

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

SEBASTIÁN DONOSO RODRÍGUEZ*

RESUMEN: Recientemente ha entrado en vigencia el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que en aplicación del Convenio 169 de la OIT establece y regula expresamente la consulta indígena para proyectos o actividades cuya evaluación ambiental se realiza a través de un Estudio de Impacto Ambiental. Se ha planteado en consecuencia un debate respecto al cumplimiento de la obligación de consulta tratándose de resoluciones de calificación ambiental recaídas en proyectos evaluados por medio de una Declaración de Impacto Ambiental. La Corte Suprema ha resuelto que, en la medida que la decisión de la autoridad de permitir la evaluación de un proyecto a través de una Declaración de Impacto Ambiental es correcta en el sentido que dicho proyecto no genera los impactos que exigen la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, tampoco es procedente la consulta indígena del Convenio 169 por no concurrir la susceptibilidad de afectación directa que es uno de sus requisitos. En otras palabras, al fijar este criterio la Corte Suprema ha homologado los impactos socioambientales que exigen la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental con la susceptibilidad de afectación directa que hace exigible la consulta indígena del Convenio 169 o, lo que es lo mismo, ha establecido que la falta de dichos impactos socioambientales es indicativa además de la falta de susceptibilidad de afectación directa. Este trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema del 21 de octubre de 2013 que, al confirmar un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, expone el criterio recién mencionado. El autor concluye, en coincidencia con lo resuelto por la Corte Suprema, que la homologación de los impactos ambientales que exigen un Estudio de

* El autor agradece muy especialmente los aportes recibidos de Francisca Vergara Díaz en la preparación de este comentario.

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

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Sentencia. 2.1. Fundamentación del recurso de protección. 2.2. El fallo. 3. Fundamentos del fallo y evolución jurisprudencial. 3.1. Fundamentos del fallo. 3.2. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema. 3.2.1. Los fallos sobre DIA que dejan a firme resoluciones de calificación ambiental. 4. La susceptibilidad de afectación directa en el Convenio 169 de la OIT. 4.1. Consulta indígena: elementos y estándares. 4.2. El elemento-estándar de susceptibilidad de afectación directa en el artículo 6 del Convenio 169. 5. Regulación de la consulta indígena y del elemento estándar ‘susceptibilidad de afectación directa’ en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y susceptibilidad de afectación directa. 5.1. Impactos ambientales que exigen la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental. 5.2. Obligaciones y facultades de la autoridad en la tramitación de una Declaración de Impacto Ambiental. 5.3. El Nuevo Reglamento General de Consulta Indígena. 6. Comentarios al fallo. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCION

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, la opinión pública y la academia han seguido con particular interés la jurisprudencia de los tribunales de justicia en relación a la obligación de consulta indígena que aquel establece.

Uno de los aspectos objeto de análisis ha sido la aptitud del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (‘SEIA’) para subsumir la consulta indígena que establece el artículo 6 del Convenio 169. En un comentario a una sentencia del año 2011¹, el autor concluye que el SEIA cuenta con los elementos fundamentales que permiten que la consulta indígena del Convenio 169 se pueda realizar como parte del procedimiento de participación ciudadana contemplado en los estudios de impacto ambiental, conclusión que se ha visto reafirmada por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por lo mismo, se ha seguido con especial interés la jurisprudencia del máximo tribunal respecto a autorizaciones ambientales recaídas en

¹ Ver DONOSO (2012).

declaraciones de impacto ambiental, considerando que una mayoría significativa de los proyectos es evaluada a través de este último instrumento. La reciente entrada en vigencia de un nuevo reglamento del SEIA ('Reglamento del SEIA') agrega un elemento de análisis adicional, pues dicho reglamento regula no solo la consulta indígena en el marco de estudios de impacto ambiental, sino también instancias de participación indígena en declaraciones de impacto ambiental que cumplen ciertas condiciones.

En este escenario, el presente comentario analizará la sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de octubre de 2013 Rol IC N°8616-2013, que confirma la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013 de la Corte de Apelaciones de Temuco, resuelta en el Recurso de Protección Rol N°1377-2013, interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental ('DIA') del proyecto 'Central Hidroeléctrica Panguí' ('RCA'). Esta sentencia será examinada críticamente tanto en su propio mérito como en relación a las sentencias que la anteceden y suceden, considerando que el máximo tribunal ha sostenido una jurisprudencia consistente a lo largo de todas ellas.

2. LA SENTENCIA

El examen de la sentencia de la Corte Suprema se dividirá en dos partes: i) fundamentación del recurso de protección; y ii) el fallo, que por confirmar la sentencia impugnada de la Corte de Apelaciones de Temuco nos lleva a analizar los fundamentos de esta última.

2.1. Fundamentación del recurso de protección

El recurso de protección fue presentado por la Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil III, la Junta de Vecinos N° 8 'El Fortín de Huitraco' y el Consejo Ambiental de Curarrehue. Los recurrentes solicitaron la revocación de la Resolución Exenta N°91 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía, de fecha 15 de abril de 2013, mediante la cual se calificó favorablemente el proyecto "Central Hidroeléctrica Panguí", de la empresa RP El Torrente Eléctrica S.A. Los recurrentes argumentaron que la resolución recurrida no cumplió con la normativa constitucional, legal y reglamentaria establecida al efecto, puesto que (i) el proyecto debió

haber sido evaluado a través de un Estudio de Impacto Ambiental ('EIA') conforme a lo prevenido en el artículo 11 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y dada la significancia de los efectos que aquel produciría; y (ii) se omitió el deber de consulta respecto de una medida administrativa que puede afectar directamente a las comunidades indígenas existentes en el área de influencia del proyecto, vulnerándose por tanto el Convenio 169.

El proyecto en cuestión contempla la construcción de una central hidroeléctrica de pasada en el río Panguí, ubicado en la comuna de Curarrhue, y consiste en la instalación de una bocatoma en el cauce del mismo río, desde la cual se conducen las aguas captadas mediante una aducción en tubería de baja presión hasta una chimenea de equilibrio y luego por una aducción en tubería de presión hacia la casa de máquinas ubicada en la ribera del río Relicura. Esta última, a su vez, se conecta con una obra de devolución que restituye las aguas al río. Dichas obras, argumentaron los recurrentes, traería consigo una disminución significativa del caudal del río Panguí en un tramo de 7.8 kilómetros del sector Huitraco, donde habitan diversas familias que utilizan las aguas del río como parte de sus pequeños y medianos emprendimientos turísticos o para la agricultura.

2.2. El fallo

Por sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó el recurso de protección, resolución que fue confirmada por la Corte Suprema en fallo del 21 de octubre de 2013. La sentencia de la Corte Suprema se limita a confirmar la sentencia apelada en un escueto fallo:

“Se confirma la sentencia apelada de fecha 16 de septiembre de 2013, escrita a fojas 212.”

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por su parte y en lo que es relevante para este comentario, resolvió el rechazo del recurso de protección basada en que no era necesario un EIA por no reunirse los requisitos para ello, y en particular por no existir algún grado de afectación directa de comunidades o grupos humanos indígenas, no procediendo por tanto la consulta conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Señala la Corte de Apelaciones de Temuco en el considerando 12° del fallo

“Que en cuanto a la procedencia de la consulta que prevé el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo, resulta pertinente tener presente que el artículo 6, N° 1, letra a) de ese instrumento, dispone que esta procede respecto de los pueblos interesados, tratándose de la adopción de medidas susceptibles de afectarles directamente y según ya se ha dicho, *los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida, ni tampoco se vislumbra de los antecedentes de autos cuál sería esa afectación y sus alcances*” (el destacado es del autor).

A continuación, el considerando 13° señala que

“(…) habiéndose concluido en este procedimiento específico de evaluación de impacto ambiental que no era necesaria la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental por no reunirse los requisitos para ello, particularmente algún grado de afectación directa de las comunidades y estamentos reclamantes y que tampoco procedía el trámite de consulta, conforme al Convenio N° 169, la autoridad recurrida solo podría actuar en la forma que lo hizo”.

Es importante destacar que con este razonamiento la Corte de Apelaciones de Temuco lo que hace justamente es homologar los impactos socioambientales que exigen la presentación de un EIA con la afectación directa que hace exigible la consulta indígena del Convenio 169, estableciendo que la falta de dichos impactos socioambientales es indicativa por tanto de la falta de tal afectación directa. En esta línea, confirmando la referida homologación entre la ‘significancia’ de los efectos previstos en los literales c), d), e) y f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y la ‘afectación directa’ exigida para la procedencia de la consulta indígena del artículo 6 del Convenio 169, el mismo considerando 13° agrega que:

“Por consiguiente, no advirtiéndose la procedencia de un estudio de impacto ambiental al no configurarse alguna de las causales por las cuales se exige su elaboración, no resultando pertinente el trámite de la consulta en los términos que exige el Convenio N° 169, tantas veces citado, la actuación de la

Comisión de Evaluación Ambiental al calificar favorablemente el proyecto de marras y dictar la Resolución Exenta N° 91, de 15 de abril de 2013, no resulta ilegal ni arbitraria”.

Concluye señalando el considerando 14° que, “careciendo el recurso de las motivaciones que implicarían la privación, perturbación o amenaza de alguna de las garantías constitucionales invocadas mediante la acción cautelar impetrada, sino mediante meras afirmaciones de los recurrentes que resultan contradichas por los informes y diagnósticos de todos los servicios oídos a propósito de la calificación favorable del proyecto, dicho arbitrio necesariamente debe ser rechazado”.

3. FUNDAMENTOS DEL FALLO Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

3.1. Fundamentos del fallo

La sentencia de la Corte Suprema confirma su línea jurisprudencial que en lo medular sostiene que en aquellos casos en que la decisión de la autoridad de permitir la evaluación de un proyecto a través de una DIA es correcta en el sentido que dicho proyecto no genera los impactos que exigen la presentación de un EIA, la falta de dichos impactos a su vez implica que no existe la ‘afectación directa’ cuya concurrencia es necesaria para que sea procedente la realización de la consulta indígena en los términos establecidos por el Convenio 169. Esta jurisprudencia cobra especial relevancia en la medida que la normativa ambiental prevé que la participación ciudadana indígena –consulta indígena en el actual Reglamento del SEIA– es obligatoria solo para los procesos de calificación de EIA. De lo anterior fluye, en consecuencia, que es consistente el criterio adoptado en el nuevo Reglamento del SEIA en cuanto a no exigir consulta indígena al instrumento de evaluación DIA.

3.2. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema: mirada general

La Corte Suprema se ha pronunciado al menos en diecinueve ocasiones respecto a la consulta indígena del Convenio 169 y su relación con el SEIA. Estos pronunciamientos han recaído todos en recursos de protección interpuestos:

- a) Contra RCA dictadas respecto a declaraciones de impacto ambiental (10);
- b) Contra RCA dictadas respecto a estudios de impacto ambiental (6);
- c) Contra resoluciones de la Comisión de Evaluación Ambiental que decretan la realización de un proceso de consulta indígena (2); y
- d) Contra actividades del recurrido no ingresadas al SEIA (1).

La jurisprudencia establecida por la Corte Suprema en estos diecinueve fallos se puede distinguir y agrupar del siguiente modo:

- a) Seis fallos (*Piscicultura Palguín, Línea de Transmisión Melipeuco-Freire, Planta Cátodos Pampa Camarones, Central Hidroeléctrica Panguí, Reposición Museo Arqueológico R. P. Gustavo Le Paige*² y *Aumento de Producción Piscicultura Caburga II*³) en que la Corte Suprema resolvió que los respectivos proyectos o actividades habían sido correctamente evaluados a través de una DIA, homologando la falta de impacto significativo que hubiera exigido su evaluación a través de un EIA con la falta de afectación directa que hubiera exigido la consulta indígena del Convenio 169.
- b) Cuatro fallos (*Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli; Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama; Parque Eólico Chiloé; y Sondajes de Prospección Paguanta*) en que la Corte Suprema estableció que dichos proyectos habían sido incorrectamente evaluados a través de una DIA, por lo que revocó las respectivas resoluciones de calificación ambiental y ordenó que los mismos se evaluaran a través de un EIA, debiendo conformarse la participación ciudadana de este último con los estándares del Convenio 169.
- c) Tres fallos (*Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia; Central Hidroeléctrica Neltume*

² Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de febrero de 2014, Recurso de Protección Rol N°63-2014.

³ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 3 de abril de 2014, Recurso de Protección Rol N°6427-2014.

y *Exploración Minera Proyecto Catanave*) en que la Corte Suprema estableció que los procesos de evaluación ambiental de dichos proyectos –con su componente de participación ciudadana– habían cumplido o podían cumplir con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169.

- d) Un fallo (*Proyecto El Morro*⁴) en que la Corte Suprema confirmó la revocación de la resolución de calificación ambiental del proyecto minero El Morro basado en que no se habría evaluado adecuadamente el impacto de dicho proyecto sobre algunos miembros de la Comunidad Agrícola los Huascoaltinos en su calidad de indígenas, ordenando la realización de audiencias específicas con participación de las personas en cuestión.
- e) Un fallo (*Proyecto Manganeso Los Pumas*) en que la Corte Suprema rechazó un recurso de protección por considerar que no era procedente dicha acción constitucional en contra de un acto de mero trámite que había admitido a tramitación el EIA del proyecto en cuestión.
- f) Dos fallos (*Proyecto El Morro* y *Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado*) en que la Corte Suprema rechazó los recursos de protección interpuestos contra las resoluciones de las respectivas comisiones de evaluación ambiental⁵, que decretaban la realización del proceso de consulta indígena en el marco de la evaluación ambiental de dichos proyectos.
- g) Un fallo (*Comunidad Indígena Pepiukelén*) en que la Corte Suprema dispuso que la recurrida debía paralizar y abstenerse de ejecutar cualquier obra, trabajo o labor en el inmueble de propiedad de dicha comunidad y retrotraer las cosas al estado anterior al de su ilegítimo obrar, restaurando la piscina allí existente a su estado natural. Debe resaltarse en este caso que si bien la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, eliminó los considerandos noveno y

⁴ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 27 de abril de 2012, Recurso de Protección Rol N°2211-2012 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto El Morro.

⁵ Resolución Exenta N°69 del 13 de marzo de 2013 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama (Proyecto El Morro) y Resolución Exenta N°153 del 19 de diciembre de 2013 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá (Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado).

décimo de dicha sentencia que establecían que las actividades de la recurrida debían ingresar al SEIA y someterse a la consulta indígena del Convenio 169. Adicionalmente, este fallo contó con un voto de minoría del Ministro señor Sergio Muñoz, quien estuvo por mantener dichos considerandos.

- h) Un fallo (*Mejoramiento Ruta 199-CH*) en que la Corte Suprema rechazó un recurso de protección en contra de la RCA del proyecto, concluyendo que no logró probarse un impacto concreto a la comunidad indígena aledaña y que por consiguiente –aun cuando el proyecto había sido evaluado a través de un EIA– no resultaba procedente la alegación de ilegalidad relativa a la procedencia de la consulta del Convenio 169. Tanto el fallo de la Corte de Apelaciones como el de la Corte Suprema concluyen que la consulta solo procede respecto de los pueblos interesados cuando se trata de la adopción de medidas “susceptibles de afectarles directamente”, y que dicha circunstancia no fue suficientemente establecida ni probada.

3.2.1. Los fallos sobre DIA que dejan a firme resoluciones de calificación ambiental

Ya se anticipó que existen cinco fallos (*Piscicultura Palguín; Línea de Transmisión Melipeuco-Freire; Planta Cátodos Pampa Camarones; Central Hidroeléctrica Panguí y Reposición Museo Arqueológico R. P. Gustavo Le Paige*) en que la Corte Suprema ha establecido que los respectivos proyectos o actividades habían sido correctamente evaluados a través de una DIA.

En estos fallos la Corte Suprema ha establecido un criterio de homologación (primero esbozado en el caso *Piscicultura Palguín* y luego claramente delineado en los casos *Línea de Transmisión Melipeuco-Freire* y *Central Hidroeléctrica Panguí*) entre la falta de impacto significativo que hubiera exigido la evaluación de los respectivos proyectos a través de un EIA y la falta de afectación directa que hubiera exigido la consulta indígena del Convenio 169.

Esta jurisprudencia es relevante pues permite dar respuesta a una pregunta legítima: ¿infringe la consulta indígena del Convenio 169 el hecho que un proyecto sea evaluado a través de una DIA, careciendo por tanto de participación ciudadana y por ende de consulta

indígena? La respuesta de la Corte Suprema a esta pregunta, en lo medular, es que en la medida que la decisión de evaluación de un proyecto o actividad a través de una DIA es correcta en tanto no genera aquel impacto que exigiría su ingreso al SEIA a través de un EIA, ello implica consecuentemente que dicho proyecto o actividad no requeriría consulta indígena, homologando así la falta de ese impacto con la falta de susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas que exigiría una consulta indígena.

Como se puede apreciar, existe consistencia entre los fallos de la Corte Suprema que se han pronunciado sobre RCA recaídas en procesos de evaluación ambiental realizados a través de DIA como los fallos que han sentenciado impugnaciones referidas a procesos realizados por medio de EIA. La Corte Suprema ha sostenido invariablemente que la susceptibilidad de afectación directa requerida para la procedencia de la consulta indígena es equiparable a la 'significancia' de los impactos socioambientales requeridos para que el proyecto deba ser evaluado a través de un EIA y no de una DIA. Esto último implica consecuentemente que no habiendo un impacto significativo ambiental conforme a lo dispuesto en la Ley N°19.300 y sus reglamentos, tampoco habría susceptibilidad de afectación directa, y por tanto no procedería la consulta indígena.

Para examinar críticamente esta tendencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema, es necesario revisar primero cómo regula la afectación directa el Convenio 169 y luego cómo reglamenta la legislación los impactos ambientales que requieren un EIA y la propia consulta indígena.

4. LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

El artículo 6 del Convenio se refiere a la susceptibilidad de afectación directa como uno de los elementos-estándares de la obligación de consulta. Antes de señalar algo más sobre ella, conviene entonces mencionar brevemente cuáles son esos elementos-estándares y qué ha comentado sobre ellos la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT* ('Comisión de Expertos').

4.1. Consulta indígena: elementos y estándares

Señala el artículo 6 del Convenio 169:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...)

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

De la lectura del artículo 6 se desprende que los principales elementos-estándares de la obligación de consulta indígena son los siguientes:

- 1) Es una obligación de los ‘gobiernos’⁶ (quién debe consultar);
- 2) Se consultan medidas administrativas y legislativas (qué se consulta);
- 3) Susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas (en qué casos se consulta);
- 4) Cada vez que se ‘prevean’ dichas medidas (cuándo consultar);
- 5) Mediante procedimientos apropiados (cómo se consulta);
- 6) A través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas (a quién se consulta);
- 7) De buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias (cómo se consulta); y
- 8) Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (para qué se consulta).

⁶ Con ocasión de su visita a Chile en diciembre de 2010, la Directora de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, Cleopatra Doumbia-Henry, aclaró a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que cuando el artículo 6 ocupa la voz ‘gobiernos’ se está refiriendo al órgano ejecutivo.

Como se aprecia a simple vista, el artículo 6 del Convenio 169 consagra estos elementos-estándares en términos bastante generales y amplios. Esto último implica que es tarea de los gobiernos el regularlos con mayor detalle, y de los tribunales el interpretarlos correctamente.

Ahora bien, el órgano interpretativo del Convenio 169, la Comisión de Expertos, ha emitido observaciones y recomendaciones respecto a la obligación de consulta, las que van delineando una cierta doctrina respecto a los elementos ya mencionados.

Así, por ejemplo, en su Observación General 2011 sobre la obligación de consulta del Convenio 169, la Comisión de Expertos señaló⁷:

- “1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;
2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
4. deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

De todo lo anterior se desprende que, las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”.

Como se aprecia a simple vista, nada dice la Comisión de Expertos sobre el elemento ‘susceptibilidad de afectación directa’.

⁷ CEACR (2011).

4.2. El elemento-estándar de susceptibilidad de afectación directa en el artículo 6 del Convenio 169

Ya se ha visto que el artículo 6 del Convenio 169 delinea los elementos-estándares de la consulta indígena en términos muy genéricos –afirmación que es válida respecto del elemento de susceptibilidad de afectación directa–, y que la Comisión de Expertos no aporta criterios adicionales para orientar su implementación. Tampoco hay en las demás disposiciones del Convenio 169 criterios que permitan interpretar cuándo se entiende que concurre la susceptibilidad de afectación directa. Como ya se anticipó, entonces, es tarea de los gobiernos el regular este elemento con mayor detalle, y de los tribunales de justicia el interpretarlo correctamente existiendo o no dicha regulación.

Lo anterior es perfectamente coincidente con el espíritu del artículo 34 del Convenio 169 –llamado ‘norma de clausura’– que permite que cada país pueda implementar el Convenio 169 considerando la flexibilidad necesaria para contextualizar dicha implementación según sus propias condiciones:

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”.

En efecto, el artículo 6 y en particular el elemento ‘susceptibilidad de afectación directa’ no escapan a dicha regla de flexibilidad que constituye un principio general para la aplicación del Convenio 169, de modo que cada país debe determinar la forma de implementar la consulta indígena –y el elemento de ‘susceptibilidad de afectación directa’ como parte de ella– según sus particularidades propias.

5. REGULACIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA Y DEL ELEMENTO-ESTÁNDAR ‘SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA’ EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Para revisar la forma en que el SEIA regula la consulta indígena y la susceptibilidad de afectación directa, es conveniente primero hacer mención al artículo 4 de la Ley 19.300 que establece que

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

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

Como se puede apreciar, el inciso segundo contiene un mandato para los órganos del Estado en orden a propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de los pueblos indígenas, mandato que refleja un consenso social en cuanto a que dichos objetivos son una prioridad, lo que además es consistente y coherente con los mandatos de protección, fomento y desarrollo contenidos en la Ley N°19.253 de 1993 (‘Ley Indígena’).

En aplicación de dicho mandato, el actual Reglamento del SEIA –aprobado por Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente de fecha 30 de octubre de 2012 y vigente desde el 24 de diciembre de 2013– incorpora y regula expresamente la realización de la consulta indígena como un proceso de participación ad hoc, en que intervienen en forma exclusiva los pueblos indígenas afectados, siguiendo en lo medular los elementos delineados por el artículo 6 del Convenio 169. Evidencia de esto es su artículo 85:

“Artículo 85.- *Consulta a pueblos indígenas*. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan

la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta. En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente”.

Del artículo 85 recién citado quedan en evidencia los principales elementos de esta consulta indígena:

- (i) Procede en caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA⁸;
- (ii) Además de lo anterior, procede en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas;
- (iii) Si concurren (i) y (ii), el Servicio debe diseñar y desarrollar un proceso de consulta con las siguientes características:
 - a. De buena fe.
 - b. Que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo.
 - c. Participan los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva, es decir, es un proceso de participación ad hoc distinto y paralelo a la participación ciudadana no indígena.
 - d. Participan los pueblos indígenas afectados a través de sus instituciones representativas.

⁸ Como se verá más adelante, la consulta indígena podría ser procedente además si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento del SEIA.

- e. El objetivo es que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental.
 - f. La finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, pero se aclara que ‘el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta’.
- (iv) El Servicio debe además establecer los mecanismos para que los grupos afectados participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

Como se puede apreciar, el Reglamento del SEIA regula expresamente un procedimiento de consulta velando por que exista en dicho proceso una vigorosa participación indígena.

5.1. Impactos ambientales que exigen la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental y susceptibilidad de afectación directa

De acuerdo al ya citado artículo 85 del Reglamento del SEIA, requieren obligatoriamente consulta indígena aquellos proyectos o actividades que

- (a) generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del mismo reglamento (que corresponden a las letras c), d) y f) del artículo 11 de la LBMA); y
- (b) en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

Por su parte, los artículos 7, 8 y 10 establecen los criterios que permiten determinar en qué casos concurren los impactos significativos que cada uno regula, y agregan además criterios para determinar cuándo existe susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Así, por ejemplo, el inciso octavo del artículo 8 señala que “a objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan”.

Ahora bien, los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento del SEIA (que corresponden a la letras a), b) y e) del artículo 11 de la LBMA) establecen que en caso que el proyecto o actividad genere o presente (i) riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (artículo 5); (ii) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (artículo 6); y (iii) alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas (artículo 9); se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente reglamento, y (en el caso de los artículos 6 y 9) deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el artículo 7.

Aunque los mencionados artículos no lo dicen expresamente (y el artículo 85 del Reglamento del SEIA tampoco se refiere a ellos), no puede sino entenderse que en esos casos procede la consulta indígena regulada en el artículo 85.

En la práctica es el propio titular del proyecto quien evalúa la concurrencia de los elementos antes mencionados al momento de preparar su Estudio de Impacto Ambiental. Sin embargo, si el Estudio de Impacto Ambiental indica la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refieren los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA, y el proyecto o actividad se emplaza en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Ejecutivo o Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, según corresponda, en uso de las facultades que le conceden los artículos 86 y 36 del Reglamento del SEIA, debe realizar reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad. Estas reuniones se extenderán por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto y tendrán por objeto recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del Reglamento del SEIA, es decir, poner término anticipado al procedimiento por carecer de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones.

El artículo 27 del Reglamento del SEIA permite además al proponente de un proyecto someter a consideración del Servicio de Evaluación Ambiental una figura similar a la ‘consulta de pertinencia de ingreso’ que regula el artículo 26 que le antecede, y que denomina ‘análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas’⁹. Esta figura permite al proponente que requiere ingresar un Estudio de Impacto Ambiental pero que tiene dudas en relación a la afectación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, solicitar al Servicio de Evaluación Ambiental su análisis respecto a si en el área del influencia del proyecto existe presencia de aquellos, así como para identificar o excluir la generación de impactos significativos sobre los mismos.

5.2. Obligaciones y facultades de la autoridad en la tramitación de una Declaración de Impacto Ambiental

El inciso segundo del artículo 86 del Reglamento del SEIA, bajo el epígrafe ‘*Reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas*’, establece ciertas obligaciones para la autoridad ambiental en caso que un proyecto o actividad que se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se esté evaluando a través de una DIA:

“Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servi-

⁹ El Director Ejecutivo (PT) del Servicio de Evaluación Ambiental recientemente ha emitido el Ordinario N°140143/2014, de fecha 27 de enero de 2014, que “*Imparte instrucciones sobre el análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas a que se refiere el artículo 27 del RSEIA*” en comentario.

cio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos”.

Como ya se vio, el artículo 48 del Reglamento del SEIA faculta al Director Ejecutivo o Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, según corresponda, para poner término anticipado al procedimiento y exigir al titular la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, si había presentado solo una Declaración de Impacto Ambiental, con la consiguiente obligación de realizar un proceso de consulta en caso que exista susceptibilidad de afectación a pueblos indígenas según lo previsto en los artículos 5 a 10 del Reglamento del SEIA. Para el ejercicio de esta facultad se requiere entonces:

- (i) Un proyecto o actividad sometida a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental.
- (ii) El proyecto o actividad se emplaza en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.
- (iii) El Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental realiza reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad (por un período no superior a veinte días), con el objeto de recoger sus opiniones y analizarlas.
- (iv) (Si corresponde) El Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental determina la procedencia de la aplicación del artículo 48 del Reglamento del SEIA, es decir, que el proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental.
- (v) El Estudio de Impacto Ambiental que se presente debe incluir un proceso de consulta en caso que exista susceptibilidad de afectación a pueblos indígenas según lo previsto en los artículos 5 a 10 del Reglamento del SEIA.

5.3. El Nuevo Reglamento General de Consulta Indígena

El 4 de marzo de 2014 entró en vigencia el que se ha denominado ‘Reglamento General de Consulta’¹⁰, que en su artículo 8 establece que

¹⁰ Decreto Supremo N° 66 de fecha 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, ‘Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena

“la resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta”.

En consecuencia, el proceso de consulta de las resoluciones de calificación ambiental, cuando fuere procedente, (i) deberá realizarse de acuerdo al Reglamento del SEIA según lo ya explicado; (ii) dentro de los plazos que aquel establece, pero (iii) respetando la etapas del procedimiento establecido en el Reglamento General de Consulta.

El Reglamento General de Consulta contiene una definición de ‘susceptibilidad de afectación directa’, pero dicha definición es aplicable al análisis de procedencia que deben hacer los órganos de la administración del Estado responsables de dictar las medidas administrativas que requieren consulta de acuerdo a dicho reglamento (de las que se excluye expresamente a la resolución de calificación ambiental, por estar regulada su consulta en el Reglamento del SEIA). En el caso del reglamento del SEIA, el elemento-estándar ‘susceptibilidad de afectación directa’ está definido en los artículos 5 a 10 como ya se vio.

6. COMENTARIOS AL FALLO

Como ya se anticipó, con este fallo la Corte Suprema confirma una línea jurisprudencial ya evidenciada en otras cuatro sentencias (*Piscicultura Palguín, Línea de Transmisión Melipeuco-Freire; Planta Cátodos Pampa Camarones y Reposición Museo Arqueológico R. P. Gustavo Le Paige*) que en lo medular sostiene que en aquellos casos en que la decisión de la autoridad de permitir la evaluación de un proyecto a través de una DIA es correcta en el sentido que dicho proyecto no genera los impactos que exigen la presentación de un

en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica’.

EIA, la falta de dichos impactos a su vez implica que no existe la ‘afectación directa’ cuya concurrencia es necesaria para que sea procedente la realización de la consulta indígena en los términos establecidos por el artículo 6 del Convenio 169.

Esta tendencia jurisprudencial debe confrontarse con una pregunta fundamental: ¿se ajusta a los estándares del derecho de consulta establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT? Esta pregunta no puede esquivarse desde el momento que el artículo 6 establece que requieren consulta previa las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin distinción. Podría argumentarse, en un primer acercamiento, que donde no distingue el Convenio 169 no cabe tampoco a la reglamentación de la consulta hacerlo por la vía de establecer que solo requieren consulta previa las resoluciones de calificación ambiental recaídas en estudios de impacto ambiental. Como dicen Rogers y López de Maturana

“La consulta debe realizarse cada vez que se contemple una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, toda vez que los estándares del Convenio N°169 imponen la obligación de someter a consulta todas aquellas nuevas medidas administrativas que requiera un proyecto de inversión para ser ejecutado, no obstante haber sido consultada la medida administrativa que lo autorizó. Habiéndose incorporado el Convenio a nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto siendo ley de la República, se aplica el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere* debemos, vale decir, donde la ley no distingue, no debemos distinguir”¹¹.

Podría argumentarse, además, que una proporción significativa de los proyectos y actividades que se someten al SEIA, lo hacen a través de DIA, lo que las dejaría automáticamente sin consulta. Así lo da a entender Sanhueza analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema:

“A modo de premisa fundamental diremos que las RCA han sido declaradas ilegales, toda vez que su aprobación fue respecto a proyectos que, iniciados como DIA, debieron ser me-

¹¹ ROGERS Y LÓPEZ DE MATURANA (2013) p. 94.

diante SEIA. Lo anterior, lleva a sintetizar que reiteradas veces la Corte Suprema sostuvo que la manera en que se expresa la afectación que exige la consulta previa está contemplada en la legislación ambiental, específicamente en algunos de los efectos, características o circunstancias que genera el proyecto según el artículo 11 de la Ley N°19.300¹².

Adicionalmente, también podría sostenerse que agrava lo anterior el hecho que la consulta indígena esté consagrada solo para algunas hipótesis de impactos ambientales que requieren la elaboración de un EIA.

Sin embargo, los argumentos anteriores no se sostienen al considerar cuidadosamente tanto el propio artículo 6 del Convenio 169, como las disposiciones relativas a la consulta que contiene el Reglamento del SEIA y que se han analizado en este comentario. Desde luego, se debe clarificar que la obligación de consulta tiene una doble entrada: se requiere primero estar en presencia de una medida administrativa, y segundo que esta última sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Por tanto, la exclusión de una tipología de medida administrativa del ámbito de la consulta indígena (en este caso las resoluciones de calificación ambiental recaídas en DIA) no implica *per se* una vulneración del derecho de consulta. Más relevante es la definición sobre cuándo se entiende que existe ‘susceptibilidad de afectación directa’, elemento-estándar sobre el que el Convenio 169 y la Comisión de Expertos entregan escasas luces.

Desde este punto de vista, se puede afirmar que el engranaje de la consulta indígena del Reglamento del SEIA es consistente con los principios de la normativa sobre evaluación ambiental y –más importante– cumple con los estándares del Convenio 169 de la OIT, en tanto garantiza el derecho de consulta en todas aquellas hipótesis en que existe ‘susceptibilidad de afectación directa’. Así, ya se ha visto que la consulta indígena es obligatoria en todos aquellos casos en que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Ya se ha visto también que la consulta indígena procede

¹² SANHUEZA (2013) p. 245.

igualmente cuando el proyecto o actividad presenta alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento del SEIA, si es que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos en los términos de los artículos 7 y 8 del Reglamento del SEIA. En otras palabras, no hay ninguna hipótesis de impacto ambiental significativo que requiera la elaboración de un EIA que esté excluida *ex ante* de la consulta indígena.

Por otra parte, en caso que un proyecto o actividad se someta a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental y ese proyecto o actividad se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio de Evaluación Ambiental debe realizar reuniones con aquellos grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto y como consecuencia de ese proceso determinar, si corresponde, que el proyecto en cuestión requiere de un Estudio de Impacto Ambiental. En esta hipótesis, el Estudio de Impacto Ambiental que se presente deberá incluir un proceso de consulta si existe susceptibilidad de afectación a pueblos indígenas según lo previsto en los artículos 5 a 10 del Reglamento del SEIA. En consecuencia, toda evaluación ambiental iniciada mediante una DIA puede derivar en un Estudio de Impacto Ambiental, y por consiguiente en consulta indígena, si los antecedentes (y la opinión de los propios grupos indígenas) así lo ameritan.

Este último aspecto no debe ser subestimado, pues como se vio al analizar la evolución de la jurisprudencia en esta materia, existen al menos cuatro casos en que la Corte Suprema resolvió precisamente que proyectos que habían sido evaluados a través de una DIA debían serlo por medio de un EIA y que debían incluir un proceso de consulta conforme a los estándares del Convenio 169. La facultad que tiene el Servicio de Evaluación Ambiental de forzar a un proponente a reingresar un proyecto en la forma de un EIA precisamente permite que esta decisión se adopte en una etapa temprana de la evaluación ambiental y no que sea el punto final de un proceso de judicialización con todo lo que ello significa.

Dicho lo anterior, resta por revisar si la sentencia en comento aporta algún criterio de interpretación cuya idoneidad requiera de análisis. Ya decíamos al principio de este comentario que el fallo que se analiza afirmaba en su considerando 12° que

“en cuanto a la procedencia de la consulta que prevé el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo, resulta pertinente tener presente que el artículo 6, N°1, letra a) de ese instrumento, dispone que esta procede respecto de los pueblos interesados, tratándose de la adopción de medidas susceptibles de afectarles directamente y según ya se ha dicho, *los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida, ni tampoco se vislumbra de los antecedentes de autos cuál sería esa afectación y sus alcances*” (el destacado es del autor).

Este criterio de ‘razonabilidad’ es una enunciación casi textual de un argumento que ya había sido expuesto por la Corte Suprema en el fallo recaído en el caso ‘Línea de Transmisión Melipeuco-Freire’¹³, y que ha sido reiterado en un fallo reciente del máximo tribunal respecto al proyecto ‘Aumento de Producción Piscicultura Caburga II’¹⁴.

Sobre el particular, señala Sanhueza que

“Lo que se presenta discutible en esta argumentación es en qué medida la afectación directa se relaciona con un estándar de razonabilidad; es decir, ¿acaso la afectación directa necesita una razonabilidad que la soporte? Y si fuese así ¿de qué razonabilidad estamos hablando? Al margen que el derecho no protege meras expectativas, diremos que del Convenio 169 no se desprende un estándar de razonabilidad que justifique la afectación directa, pues, como se ha mencionado anteriormente, por esta se entiende una afectación que no es percibida por otros individuos de la sociedad”¹⁵.

Sin embargo, ya se ha visto que el Convenio 169 no explicita qué debemos entender por ‘susceptibilidad de afectación directa’, y que la Comisión de Expertos tampoco ha arrojado luces sobre el particular. Entender la afectación directa –si seguimos a Sanhueza– como ‘una afectación que no es percibida por otros individuos de la sociedad’ es una interpretación entre muchas posibles respecto

¹³ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 8 de junio de 2012, Recurso de Protección Rol N°1602-2012.

¹⁴ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 3 de abril de 2014, Recurso de Protección Rol N°6427-2014.

¹⁵ SANHUEZA (2013) p. 254.

a qué debemos entender por aquella. Más específicos y precisos son los criterios que establece el Reglamento del SEIA según se vio anteriormente, sobre cuya aplicación por el Servicio de Evaluación Ambiental deberán pronunciarse los tribunales de justicia caso a caso.

Como dice Carrasco comentando el fallo de la Corte Suprema en el caso de la Línea de Transmisión Melipeuco-Freire –observación que es enteramente aplicable a la sentencia a que se refiere este comentario–

“Más allá de las imperfecciones de la sentencia comentada, el fallo es estratégico y da una señal al clarificar algunos aspectos de la consulta, la que por definición está sujeta a una “textura abierta” en su interpretación y a una hermenéutica evolutiva. Es decir, la consulta será siempre interpretada en función de su texto y contexto. No obstante, el hecho que la CS haya por medio este fallo fijado un estándar para su procedencia (la afectación debe ser explicitada razonablemente) y un principio una vez que esta está siendo llevada a cabo (proporcionalidad), objetiviza, en parte, la discusión en el SEIA. Si a lo anterior se suma el hecho que el nuevo RSEIA fija, por primera vez, reglas más precisas respecto de la dimensión indígena en la evaluación, se logra tener reglas (RSEIA), estándares (explicitación razonable) y principios (proporcionalidad) que permiten, dentro de lo evolutivo de un asunto como este, encausar, sensatamente, aspectos complejos de la evaluación ambiental cuando hay comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas. Lo expresado, guarda, además, concordancia con la flexibilidad que el propio Convenio dispone en relación a la interpretación de sus normas, cuestión que se logra al fusionar las tres dimensiones interpretativas descritas”¹⁶.

En definitiva, se puede afirmar que esta jurisprudencia es clave en tanto permite entender por qué no infringe la consulta indígena del Convenio 169 el hecho que un proyecto sea evaluado a través de una DIA –careciendo por tanto de participación ciudadana y por ende de consulta indígena– en la medida que se entiende que su evaluación a través de una DIA se debe precisamente a que no

¹⁶ Carrasco (2013) p. 313.

genera aquel impacto que exigiría su ingreso al SEIA a través de un EIA, homologando la falta de ese impacto con la falta de afectación directa a los pueblos indígenas que exigiría una consulta indígena.

7. CONCLUSIONES

La homologación de los impactos ambientales que exigen un Estudio de Impacto Ambiental con la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 es un criterio válido para discernir la procedencia de la obligación de consulta indígena, lo que se confirma al revisar las facultades del Servicio de Evaluación Ambiental en relación a los proyectos ingresados por la vía de una Declaración de Impacto Ambiental.

De lo anterior fluye, en consecuencia, que es consistente el criterio expuesto por el legislador en cuanto a no exigir consulta indígena al instrumento Declaración de Impacto Ambiental, pues el conjunto de disposiciones aplicables a ambos instrumentos y a la consulta indígena en el caso de los estudios de impacto ambiental garantizan adecuadamente el derecho de consulta.

8. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO QUIROGA, Edesio (2013): “Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N°169 de la OIT”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 40 - N° 1, enero-abril 2013, pp. 301-316.

CEACR OIT (2011): “Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.169)”. *Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Organización Internacional del Trabajo.

DONOSO RODRÍGUEZ, Sebastián (2012): “La participación ciudadana del SEIA como consulta indígena: alcances a la jurisprudencia de la Corte Suprema y en particular a un reiterado voto de minoría”, en FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y otros (eds.): *Sentencias Destacadas 2011, una mirada desde la perspec-*

tiva de las políticas públicas. Anuario de Doctrina y Jurisprudencia (Ediciones LyD), pp. 173-204.

ROGERS BOZZOLLO, Sebastián y Andrés LÓPEZ DE MATURANA CASTILLO (2013): “Elementos para una adecuada implementación de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT”, *Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental de Fiscalía del Medio Ambiente*, Año V, N°5, diciembre 2013, pp. 83-111.

SANHUEZA CUBILLOS, Cristián (2013): “La Consulta previa en Chile: del dicho al hecho”, en *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la Discusión*, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, pp. 217-256.

