”, *Justicia Ambiental (FIMA)*, 2018, N° 9.

HERVÉ, Dominique; BASCUR, Débora, “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?”, *Justicia Ambiental (FIMA)*, 2019, N° 11.

HERVÉ, Dominique; PÉREZ, Sergio, “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”, en CONTESSE, J. (editor), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales”, *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, 2016, N° 69, pp. 13-52.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (eds.), *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile*, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2016, 112 p.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (eds.), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio n° 169 de*

la OIT, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, 201 p.

b) *Jurisprudencia*

Corte Suprema, 22 de mayo de 2014, Rol 16.817-2013.

Corte Suprema, 07 de octubre de 2014, Rol N°11.299-2014.

Corte Suprema 30 de enero de 2017, Rol N°65.349-2016.

Corte Suprema 22 de febrero de 2021, Rol N°36919-2019.

Primer Tribunal Ambiental, 21 de abril de 2021, Rol R-38-2020.

Dictamen de la Contraloría General de la República N°88.248, 12 de noviembre de 2014.

Dictamen de la Contraloría General de la República N°32.996, de 24 de abril de 2015.

c) *Normativa*

Convenio N° 169 de la OIT *sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión.*

Decreto Supremo N°236, de fecha 02 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores

Decreto Supremo N°40 de 30 de octubre de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente.

Decreto Supremo N°66 de fecha 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

Ley N°19.300, de 1994.

Ley N°20.417, de 2010.

Ley N°20.600, año 2012.

Oficio Ordinario N°140143 de 27 de enero de 2014, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Instructivo sobre análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (Artículo 27 RSEIA).

Oficio Ordinario N°161116 de fecha 24 de agosto de 2016, del Director Ejecutivo del SEA, Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

d) *Otros documentos:*

ANAYA, James, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo’, Chile”, Noviembre de 2012, disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta->

chile.pdf

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, Observación (CEACR) por Informe del Estado de Chile, 2018, Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3962694,102588,Chile,2018

Gobierno de Chile, “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, 2012.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, “El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”, Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, 13 de mayo de 2013, Sesión Extraordinaria 152, Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1>

Ministerio del Medio Ambiente, “Informe Final: Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA”, 2016, disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877_informe-mmaf_final.pdf

Ministerio del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental, “Informe Final: Proceso de Consulta Indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre Pueblos Originarios”, 2013 disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/contenidos/02_Informe_Final_Consulta_Indigena_RSEIA_SEA.pdf

Organización Internacional del Trabajo, “Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas N°1 de Panificadores Mapuches de Santiago”, GB.326/INS/15/5, 2016, Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_462774.pdf

Resolución sobre la acción de la OIT concerniente a los Pueblos Indígenas y Tribales, adoptada el 27 de junio de 1989, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 76a. Reunión.

TAULI-CORPUZ, Victoria, “Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas”, A/73/176, 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/73/176>.