

ESTÁNDARES DE CAUTELA, CONSULTA INDÍGENA Y FUNDAMENTACIÓN EN LOS PROCESOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. COMENTARIOS A EL MORRO

MANUEL ANTONIO NÚÑEZ POBLETE

RESUMEN: El presente ensayo pretende analizar cinco áreas críticas de un reciente fallo de la Excm. Corte Suprema que resolvió invalidar la segunda resolución de calificación ambiental emanada dentro de un mismo proceso de calificación de impacto ambiental. En particular interesa determinar las posibilidades de recurrir a la acción de protección como instrumento de supervisión de una medida judicial adoptada en un recurso anterior, como asimismo los criterios de escrutinio judicial a los que deben ser sometidos los informes sectoriales y las decisiones administrativas terminales en los procesos regidos por la Ley 19.300. El estudio refiere también al principio de buena fe en materia de consulta indígena.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El recurso de protección como instancia de cumplimiento del recurso de protección. 3. Competencia de los tribunales de protección para conocer de la impugnación a una RCA y un estándar difícil de demostrar: el criterio de la “cautela urgente”. 4. Cautela contra los actos trámite. 5. El deber de fundamentación de los actos administrativos de terceros y la comunicabilidad de los vicios al acto terminal. 6. Un estándar esquivo: El deber de las comunidades de actuar de buena fe. 7. Consideraciones finales y conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 7 de octubre de 2014, la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema¹ revocó un fallo de primera instancia, dictado por la Corte de Apelaciones de Copiapó² que había desestimado tres recursos

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

² Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 436-2013, de 28 de abril de 2014, Comunidad indígena Yastai de Juntas de Valeriano y otros c. Comisión de Evaluación Ambiental.

de protección dirigidos a invalidar la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA) que autorizaba un proyecto minero de USD 2.500 millones cuya calificación ambiental había comenzado seis años antes. Las razones que justificaron la invalidación de la RCA consistían, básicamente, en la falta de fundamentación de algunos informe sectoriales, vicio que se comunica al acto terminal. El problema material que yacía tras estos informes, y tras el proceso, era la consistencia legal y constitucional del proceso de consulta indígena que había precedido a la RCA.

La historia judicial del proyecto posee tres capítulos previos que permiten calificar al Morro como una buena muestra de ejercicio intenso de acciones constitucionales de revisión de la actividad administrativa (aquello que la prensa y cierta literatura han calificado como “judicialización” de los proyectos de inversión). En efecto, el proyecto ya registraba (i) una invalidación de una RCA previa (*El Morro I*, acogida)³, (ii) la impugnación de un informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones (*El Morro II*, rechazada)⁴ y (iii) la impugnación de la resolución que convocó a la consulta indígena (*El Morro III*, rechazada)⁵.

A continuación se ofrece una brevísimas relación de la relevancia de la cuarta (y, hasta la fecha, última) sentencia del caso El Morro. Esta relación procura identificar cinco cuestiones críticas de este último litigio y que trasciende las particularidades del caso, a saber: (i) la funcionalidad y disfuncionalidad del recurso de protección como vía procesal para supervisar el cumplimiento de un fallo de protección precedente, (ii) la suficiencia de los criterios que determinan la competencia residual de las cortes de apelaciones para conocer de recursos de protección dirigidos a invalidar actos revii-

³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 618-2011 (*El Morro I*), de 17 de febrero de 2012, *Comunidad Agrícola Los HuascoAltinos c. Comisión de Evaluación III Región de Atacama*, confirmado por Corte Suprema, Rol N° 2211-2012, de 27 de abril de 2012.

⁴ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 250-2012, de 29 de octubre de 2012, *Comunidad Agrícola Los HuascoAltinos c. Comisión de Evaluación III Región*, considerando 6°, confirmado la Corte Suprema, Rol N° 8073-2012, de 6 de diciembre de 2012.

⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 151-2013, de 5 de julio de 2012, *Campusano Vilches c. Comisión de Evaluación Ambiental III Región de Atacama*, considerando 5°, confirmada sin declaración por la Excm. Corte Suprema, Rol N° 4013-2013, de 27 de junio de 2013.

sables por los nuevos tribunales ambientales, (iii) los criterios de cautela frente a los actos administrativos de mera tramitación, (iv) los criterios que permiten discernir la comunicabilidad o incommunicabilidad de los vicios de fundamentación de informes sectoriales frente al acto terminal y, por último (v) la extensión del principio de buena fe a las actuaciones u omisiones de las comunidades dentro del proceso de consulta indígena. Más allá del cumplimiento o no de las normas ambientales por parte del proyecto en cuestión, como asimismo de su conveniencia u oportunidad —cuestiones que exceden completamente el objeto de este comentario— el último fallo de la saga “El Morro” ofrece una interesante veta para renovar la discusión sobre la claridad de las reglas procesales de la acción de protección, el escrutinio de la fundamentación de los informes sectoriales y los deberes de colaboración de las comunidades dentro de un procedimiento de consulta que pretende satisfacer los requerimientos de legalidad que exige la legislación ambiental y, particularmente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

2. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO INSTANCIA DE CUMPLIMIENTO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

El título deliberadamente cacofónico de este párrafo pretende inquirir lo siguiente: ¿es posible que la acción de protección sirva como procedimiento de cumplimiento incidental de otro proceso de protección?

A la vista del último de los fallos dictados con ocasión de la evaluación ambiental del proyecto El Morro, y a la inexistencia de un estatuto legal especial para la tramitación de acciones constitucionales, la respuesta que surge es afirmativa. El fallo El Morro resulta en efecto de tres acciones de protección interpuestas en contra de una resolución de calificación ambiental que sustituía otra que ya había sido judicialmente invalidada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta el 17 de febrero de 2012 (*El Morro I*) en fallo confirmado por la Corte Suprema el 27 de abril de 2012. Esta circunstancia hace del caso una suerte de proceso constitucional de protección para el cumplimiento de otra sentencia de protección donde el objeto de la *litis* residía, en buena medida, en la legalidad de la medida que cumplía con lo ordenado por el fallo de la Corte Suprema de 27 de abril de 2012 (*El Morro I*). Como es bien conocido, la vía procesal que permitió la invalidación de la primera RCA del pro-

yecto fue un recurso de protección que en primera instancia la dejó sin efecto “mientras no se complemente y se corrija el apartado relacionado a los efectos, características y circunstancias señaladas en la letra c) del artículo 11 de la Ley 19.300 relativo al reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sistema de vida o costumbres de grupos humanos”.

El fallo de segunda instancia, al confirmar lo resuelto por la Corte antofagastina, quiso aclararla decisión de primera instancia precisando

“que el acto ordenado dejar sin efecto corresponde a la Resolución Exenta N° 49 de fecha 14 de marzo de dos mil once dictada por la Comisión de Evaluación Región de Atacama que califica favorablemente el Proyecto El Morro, en tanto no se subsanen las deficiencias observadas en el fundamento undécimo del fallo enalzada a las consideraciones contenidas en la letra c) en relación a la letra d) del N° 11 de dicha Resolución de Calificación Ambiental”.

Aunque el tenor de las dos instancias decisorias no sobrepasa por su claridad (el abuso de locuciones adverbiales al estilo del “mientras” o del “en tanto”, la imprecisión en cuanto al contenido como a los beneficiarios de la medida, como asimismo el recurso a referencias textuales cruzadas no contribuyen a la inteligencia de la decisión), la Administración optó por dictar una resolución ordenando la apertura de un nuevo proceso de consulta que comprendía tanto a los recurrentes como a cualquiera otra comunidad “susceptible de ser afectada por el Proyecto El Morro” (Res. Exenta 069/2013).

El contenido del primer proceso de protección ofreció entonces tres alternativas a la parte gananciosa: (i) o instar por la aplicación de las medidas de apremio a que se refiere el párrafo 15° del Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección; (ii) pedir el cumplimiento incidental de la sentencia, bien por aplicación del párrafo 14° del Auto Acordado de las reglas procesales generales, o (iii) recurrir nuevamente de protección.

Como no existen reglas legales expresas sobre la tramitación de este arbitrio constitucional, incluyendo el régimen de recursos sobre las

decisiones de cumplimiento⁶, la elección del procedimiento está en manos del recurrente o de terceros, que en este caso prefirieron iniciar un nuevo proceso que al combinarse con las pretensiones de dos nuevos recurrentes (que no fueron parte del primer proceso) desvinculó la litis de algunos aspectos relevantes resueltos en la primera oportunidad en que la RCA fue invalidada. Esta flexibilidad del procedimiento podría ser un mérito de la acción, salvo por el hecho que la generación de un nuevo proceso arriesga desvincular completamente de la supervisión del fallo dos elementos básicos del proceso cuya decisión se trata de cumplir: el contenido de los vicios que causaron la anulación y la determinación de las partes que participaron del proceso. Surgen entonces dos preguntas: (i) ¿en qué medida lo resuelto en el primer recurso de protección vincula a los procesos protectores posteriores dirigidos a obtener su cumplimiento? y, vinculado estrictamente con esta primera cuestión, (ii) ¿hasta dónde resulta vinculado el proceso posterior por el considerando 11° del fallo de la Corte de Antofagasta (según lo resolutive del fallo de segunda instancia) que se refiere exclusivamente a la ilegalidad cometida en contra de una sola comunidad? Todo esto, ciertamente, mucho tiene que ver con la vieja querrela sobre el carácter formal o material de la cosa juzgada que emana de las sentencias de protección y con el pretendido carácter no popular de esa acción, cuestiones que no pueden abordarse en este breve comentario. La pregunta permanece abierta.

3. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE PROTECCIÓN PARA CONOCER DE LA IMPUGNACIÓN A UNA RCA Y UN ESTÁNDAR DIFÍCIL DE DEMOSTRAR: EL CRITERIO DE LA “CAUTELA URGENTE”

A partir del año 2014 comienza a consolidarse la tesis según la cual, con carácter general, el escrutinio de legalidad de las resoluciones de calificación ambiental es una cuestión que escapa a la tutela extraordinaria del recurso de protección. Siguiendo el criterio anunciado en abril de 2014 en el *Proyecto Costa Laguna*⁷, la *Tercera Sala*

⁶ Si bien no existe completa claridad sobre el carácter de incidental del procedimiento que regla este párrafo, véase Corte Suprema, Roles N° 44.358, de 19 de noviembre de 2010 y Rol N° 25.786, de 22 de julio de 2010.

⁷ Corte Suprema, 29 de abril de 2014, *Junta de Vecinos JJ.VV c. Comisión de Evaluación Ambiental V Región* (Costa Laguna), considerando 6°: “Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de

de la Corte Suprema afirmó en el fallo *Planta de Secado y Compactado SQM*, que el foro natural de estas controversias deberían ser los tribunales ambientales⁸. Pues bien, el mismo criterio es afirmado por la Corte Suprema en el fallo *El Morro* con un añadido fundamental, cual es la identificación del criterio que justifica la cautela urgente del tribunal de protección:

“Que en este orden de consideraciones, cabe analizar si las ilegalidades denunciadas en el recurso de protección por los apelantes requieren de una *cautela urgente e inmediata* a las garantías constitucionales que denuncian como infringidas con el objeto de otorgar una protección urgente a las mismas”⁹.

Los elementos que sustentan esta necesidad de cautela urgente e inmediata no son explicitados en el fallo (a menos que la fundamentación de la arbitrariedad y la ilegalidad lo sean), lo que llama pro-

calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que estas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad –ocasión en que evidentemente es procedente la acción de protección– no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que estos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado. Como se sabe, la ley que creó los Tribunales Ambientales no solo trasladó a estos todos los asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental que se encontraban en la Ley N° 19.300, sino además aprobó una norma –artículo 17 N° 8– que les permite conocer de acciones de impugnación en contra de un acto administrativo ambiental, entre ellos la resolución de calificación ambiental que apruebe un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, previo agotamiento de la vía administrativa. Es ante esa jurisdicción especial y por esa vía entonces donde debe instarse por la invalidación de una resolución de calificación ambiental”.

⁸ Corte Suprema, 22 de mayo de 2014, Rol N° 1097-2013, *Consejo de Pueblos Atacameños y otros c. Comisión de Evaluación Ambiental II Región* (Planta de Secado y Compactado SQM), considerando 2º: “no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies –precepto que contempla la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto– 26 y 28 –normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final– y 30 bis de la Ley N° 19.300 –disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental”–.

⁹ *El Morro IV*, considerando 11º, cursivas añadidas.

fundamente la atención pues se esperaba que el tribunal identificara cuáles son las causas materiales que debe demostrar el recurrente para configurar el estándar de urgencia o inmediatez. Aunque podría pensarse que esos criterios no tienen una identidad específica y que corresponden a las exigencias de fundamentación de cualquier recurso de protección (cuestión que también carece de claridad en la jurisprudencia judicial), lo cierto es que sí existe una particularidad en este tipo de litigios que merece de una precisión conceptual: ¿cuándo es urgente la intervención tratándose de proyectos inconclusos de inversión? Tampoco se ofrecen razones para discernir este caso de otros parecidos, donde el presunto vicio del acto impugnado también ha consistido en la exclusión de la consulta, bien en procesos iniciados a partir de una Declaración de impacto ambiental (DIA), bien en procesos iniciados con un Estudio de impacto ambiental (EIA). Solo se indica, por el contrario, que los informes de un organismo sectorial no contienen suficiente fundamentación para justificar la exclusión de uno de los recurrentes del proceso de consulta.

Esta tendencia a no razonar o discernir los elementos propios del estándar de cautela urgente e inmediata se repite en fallos posteriores de la Tercera Sala de la Corte Suprema. Así por ejemplo, en *Proyecto Manganeso Los Pumas* —donde la verdadera razón para rechazar el recurso parecía residir en la existencia de reclamaciones administrativas pendientes— el argumento sobre la inexistencia de razones que justifiquen la cautela urgente no difería de las viejas razones para sostener que la decisión del asunto se encuentra todavía bajo el imperio del derecho¹⁰. Posteriormente en el fallo del *Proyecto MAPA* —en cuyo proceso administrativo de evaluación ambiental ni siquiera se registró una resolución administrativa que convocara expresamente a la consulta indígena— la doctrina vuelve a

¹⁰ Corte Suprema, Rol N° 17.120-2014, de 12 de agosto de 2014, *Vargas Pizarro y otros c. Servicio de Evaluación Ambiental y otro*, considerando 5°: “Que de lo razonado se sigue que si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección cautelar urgente que ha sido intentada”.

aparecer, todavía con menos consistencia argumental¹¹. Por último, la razón dada para denegar, en línea de principio, la intervención de las cortes por la vía de la protección se amplió en el fallo *Paltas Hass* a otros tipos de procesos simplemente legales de tutela de derechos fundamentales como son los de carácter tributario y aduanero¹².

El escaso contenido del estándar —o falta de “densidad normativa”, como suele decirse ahora— de la cautela urgente es complementado con un *disclaimer* general de la decisión pues no cabe entender de ella sino solo un pronunciamiento respecto del vicio de la falta de fundamentación y sus efectos:

“[L]o que se resolverá en estos autos sólo tiene por objeto dar una cautela urgente a la garantía antes señalada que este Tribunal considera vulnerada respecto de los apelantes, sin que ello pueda entenderse como una validación de la Resolución de Calificación Ambiental N°232/2013 en los otros acápite en que éstos describen afectaciones de garantías constitucionales por vicios que ellos atribuyen a la Resolución recurrida, toda vez que según lo consignado en el fundamento noveno ello tendrá que ser resuelto por los tribunales y con los procedimientos establecidos en la Ley N°20.600 sin perjuicio del agotamiento de la vía administrativa en su caso.”

Cabe preguntarse, como lo he sostenido en otro lugar, si de persistir este criterio de autorrestricción, el recurso de protección seguirá siendo la idónea para amparar a aquellas comunidades y demás sujetos que carecen de legitimación activa frente a los tribunales ambientales. El hecho que no puedan intervenir ante ellos, debiese ser una buena razón para justificar la procedencia de la acción constitucional¹³. También podría ser el caso de la impugnación, vía protección, de las resoluciones exentas que convocan a la consulta cuando

¹¹ Corte Suprema, Rol N° 27.165-2014, de 25 de noviembre de 2014, *Comunidad Mapuche KudawfePeñi y otros c. Servicio de Evaluación Ambiental del Biobío*, confirma fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1660-2014, de 7 de octubre de 2014.

¹² Corte Suprema, Rol N° 21.902-2014, *Comunidad Indígena Pullalan y otros c. Servicio Agrícola y Ganadero*, considerando 2°.

¹³ Ver Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° 16-2013, de 27 de noviembre de 2013, *María Castillo Patripán y otros c. Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (Res. Exenta 0725, de 14 de agosto de 2013)*

el tenor de las mismas excluye expresamente a una comunidad que ofrece evidencia indubitada de su susceptibilidad de afectación. En este último caso, sin embargo, la necesidad de cautela urgente puede verse anulada por la fuerza de un argumento más consolidado en la práctica judicial: los actos trámite, y la resolución que llama a una consulta lo es, no pueden ser revisados en sede de protección¹⁴.

4. CAUTELA CONTRA LOS ACTOS TRÁMITE

Como se acaba de recordar, los actos trámite no constituyen, en general, una causa suficiente de invalidación cuando el trámite carece de entidad suficiente para producir un agravio reparable solo con la declaración de nulidad¹⁵. Por otra parte, en lo que se refiere a la consulta, los actos trámite no deberían ser preceptivamente consultados en la medida en que carezcan de eficacia para afectar directamente la esfera de derechos o intereses de las comunidades indígenas. De contribuir afirmativamente a un acto que sí afecte esa esfera de derechos o intereses lo harán de modo indirecto, razón suficiente para excluir la consulta. Este criterio ha sido parcialmente recibido en algunos fallos recientes. Así por ejemplo, en *Comunidad Indígena Mulluri* la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que la sola admisión a trámite de una solicitud de concesión de exploración de energía geotérmica no irroga un agravio reparable por la vía del recurso de protección:

“[L]a presentación de una solicitud a la autoridad para una concesión de exploración para desarrollar energía geotérmica, no puede ser considerado como un acto arbitrario ni ilegal. No es ilegal, puesto que tanto la ley como la Constitución Política de la República permiten a los particulares elevar las solicitudes que estimen pertinentes. Ejercer este derecho no se advierte que se vulnere la ley. La circunstancia de hacer una solicitud no importa que ella haya de ser necesariamente acogida por la autoridad. Y tampoco es arbitrario, puesto que de acuerdo a lo informado, se está siguiendo el procedimiento que está estable-

(Piscicultura Río Calcurrupe), resolución que desecha el incidente de incompetencia.

¹⁴ Ver LEPPE, Juan Pablo (2013), “Actos intermedios y recurso de protección ambiental”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 41, pp. 561-564.

¹⁵ Ver artículo 15 inciso segundo, Ley N° 19.880.

cido en la legislación vigente para este tipo de solicitudes, a la que, si lo estiman pertinente, los recurrente le harán todas las observaciones necesarias para salvaguardar sus derechos”¹⁶.

En el segundo de los fallos de la saga del Morro (*Morro II*, 2012), la Corte de Apelaciones Copiapó estimó que:

“[T]ampoco puede perderse de vista que las actuaciones impugnadas constituyen meros actos trámites —que no son los únicos— inmersos en el procedimiento de Evaluación de Calificación Ambiental, del cual el ICSARA 5 no reviste más que la calidad de un acto administrativo preparatorio sin aptitud para causar agravio por sí mismo y no corresponde a aquellos actos terminales, que por lo mismo carece de idoneidad para afectar garantía constitucional alguna”¹⁷.

La doctrina del acto trámite debe entenderse sin perjuicio, naturalmente, de la impugnabilidad de aquellos actos trámite que generen indefensión (como podría ser, por ejemplo, la resolución que margina injustificadamente a una comunidad de un proceso de consulta). Recientemente el Segundo Tribunal Ambiental ha subrayado la relevancia de la participación ciudadana en materia de “justicia ambiental” indicando que la falta de participación genera indefensión¹⁸.

Un nuevo aporte a la doctrina de los actos trámite proviene del *Morro IV*: los vicios de fundamentación de los informes sectoriales de terceros pueden comunicarse al acto terminal, cuestión que es analizada a continuación.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de junio de 2010, *Comunidad indígena de Mulluri c. Ministro de Minería*, considerando 4º, confirmado Corte Suprema, Rol N° 4943-2010, de 2 de agosto de 2010.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 250-2012, de 29 de octubre de 2012, *Comunidad Agrícola Los HuascoAltinos c. Comisión de Evaluación III Región*, considerando 6º, confirmado por la Corte Suprema, Rol N° 8073-2012, 6 de diciembre de 2012.

¹⁸ Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° 5-2013, de 16 de agosto de 2013, *Reclamación de S. Reiss c. Director Ejecutivo del SEA (caso Proyecto Camino de la Fruta)* considerando 43º.

5. EL DEBER DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEROS Y LA COMUNICABILIDAD DE LOS VICIOS AL ACTO TERMINAL

Hasta *El Morro* existían dos criterios importantes en materia de impugnaciones de procedimientos de calificación ambiental: los actos trámite en general no resultan impugnables por la vía de la protección y, en segundo lugar, que la mentada acción constitucional es una vía que permite invalidar decisiones administrativas no motivadas y que el momento para impugnar los defectos de los actos de trámite corresponde a la dictación del acto terminal. Es doctrina general¹⁹, consolidada en la jurisprudencia, que las resoluciones de calificación ambiental deben ser motivadas y que su falta de motivación es causal de invalidación²⁰. Como se sabe, este último deber de motivación se extiende expresamente a los informes sectoriales tras las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417 a la Ley N° 19.300²¹.

El fallo comentado fundamenta, al anular un informe sectorial y la RCA que en él se fundamenta, viene a complementar la regla del artículo 9 bis de la Ley N° 19.300 en el sentido que los vicios de fundamentación de los informes sectoriales afectan no solo al informe sino también al acto terminal del procedimiento. En este caso puntual, la Corte Suprema objeta que la Corporación Nacional Indígena (CONADI, considerando 20°) se pronunciara sobre una Adenda y un Informe Consolidado de Evaluación (ICE) sin informar fundadamente si existían o no otras comunidades indígenas (diversas a la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos) suscepti-

¹⁹ Ver artículos 8° CPR, 13 *in fine* Ley N° 18.575, 11 y 41 *in fine* Ley N° 19.880.

²⁰ In extenso ver Corte Suprema, Rol N° 7071-2012, de 26 de noviembre de 2012, *Presidenta Agrupación de Manipuladoras de Alimentos Las Palomitas Blancas y otros c. Comisión de Evaluación Ambiental del Biobío*.

²¹ Artículo 9° in fine: “Los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus respectivas competencias”. Esta redacción fue introducida por indicación parlamentaria en el primer trámite, Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, 1 de abril de 2009. En el segundo trámite se generó, a partir de una indicación de los H. senadores Girardi, Navarro y Ominani, una discusión sobre los efectos de la falta de fundamentación, Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente, 9 de noviembre de 2009.

bles de ser afectadas por el proyecto, todo ello existiendo informes anteriores de la misma Corporación que sostenían lo contrario (considerando 21º). Tampoco la CONADI ofrecía, según la Corte, razones suficientes para explicar a los Huascoaltinos las “razones por las cuales no se justificaba la continuidad del proceso de consulta” (considerando 25º). Señala puntualmente la Corte:

“Que en este orden de consideraciones, conforme lo ha establecido reiteradamente este Tribunal, la falta de fundamentación de los Informes N°00 y 564 de 9 y 21 de octubre de 2013, incorporados al Informe Consolidado de Evaluación de 14 de octubre de 2013, dado que incumplen los preceptos legales contenidos tanto en la Ley N°19.880 como en la Ley N°19.300, que hacen imperativa su motivación, deviene en que la opinión favorable otorgada al proyecto adolezca de un vicio que la transforma en ilegal y arbitraria. Como consecuencia de lo expuesto, la Resolución de Calificación Ambiental N°232 de 22 de octubre de 2013, que es el acto administrativo terminal recurrido en estos autos, carece también de la debida motivación e igualmente deviene en ilegal y arbitraria por carecer del sustento que la ley le impone, vulnerando la garantía establecida en el N°2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que se traduce en una discriminación arbitraria respecto de los recurrentes, al desconocer que a ellos debe dárseles el mismo trato que a otras Comunidades y/o Asociaciones Indígenas y/o personas en relación a las cuales la Conadi ha informado en forma negativa la pertinencia de efectuar una Consulta Indígena o ha informado positivamente el cese de una consulta indígena en proceso de realización” (considerando 31º).

Que para que concluya el procedimiento administrativo establecido en la Ley N°19.300 con una Resolución de Calificación Ambiental válida es menester, como ya se explicitó, que el Informe de Conadi contenga razonamientos relativos a los fundamentos en que se basa la decisión de no considerar a los recurrentes mencionados en el fundamento tercero de este fallo en la Consulta Indígena convocada por Resolución 69/2013 y de poner fin a dicho proceso respecto de la CADHA” (considerando 32º).

El núcleo de la decisión radicó entonces—antes que en las objeciones de la Comunidad de Huascoaltinos— en la exclusión no fundamentada del proceso de consulta indígena de parte de alguna de las recurrentes. Sobre la eventual vinculación entre lo que se discutía el 2014 y lo resuelto el 2012 —en cuanto a que el vicio judicialmente declarado lo fue respecto de la Comunidad de los Huascoaltinos y no respecto de tercera comunidad — ni el fallo de primera instancia, ni el de segunda, registran deliberación. Tampoco se advierte deliberación en el fallo de segunda instancia respecto de la contundencia de la prueba ofrecida por el recurrente respecto de los hechos sobre los que se sustenta la susceptibilidad de afectación directa. Este último, como se sabe, es un elemento procesal que —apreciado según las reglas de la sana crítica— hasta la fecha había resultado fundamental en los litigios ambientales de protección promovidos por las comunidades indígenas. Posiblemente la razón que explica la omisión del análisis probatorio (que ocupó parte de la decisión de primera instancia, específicamente el considerando 8º) es el contenido de los primeros informes de la CONADI (Oficios 09/2009, 8-492/2009, 8-117/2010, 8-095/2011, todos citados en el considerando 21º), que parecen ser razón suficiente para dar por acreditada la susceptibilidad de afectación.

El criterio que emana del fallo es entonces el siguiente: el vicio de falta de fundamentación del informe sectorial se comunica al acto terminal. Lo que el fallo no precisa y cabe intentar precisar aquí es la condición bajo la cual el vicio es, o debe ser, comunicable. Una primera alternativa es que el vicio de fundamentación sea siempre comunicable, lo que arroja un estándar desproporcionado de fundamentación que no depende puramente del órgano evaluador ni menos aún del titular del proyecto. Una segunda alternativa, que parece razonable, es que el vicio de fundamentación del informe sectorial sea comunicable solamente cuando el acto terminal incurra en la misma omisión. Esta última opción es la que parece más razonable a la luz del art. 9º bis de la Ley 19.300 en su parte final, en un contexto de procedimientos administrativos donde los informes sectoriales pueden superar el centenar y, por lo tanto, donde las posibilidades de impugnación pueden multiplicarse por ese mismo número. Esto significa en términos prácticos que la autoridad evaluadora ambiental siempre puede fundamentar para complementar, contradecir o, por último, para confirmar la opinión —no vincu-

lante— de los informes sectoriales. Lo anterior será extraordinariamente mientras subsista en ciertos servicios públicos la difundida confusión entre el concepto de “área de influencia” y “susceptibilidad de afectación directa”, donde este último concepto se desprende de modo automático y erróneo a partir del primero. Por otra parte, entender que el estándar del *Morro IV* empuja a los órganos promotores de las medidas o al titular del proyecto a perseguir—vía recursos administrativos o judiciales—la fundamentación de los informes sectoriales parece un desquiciamiento del procedimiento de evaluación ambiental en su diseño y en la ya modificada (vía aplicación de medidas provisionales) estructura de sus plazos.

6. UN ESTÁNDAR ESQUIVO: EL DEBER DE LAS COMUNIDADES DE ACTUAR DE BUENA FE

Los anales judiciales registran durante el año 2014 por lo menos dos fallos que se pronunciaron sobre un problema que siempre puede presentarse durante los procesos de evaluación ambiental: la negativa o resistencia de las comunidades a participar en los procesos de consulta, incluyendo la obstaculización deliberada de los mismos. En la primera instancia de *El Morro*, la Corte de Apelaciones de Copiapó ensayó, frente a la evidencia de obstáculos imputables a la comunidad, una extensión del concepto de buena fe hacia las comunidades:

“Que, en relación al requisito de la ‘buena fe’ en la consulta indígena cabe destacar que esta exigencia implica también un deber de comportamiento para las comunidades consultadas (...) Que, en estos términos, queda demostrado que si bien la CADHA, como comunidad afectada directamente por la Resolución que se impugna, no sólo es titular de derechos, sino que también es sujeto de obligaciones para con el Estado del que forma parte y para con las demás comunidades y asociaciones indígenas de la etnia diaguita con las que colinda, por lo que la recta razón permite calificar los esfuerzos de la autoridad recurrida como ‘razonables’ para entrar en un diálogo con la comunidad denunciante, y si éste fracasó, por no alcanzarse el buscado acuerdo, no fue justamente por la falta de buena fe que se reprocha a la administración” (considerandos 23º y 24º, destacados en el original).

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso del *Proyecto Línea de Arranque Subestación Neptuno*, resuelto en primera instancia el 20 de octubre de 2014:

“Que, por el contrario a lo dicho en el motivo que antecede, de los mismos antecedentes, aparece que fue la Comunidad Mapuche de Lo Prado la que no tuvo una voluntad real y efectiva en orden a materializar y participar en el ya referido Proceso de Consulta Indígena, abandonando el mismo, por lo que dicho proceso no pudo llevarse íntegramente a su logro, al desistirse de proseguir y de participar en el Proceso de Evaluación, lo que materialmente hicieron mediante comunicación de fecha 30 de octubre de 2013, consistente en una carta suscrita por el Lonko y la Werken de dicha Comunidad Mapuche, donde califican de ilegítima la consulta indígena, mala fe en la conducta del Estado y rechazan el Acta de Acuerdo Metodológico, fundado, entre otros, en que la resolución de inicio de la Consulta no les fue notificada, en circunstancia que de los antecedentes consta lo contrario, de acuerdo al Ord. N° 879 de 18 de abril de 2013, del Servicio de Evaluación Ambiental. Esto lo alegan, solo después de seis meses de inicio del proceso de consulta en cuestión. Que tal actitud por parte de la Comunidad Indígena de Lo Prado de rechazar o no continuar con el Proceso de Evaluación del Proyecto en cuestión, no puede, ni debe afectar por sí solo el proceso de evaluación mismo, por cuanto, éste debe verificarse en forma independiente a dicha actitud, sólo teniendo en cuenta el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, entre ello, cumplir a cabalidad con lo estatuido en el Convenio N° 169 de la OIT; de esta forma, basta examinar el cumplimiento de ello para verificar por parte del Estado de Chile el cumplimiento del deber que se le impone y consagra al respecto en dicho Convenio”²².

A pesar de que ambas fundamentaciones fueron suprimidas por la Corte Suprema, pareciera que ellas expresan un principio bastante razonable: si bien el proceso de consulta, cuando se dan las condi-

²² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 19.839-2014, de 20 de octubre de 2014, *Comunidad Mapuche de Lo Prado c. Comisión de Evaluación Ambiental Región Metropolitana*. Fallo confirmado por la Corte Suprema, 11 de marzo de 2015, con expresa eliminación de los considerandos reproducidos.

ciones fijadas por la normativa internacional y desarrolladas por la reglamentación nacional, es preceptivo para la autoridad, la participación de las comunidades en el mismo es siempre voluntaria. En efecto, si las comunidades son libres para aceptar o no un proyecto (lo que no equivale a reconocer en dicha negativa un poder de veto que en el Convenio se limita, condicionadamente, a solo un caso), también lo son para decidir participar o restarse de los procesos de consulta. Ciertamente, la decisión de no participar no resta validez al procedimiento a condición que se hayan cumplido con todos los requerimientos procedimentales para convocar a una consulta previa, libre, informada, culturalmente apropiada y de buena fe.

7. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

7.1. Flexibilidad versus rigidez

El 27 de marzo de 2014, la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá dictó la Resolución Exenta 0871/2014 calificando desfavorablemente *Sondajes Paguanta*. Este mismo proyecto había obtenido una RCA favorable que fue invalidada por la Corte Suprema en fallo de 30 de marzo de 2012²³. La razón de la invalidación no fue muy diferente a la de *El Morro*: una RCA que proviene de una DIA (y no un EIA) que no resulta de un proceso de consulta indígena incumple el deber de fundamentación de los actos administrativos. Tras presentarse el EIA que resultaba obligatorio e iniciarse un proceso de consulta con la Comunidad recurrente, surgieron otras comunidades que, por no haber sido consultadas (solamente lo fue la comunidad recurrente en la instancia judicial), dieron pie para que la Comisión de Evaluación Ambiental resolviera desfavorablemente la RCA. El problema fue resuelto a favor del titular del proyecto mediante una reclamación ante el Consejo de Ministros²⁴.

Si bien a nivel global los casos anotados podrían no ser muy significativos en términos estadísticos²⁵, lo cierto es que ellos no siempre

²³ Corte Suprema, Rol N° 1140-2011, de 30 de marzo de 2012, *Marcelo Condore c. Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá*.

²⁴ Consejo de Ministros, Resolución Exenta 0871/2014, de 6 de octubre de 2014.

²⁵ La media de proyectos judicializados por razones de consulta indígena era de dos al año hasta el 2013, siendo la mayor parte de los litigios resueltos a favor del Servicio. Véase la nota de Moreno, Adolfo, "El Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental y su incidencia en la judicialización de Proyectos", 6 de septiembre de

contribuyen a aclarar las reglas conforme con las cuales es previsible organizar un procedimiento de consulta que ofrezca suficientes garantías de estabilidad o conservación, para no hablar de su extensión en el tiempo. Estas garantías se extienden, naturalmente, a los titulares de los proyectos y a las comunidades indígenas potencialmente afectadas. Para todos estos actores el sistema intentó ofrecer reglas más claras con el nuevo Reglamento del SEIA (norma que no era aplicable a ninguno de los casos reseñados) y, fuera del ámbito de la evaluación ambiental, con la dictación del Reglamento de sustitución del antiguo Decreto 124. Aunque ambas iniciativas constituyen una mejora respecto de lo que había antes, ellas no son suficientes para dar por exitosamente terminado el proceso de adecuación del ordenamiento nacional al Convenio 169. Falta todavía encontrar un equilibrio en el cual todas las partes se encuentren satisfechas sus expectativas de seguridad en los derechos. Posiblemente, parte de este equilibrio se pueda lograr con un adecuado desarrollo de estándares administrativos que separen con sentido común la estrechez del escrutinio judicial (que incluye el examen de legalidad de los tribunales ambientales) de las más amplias atribuciones de interpretación administrativo que posee el órgano administrativo. Todo lo anterior, ciertamente dentro de un marco de flexibilidad que autoriza expresa el artículo 34 del Convenio 169 y que riñe con una concepción formalista de la consulta donde el aumento de formalidades es directamente proporcional a las posibilidades de conflicto y de litigio. Mientras más vueltas tiene el laberinto burocrático de la consulta, mayores son las posibilidades de perderse en él.

7.2. Conclusiones

1. El recurso de protección puede servir de vía procesal para fiscalizar el cumplimiento de fallos precedentes de protección. Cuando ello acontece, se producen sin embargo distorsiones que afectan la certeza y cosa juzgada de las resoluciones precedentes. Esto es particularmente problemático cuando la sentencia anterior es de invalidación, dado que en estos casos la cosa juzgada que emana del proceso de protección se asimila más a la cosa juzgada material que a la formal.

2. De acuerdo con la jurisprudencia del año 2014, las cortes de apelaciones mantienen, a partir del artículo 20 de la Constitución, una competencia residual en materia de control de legalidad de resoluciones de calificación ambiental. No hay, sin embargo, estándares claros que permitan conocer y fundamentar con anticipación la existencia de un agravio que justifique la intervención de los tribunales por la vía de la protección.
3. De acuerdo con la jurisprudencia comentada, el vicio de un informe sectorial se comunica al acto terminal. Aun cuando no se ofrecen mayores antecedentes en el fallo comentado, cabe entender que existen circunstancias dentro de las cuales esa comunicación del vicio no se produce. La Administración podrá siempre, dado el caso, compensar la falta de fundamentación ajena mediante la motivación propia, validando o descartando la información aportada por el titular y el resto de los intervinientes.
4. El estándar de buena fe debería ser aplicable a las comunidades indígenas. Puesto que la consulta no implica un poder de veto, las comunidades son libres de participar en una consulta, de abandonar el proceso o de desconocer sus resultados.