

LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA A LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL

POR: ÁLVARO DANIEL FUNES PALACIOS

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al grado académico de Magíster en Derecho Ambiental.

PROFESOR GUÍA:

SR. SEBASTIAN DONOSO RODRIGUEZ

Marzo 2023

SANTIAGO



Universidad del Desarrollo
Universidad de Excelencia

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.



Universidad del Desarrollo
Universidad de Excelencia

Para Claudia, por tu motivación y apoyo fundamental.

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	MARCO NORMATIVO APLICABLE.....	3
	1. El Convenio N° 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.....	3
	2. Ley N° 19.253 o también denominada Ley Indígena.	5
	3. Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.....	9
	4. Decreto N° 66/2013 aprueba el Reglamento General de Consulta.....	13
	5. Decreto Supremo N° 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.	11
	6. Instructivo N° 161116 del Servicio de Evaluación Ambiental sobre Implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.	13
III.	LA CONSULTA INDÍGENA EN EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	15
	1. Estándares de la consulta indígena.	16
	2. Etapas de la consulta indígena.	22
	3. Intervinientes en el proceso de consulta indígena.	24

IV.	LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA Y SU TRATAMIENTO REGLAMENTARIO, COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE LA CONSULTA INDÍGENA EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	26
	1. Riesgo a la salud de la población.....	28
	2. Efecto adverso significativo sobre recursos naturales renovables.	29
	3. Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.	29
	4. Localización y valor ambiental del territorio.....	34
	5. Alteración del patrimonio cultural.	39
V.	CONCLUSIONES.....	43

LISTA DE AVREBIATURAS

ADI	Área de Desarrollo Indígena
CPR	Constitución Política de la República
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
SAD	Susceptibilidad de Afectación Directa
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
LGBMA	Ley General de Bases del Medio Ambiente
GHPPI	Grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PCI	Proceso de Consulta Indígena
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
RSEIA	Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar cómo nuestra jurisprudencia ha entendido el concepto álgido de la susceptibilidad de afectación directa en los pueblos indígenas como causal de procedencia de la consulta indígena previa en la evaluación ambiental de proyectos, bajo los parámetros legales y reglamentarios.

Bajo este contexto el primer capítulo intenta identificar el conjunto de normas jurídicas aplicables todo a partir del Convenio N° 169 de la OIT y de la legislación especial aplicable.

El segundo capítulo tiene por propósito el análisis específico de las hipótesis de susceptibilidad de afectación directa tanto en su regulación legal como reglamentaria y su desarrollo en nuestra jurisprudencia. En este apartado se intentará destacar los principales criterios de decisión de nuestros órganos jurisdiccionales, formulados tanto en el conocimiento y resolución de acción de protección como también en el marco de los contenciosos administrativos en materia ambiental, todo lo anterior con la finalidad de establecer la amplitud o restricción en los niveles de protección del componente indígena en el sistema de evaluación de impacto ambiental.

Finalmente, el trabajo termina con un acápite de conclusiones enfocado principalmente en determinar el nivel de la tutela judicial en la protección de los pueblos indígenas y su correlación con los estándares fijados por el Convenio N°



169 de la OIT, como también el impacto de la regulación reglamentaria en los razonamientos jurisdiccionales.

I. INTRODUCCIÓN

La consideración de los grupos pertenecientes a pueblos indígenas como objeto especial de protección en nuestro Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental está determinada por la posibilidad de que dichas organizaciones indígenas puedan intervenir e influir en el diseño de un determinado proyecto que eventualmente pueda afectar en sus sistemas de vida y costumbres, a través de un proceso especial e incidental consultivo, pero, en todo caso, no vinculante para la autoridad.

El referido mecanismo de consulta indígena ha instado tanto a la autoridad administrativa como a nuestros tribunales de justicia a interpretar, integrar y aplicar las normas jurídicas pertinentes en una ponderación que intenta ser ajustada a las realidades especiales de las comunidades indígenas afectadas por los impactos de un proyecto, cuestión de suyo compleja atendida la diversidad de los grupos originarios existentes a lo largo nuestro país y a la muchas veces insuficiencia de la información disponible para un examen certero. Como es de suponer, tempranamente la consulta indígena ha sido objeto de conflictos judiciales, políticos y sociales, hasta ahora, como bien lo ha subrayado Amado Rivadeneyra, donde se cruzan los intereses económicos con la supervivencia de los pueblos indígenas¹, sin olvidar aspectos de reivindicación histórica pendientes que el Estado de Chile no ha sabido resolver. La referida

¹ AMADO RIVANEDEYRA, ALEX (2010) p. 1

situación de conflicto ha exigido, como ya se adelantó, el ejercicio interpretativo permanente de la normativa sobre aspectos tan relevantes como la naturaleza y magnitud de aquella afectación necesaria para gatillar un proceso de consulta indígena previo y, luego, de qué forma dicho proceso deberá desarrollarse para lograr anticipar las medidas que tiendan a evitar el detrimento o menoscabo de las comunidades indígenas afectadas.

Más allá del componente antropológico que finalmente se constituye como el núcleo del análisis, lo cierto es que el referido ejercicio requiere de un estudio armónico y comprensivo de la normativa jurídica asociada al componente indígena que permita configurar o descartar adecuadamente la hipótesis de afectación directa en el contexto de un proceso de evaluación ambiental.

II. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

Como se ha adelantado, en la evaluación ambiental de actividades o proyectos la integración normativa se constituye como un ejercicio cognitivo trascendental, donde confluyen elementos normados y también espacios reservados a la discrecionalidad de la autoridad evaluadora, particularmente al momento de identificar impactos o efectos en el medio humano indígena y determinar su magnitud y duración. En dicho ejercicio, resulta forzoso identificar como punto de inicio el régimen jurídico aplicable para la componente indígena en el contexto de la evaluación ambiental de un proyecto o actividad, tal como se expondrá a continuación.

1. El Convenio N° 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante el Convenio o Convenio N° 169)², formula un verdadero cambio de paradigma en la manera de comprender la realidad de los pueblos originarios, su cosmovisión y su relación con los recursos naturales. En efecto, queda atrás la asimilación como forma de entender las necesidades de los pueblos indígenas y se avanza hacia la autodeterminación como aquel legítimo derecho de

² Tratado internacional ratificado por Chile y que entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009, de acuerdo a lo previsto en el Decreto Supremo N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el referido Convenio N° 169

enfrentar su propia realidad con aspiraciones a través de instituciones representativas y enfoques autónomos³. Cabe recordar que jurídicamente la asimilación se encontraba recogida en el Convenio N° 107 de 1957 de la OIT que consagraba la integración de los pueblos indígenas al Estado. Así lo explica Virginia Avery al señalar que “el Convenio N° 169 abandona la orientación hacia la asimilación del Convenio Nro. 107 y enfatiza la participación de los pueblos indígenas en asuntos que inciden en su situación y en el respeto por su cultura”⁴.

Asimismo, el Convenio consagra derechos colectivos y establece la consulta y la participación como su piedra angular⁵, como parte del derecho de decidir las propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural. Sobre este aspecto bien apunta nuestra doctrina al señalar que “en muchos casos, existe incompatibilidad entre los proyectos e inversiones externas a los pueblos indígenas y sus propias prioridades de desarrollo”⁶. En este sentido se requiere de un marco regulatorio que establezca un equilibrio entre el legítimo interés de promover la inversión y ejecución de proyectos y el resguardo del componente humano en general y el indígena en particular.

³ MAQUILON (2012) p. 126

⁴ LEARY (1999) p. 23

⁵ Al respecto el documento expresa que “el Convenio exige que los pueblos indígenas puedan participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. El establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones”. (Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, p. 59

⁶ AYLWIN *et al.* (2013) p. 394

En este contexto, el artículo 6 N° 1 literal a) del Convenio previene que: “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”. Cabe aclarar que el citado artículo 6 no es la única disposición jurídica dentro del Convenio que se refiere a la consulta indígena y participación de los pueblos indígenas, pero conjuntamente con el artículo 7 del Convenio N° 169 constituyen las normas sobre las cuales reposan la aplicación de las demás disposiciones.

2. Ley N° 19.253 o también denominada Ley Indígena.

La Ley N° 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, del Ministerio de Planificación y Cooperación, fue publicada con fecha 5 de octubre de 1993⁷.

Los principales objetivos que tuvo en consideración el Ejecutivo al momento de remitir el respectivo proyecto de ley para su tramitación fueron los de solucionar el problema de la indefensión legal de los pueblos indígenas, abolir cualquier tipo

⁷ La Ley N° 19.253 tuvo su origen en el compromiso que asumieron los representantes de la Concertación de Partidos por la Democracia con movimientos indígenas en el año 1989 denominado como el Acuerdo de Nueva Imperial y el posterior envío del Gobierno del Presidente Aylwin en el año 1991 del proyecto de ley sobre pueblos indígenas.

de discriminación en su contra y propender al desarrollo y protección de sus sistemas de vida.

Para los efectos del presente trabajo se destacan aquellas normas referidas a la definición y el reconocimiento de los indígenas como sujetos colectivos e individuales de derechos, el estatuto sobre las tierras indígenas y su protección y aquellas que dicen relación con la participación de los indígenas en la sociedad.

En relación al estatuto de tierras indígenas la Ley N° 19.253 en su artículo 13 precisa que son tierras indígenas, en general:

(i) Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de determinados títulos de comisario, de merced y de cesiones gratuitas de dominio, entre otros títulos históricos.

(ii) Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades indígenas, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas.

(iii) Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.

(iv) Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado.

En esta materia, conveniente resulta referirse a la regulación que el Convenio N° 169 establece como ámbito de protección legal en relación al territorio. En este sentido, el artículo 13 N° 2 del Convenio expresa que “la utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. En este mismo sentido el artículo 14 del Convenio N° 169 señala que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

La citada norma jurídica no hace más que reiterar y dejar de manifiesto la importancia especial del territorio para los pueblos indígenas, especialmente para aquellos que utilizan ciertas áreas de forma esporádica o en ciertas épocas del año para los fines indicados.

Finalmente, el Convenio N° 169 dispone de medidas especiales de protección previstas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19.

Como es posible advertir la noción de territorio indígena que propone el Convenio es más amplia que la consagrada en la Ley N° 19.253, lo que genera aparentemente una tensión regulatoria entre aquella concepción amplia y la restringida de las tierras indígenas al momento de establecer una susceptibilidad de afectación directa, particularmente en aquella referida al elemento de localización y área de influencia del proyecto, como se verá más adelante.

Por último, y en el mismo contexto espacial, es preciso referirse a las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), reguladas en los artículos 26 y 27 de la Ley Indígena, y que se definen como aquellos “espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”. La naturaleza jurídica de estas extensiones territoriales reviste gran importancia para los efectos de determinar la susceptibilidad de afectación directa, como se verá más adelante.

Dichas áreas de desarrollo deben cumplir con los siguientes criterios:

- a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- b) Alta densidad de población indígena;
- c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;
- d) Homogeneidad ecológica, y

e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

3. Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

La Ley N° 19.300 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que aprueba la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) publicada con fecha 9 de marzo de 1994, constituye la base de la institucionalidad actual, la que ha venido a ser complementada con la Ley N° 20.417 y el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al cual nos referiremos más adelante. En efecto, la LBGMA establece los principios, definiciones, procedimientos e instrumentos de gestión ambiental y la responsabilidad por daño ambiental, entre otros aspectos relevantes. Asimismo, da origen a una nueva institucionalidad con la creación del Ministerio del Medio Ambiente, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Desde ya es necesario destacar el artículo 4° de la Ley N° 19.300 que mandata a los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias ambientales, a 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.

Otro aspecto importante para los efectos del presente trabajo dice relación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como instrumento de gestión y su importancia en la protección de los pueblos indígenas, como poblaciones potencialmente alcanzadas por los impactos que puede generar un determinado proyecto o actividad.

En este sentido, el procedimiento de evaluación ambiental incorpora en su estructura el derecho de participación eficaz de los pueblos originarios verificándose ciertos supuestos de ingreso, con la posibilidad de interferir en las decisiones de la autoridad evaluadora, a través del proceso de consulta indígena (PCI).

Sin embargo, no es la única herramienta de intervención de los pueblos originarios en dicho procedimiento administrativo. En efecto, el artículo 27 del RSEIA establece una instancia de reuniones entre el SEA y aquellos grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará un proyecto o actividad, con el objeto de que el Servicio de Evaluación Ambiental pueda recoger sus opiniones y considerarlas en el pronunciamiento que el proponente le efectúe al efecto, antes de presentar su proyecto a evaluación.

Por su parte, el artículo 86 del RSEIA también dispone de un espacio de reuniones entre el Servicio de Evaluación Ambiental con GHPPI, en los casos en que el proyecto o actividad ya sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental indique la no generación o presencia de efectos y se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. El Servicio deberá recoger las opiniones, analizarlas y, eventualmente, determinar la procedencia del término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental, por falta de información esencial.

Finalmente, y en lo que dice relación con el objeto del presente trabajo, desde ya es necesario destacar que la LBGMA traduce la susceptibilidad de afectación directa a la que hace referencia el Convenio N° 169, con ciertos impactos significativos previstos en el artículo 11, acotando la aplicación de la consulta indígena a aquellos proyectos evaluados a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

4. Decreto Supremo N° 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, fue publicado con fecha 12 de agosto de 2013.

En materia de consulta indígena el artículo 85 del referido DS N° 40 establece que “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”.

El inciso segundo del referido artículo 85 expresa que “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”.

Más adelante nos referiremos a las hipótesis o causas de procedencia de la consulta indígena en la evaluación ambiental de un proyecto, por ahora, señalaremos que tal como lo precisa el citado artículo 85 del RSEIA, esta solo puede desarrollarse en los siguientes casos:

- 1) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.
- 2) Localización y valor ambiental del territorio.
- 3) Alteración del patrimonio cultural.

5. Decreto Supremo N° 66/2013 aprueba el Reglamento General de Consulta.

El Decreto N° 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena 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 (DS N° 66/2013/2013), fue publicado con fecha 4 de marzo de 2014.

Su antecedente más próximo lo constituye la Observación General formulada en el año 2011 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones al indicar que, respecto a la consulta, tenían que establecerse los mecanismos apropiados y adaptados a las circunstancias de cada país. En este contexto, el objetivo del DS N° 66/2013/2013 fue establecer un procedimiento administrativo especial de aplicación general, para la implementación del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT. En virtud de dicha normativa se produce la derogación del Decreto Supremo N°124, del Ministerio de Planificación, del año 2009, y se establece un

procedimiento con las etapas mínimas que debe contemplar todo proceso de consulta, plazos e identificación de los intervinientes.

Resulta necesario resaltar que el artículo 8° del DS N° 66/2013 expresa que “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”.

A su turno, el mencionado artículo 16 del DS N° 66/2013 señala que todo procedimiento apropiado de consulta debe contener las siguientes etapas: a) Etapa de planificación; b) Etapa de entrega de información y difusión; c) Etapa de deliberación interna de los pueblos indígenas; d) Etapa de diálogo y e) Etapa de sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.

6. Instructivo N° 161116 del Servicio de Evaluación Ambiental sobre Implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El Instructivo N° 161116, de fecha 24 de agosto de 2016, fue elaborado y dictado por el Servicio de Evaluación Ambiental, en uso de las facultades establecidas en el artículo 81 letra d) de la Ley N° 19.300, para la implementación de la consulta a los pueblos indígenas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

En su regulación destacan las normas referidas a las etapas de la consulta, los principios que la orientan y el tratamiento de la susceptibilidad de afectación directa (SAD) como requisito de procedencia.

III. LA CONSULTA INDÍGENA EN EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

En el contexto del procedimiento de evaluación ambiental la jurisprudencia ha señalado que el proceso de consulta indígena (PCI) es aquel mecanismo de participación de los pueblos afectados por un proyecto que les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la

forma específica en que el proyecto les perturba...”⁸ A la vez, la consulta indígena se constituye como un derecho-deber del Estado respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a pueblos indígenas.

Independientemente de la naturaleza jurídica de la consulta indígena, lo cierto es que actualmente no existen dudas acerca de su importancia en la evaluación ambiental de los proyectos, cuando esta procede. Por esta razón se deben analizar los distintos aspectos, tanto de procedimiento como sustanciales.

1. Estándares de la consulta indígena⁹.

Comúnmente se ha indicado que la consulta indígena se satisface en nuestro sistema con el mero cumplimiento de los estándares establecidos por la regulación, dejando de lado la atención de sus aspectos sustantivos¹⁰. En efecto, en no pocas oportunidades la validación de un PCI se ha sostenido en el cumplimiento de sus etapas y en los esfuerzos que el Estado ha desplegado con el intento de alcanzar acuerdos con los pueblos originarios.

A lo anterior debe agregarse la dificultad que enfrenta la revisión judicial de los aspectos de fondo de un PCI por no existir una acción de reclamación específica

⁸ Corte Suprema, rol N° 28195-2018, considerando Séptimo.

⁹ Los estándares fueron fijados por la Comisión de Expertos OIT en su Observación General del año 2011.

¹⁰ En este sentido Cristóbal Carmona (2020) ha sostenido la tesis del “desplazamiento” que la consulta ha provocado respecto del debate sobre los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, por discusiones de índole procedimental. El autor explica su hipótesis precisando que la consulta finalmente se convierte en una “obligación de medio” donde esta se satisface por el hecho de proceder con la consulta de buena fe a través de procedimientos apropiados con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, sin que la falta de estos haga incurrir vicios de ilegalidad al proceso de consulta.

en la Ley N° 20.600 que permita a los tribunales ambientales abocarse al conocimiento de este tipo de controversias. Para salvar este vacío nuestro máximo tribunal ha aplicado el principio de la analogía para equiparar, por identidad de objeto, a la participación ciudadana con la consulta indígena, para acceder al control judicial de la segunda¹¹.

Por las razones expuestas resulta necesario revisar dichos estándares sin que esto signifique soslayar la discusión de fondo relacionada con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

- a) La consulta indígena debe desarrollarse de buena fe, de manera formal y plena. Con el objetivo de dotar de transparencia y formalidad a los procesos de consulta indígena el Instructivo N° 161116 establece que la buena fe obliga a establecer un diálogo sincero entre los involucrados, en un ambiente de confianza y respeto mutuo, sin presiones, velando para que los GHPPI actúen en un plano de igualdad.

A su turno, el artículo 9° del Reglamento de Consulta destaca la buena fe como principio rector de la consulta y a su vez establece deberes especiales para el Estado al que se le hace exigible un actuar diligente, disponiendo de los medios necesarios para generar las condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad.

¹¹ Corte Suprema, rol 28195-2018, considerando décimo tercero, y Corte Suprema, rol 8573-2019, considerando quincuagésimo tercero.

En general, para los intervinientes la buena fe implica no realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados. Un ejemplo de conducta contraria al principio de la buena fe lo constituye aquellos intentos de desintegración de la cohesión de las comunidades afectadas¹².

b) Debe ser previa a la dictación de la respectiva Resolución de Calificación Ambiental. En esta materia el ya referido Instructivo N° 161116 recomienda que el proceso de consulta indígena se inicie desde las etapas más tempranas posibles y, en todo caso, antes de la dictación de la medida administrativa respectiva. Al respecto el Decreto Supremo N° 66/2013/2013 nos entrega directrices más claras en su artículo 11 al señalar que se entenderá que la consulta indígena reúne el carácter de previa cuando “se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente”.

En materia de evaluación ambiental de proyectos surge la real preocupación acerca de que tan efectiva puede resultar la consulta indígena una vez presentado el EIA para su tramitación, ya que se reconoce que el proyecto ya viene con un diseño de detalle definido, con

¹² Corte Suprema, rol N° 28195-2018, considerando décimo noveno.

pocas posibilidades de modificación, razón por la cual se ha indicado por la doctrina que la consulta debe efectuarse durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, antes de su diseño y ejecución, para tener la real posibilidad de instar por las adecuaciones que resulten pertinentes¹³. Sobre esta última opinión se advierte la dificultad práctica en que siendo al proceso de consulta indígena una obligación del SEA, cuya función específica se activa con el ingreso de un EIA para su evaluación, como también en atención al carácter incidental de la consulta, no será posible abrir dicho proceso en una etapa anterior al diseño del proyecto. Suponer lo contrario llevaría a la inevitable conclusión de que el SEIA no es el instrumento idóneo para el desarrollo de la consulta indígena previa.

c) A través de procedimientos adecuados y de forma adecuada a las circunstancias. Al efecto el artículo 85 del RSEIA refiere que dichos mecanismos deben ser los apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo. Al respecto es necesario señalar que en materia de Consulta Indígena y reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio de Evaluación Ambiental debe someterse a su Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía del año 2017, la que contiene ciertos criterios y lineamientos metodológicos para el desarrollo

¹³ SILVA, Carolina y PAROT, Gonzalo (2016). p. 113

de dichas actividades presenciales. En este mismo sentido, el SEA deberá considerar y respetar los usos y costumbres de los GHPPI en materia de diálogo, negociación y conciliación (capítulo 1.3, literal d), p. 9 del Instructivo N° 161116). Se debe señalar además que el Decreto N° 66/2013/2013 en su artículo 10 añade que el procedimiento de consulta debe aplicarse con flexibilidad.

d) A través de instituciones representativas de los pueblos indígenas. De acuerdo al Instructivo N° 161116 del SEA, la Consulta se realizará a los GHPPI que correspondan a través de sus instituciones representativas, las que serán libremente determinadas por ellos. Según el mismo Instructivo, en la etapa de reuniones preliminares los profesionales a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental deberán formarse una idea acerca de cuáles son las instituciones representativas y sus interlocutores válidos de los GHPPI y cuál es la mejor forma de comunicarse con ellos. Asimismo, en la etapa de planificación del proceso de consulta, el SEA en conjunto con el GHPPI deberá determinar quién o quiénes son las instituciones representativas, los que deberán ser validados por los mismos GHPPI consultados.

Al respecto cabe señalar que la representatividad de los pueblos indígenas no es un asunto pacífico de determinar tal como se evidenció en el proceso judicial D-5-2019 tramitado ante el Primer Tribunal Ambiental, donde si bien la discusión no surgió a propósito de un proceso

de consulta indígena sino en una demanda de reparación por daño ambiental, se pudo constatar las dificultades que se producen dentro de una misma comunidad indígena y la objeción por falta de representación de sus dirigentes al menos para un sector de la comunidad¹⁴. Este mismo fenómeno ya fue advertido por la doctrina identificándolo como una amenaza o dificultad para el correcto y legítimo desarrollo de la consulta¹⁵.

e) Con la finalidad de llegar a un acuerdo o alcanzar el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido el artículo 6 N° 2 del Convenio N° 169 señala: “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”. La misma regulación se replica en el artículo 85 inciso segundo del RSEIA, que expresa lo siguiente: “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”.

En este sentido la misma Corte Suprema ha señalado que “la consagración del derecho de consulta indígena no implica otorgar a las

¹⁴ De una manera tangencial dicho conflicto quedó registrado en el punto 2. de fojas 573 del referido expediente judicial electrónico rol D-5-2019, donde en una actividad en terreno se hacen presente un grupo de comuneros indígenas que constituían oposición a los dirigentes de la Comunidad Indígena Colla del Río Jorquera y sus Afluentes.

¹⁵ NUÑEZ (2014) p.335 y 336

comunidades un derecho a veto, pues aquello igualmente atentaría contra los principios que orientan el procedimiento”¹⁶

Indudablemente la referida condición de no vinculante de la consulta indígena debilita su objetivo transformándola muchas veces en una herramienta de negociación dejando en un segundo plano el análisis de las eventuales modificaciones del proyecto o el establecimiento de las medidas de mitigación, reparación o compensación.

2. Etapas de la consulta indígena.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido un procedimiento administrativo especial que busca predecir y proyectar los impactos que determinadas actividades o proyectos provocarán en el medio ambiente¹⁷. En este sentido, el artículo 2° letra j) de la Ley N° 19.300 define a la Evaluación de Impacto Ambiental como aquel “procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”.

De lo expuesto podemos señalar que el denominado Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental configura un procedimiento reglado, con una estructura definida y donde confluyen los intereses tanto del titular o proponente del

¹⁶ Corte Suprema, rol 28195-2018, considerando vigésimo.

¹⁷ ESPINOZA (2022) p.29

Proyecto, como de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, y la participación de la ciudadanía en los casos que la ley lo permite.

Por lo tanto, es un procedimiento administrativo especial, predictivo, eminentemente técnico, con un alto y decisivo componente político que finalmente califica ambientalmente el proyecto.

Es dentro de este procedimiento especial donde se debe verificar la consulta a los pueblos indígenas, la que según el Instructivo debe contener las siguientes etapas:

- a) Reuniones preliminares: son encuentros que se desarrollan en etapas tempranas con el objeto conocer a los GHPPI que serán parte de la consulta y generar las relaciones de confianza y cooperación necesarias para el trabajo futuro.
- b) Planificación: en esta etapa se definen los aspectos metodológicos y operativos del proceso, por ejemplo, tiempos y lugares de reunión, contenidos a abordar durante la consulta y el alcance de la participación del titular en las actividades presenciales de la consulta.
- c) Deliberación interna de los GHPPI y diálogos: se procede con el análisis específico de los impactos y las medidas que afectarán a los GHPPI. El objetivo es lograr acuerdos sobre la pertinencia de las medidas de mitigación, reparación o compensación del proyecto y otras acciones ambientales del proyecto para resguardarlos de potenciales afectaciones.

d) Sistematización, comunicación de resultados y término de la consulta: corresponde a la descripción detallada del proceso en el Informe Final de Consulta, previo al Informe Consolidado de Evaluación. Una vez publicado el Informe Final el SEA debe dictar la Resolución de Término de la consulta la que debe ser notificada al GHPPI y publicada en el Diario Oficial y en diarios de circulación nacional o regional, según corresponda. Esta etapa concluye con una reunión con los GHPPI consultados para informar sobre los alcances de la RCA y el seguimiento de los acuerdos alcanzados. Cabe señalar que es una actividad complementaria a la notificación de la RCA.

3. Intervinientes en el proceso de consulta indígena.

Sobre el particular se debe precisar que la obligación de someter a consulta indígena un determinado proyecto o actividad en evaluación ambiental le corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental, en su calidad de administrador y coordinador del SEIA, cuando la Resolución de Calificación Ambiental respectiva pueda afectar a pueblos indígenas.

En esta materia el Instructivo enfatiza que la consulta debe realizarse respecto de pueblos indígenas y no respecto de personas individualmente consideradas. Lo anterior es concordante con lo previsto en el artículo 85 del RSEIA al utilizar la expresión “uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”.

Finalmente, cabe referirse al proponente del proyecto quien tiene -en el papel- una participación más bien incidental en el diseño e implementación del proceso

de consulta indígena¹⁸, pero a nuestro juicio del todo relevante al momento de lograr acuerdos con los GHPPI o incorporar compromisos ambientales voluntarios.

De forma acertada Silva y Parot se refieren a la privatización de facto de la responsabilidad del Estado determinada muchas veces por la complejidad de los proyectos y el control de la información en poder de su titular, lo que transforma al Estado en un mero interlocutor o facilitador entre los pueblos indígenas y el privado¹⁹.

En esta misma línea la Corte Suprema ha resaltado la responsabilidad del proponente del proyecto como consecuencia de su interés por una adecuada y completa evaluación ambiental del mismo. Con este objetivo, según el máximo tribunal, el titular tiene la obligación poner a disposición todos los recursos técnicos y económicos necesarios y suficientes para el desarrollo de todas las fases que comprende la evaluación, lo que incluiría el financiamiento necesario para asegurar la participación de un GHPPI²⁰.

¹⁸ El Instructivo N° 161116 en su página 25 se refiere al proponente como interesado, tanto en el procedimiento de evaluación ambiental como en el procedimiento incidental de consulta indígena, a la luz del artículo 21 de la Ley N° 19.880

¹⁹ SILVA y PAROT (2016) p. 112

²⁰ Corte Suprema, rol 8573-2019, sentencia de reemplazo, considerando séptimo.

IV. LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA Y SU TRATAMIENTO REGLAMENTARIO, COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE LA CONSULTA INDÍGENA EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

El Convenio N° 169 exige la concurrencia de una susceptibilidad de afectación directa para hacer aplicable la consulta indígena previa, sin precisar ni definir su sentido o alcance.

Ante dicho vacío normativo cobra aplicación el artículo 8° del Decreto N° 66/2013, que expresa: “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”.

A su turno, el artículo 85 del RSEIA establece que en aquellos supuestos en que un “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, ...”.

El citado artículo 85 debe ser complementado con lo expuesto en los incisos finales de los artículos 5, 6 y 9 del mismo RSEIA, en virtud de los cuales se incluyen otras hipótesis de afectación a GHPPI.

Como se puede advertir, la procedencia de la consulta indígena en la evaluación ambiental de un proyecto o actividad está determinada por la concurrencia de impactos significativos conforme lo expone el artículo 85 del RSEIA.

Ahora bien, el SEA distingue en cuanto a la calidad de la afectación exigible, dependiendo del efecto o característica en particular²¹. En consecuencia, mientras para los supuestos contenidos en los literales a) y d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, exige la mera posibilidad de ocurrencia de afectación a los pueblos indígenas, para el resto de los casos exige de un impacto directo o efectiva, tal como se explicará más adelante.

Por lo tanto, procederemos a analizar la aplicación reglamentaria en nuestra jurisprudencia de las causales de procedencia de la consulta indígena previa en el marco de la evaluación de impactos ambientales de un proyecto o actividad.

²¹ Instructivo N° 161116, p. 14

1. Riesgo a la salud de la población.

En relación al componente indígena solo cabe aclarar que la concurrencia de la susceptibilidad de afectación directa en este caso opera cuando se prevea la posibilidad o el riesgo de exposición a contaminantes por parte de receptores indígenas, a la luz del literal a) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y artículo 5° del RSEIA.

Sobre el particular debemos señalar que pese a la flexibilidad de esta causal de afectación en cuanto a su nivel de certeza de ocurrencia, su real implementación presenta dos tipos de dificultades. La primera derivada del nivel de entendimiento que requiere el tratamiento de la información que respalda la existencia o no de la exposición a contaminantes. Bastará con pensar, por ejemplo, en la complejidad que implica el entendimiento de los modelos de dispersión de emisiones de material particulado sedimentable y la escasa posibilidad de refutar los datos de base que sirvieron para su modelación, para concluir en las dificultades de configuración incluso en la fase de riesgo de la causal en comento.

La segunda dificultad se presenta con la -a nuestro juicio- errónea ponderación judicial acerca de los antecedentes necesarios para configurar la causal de riesgo para la salud de la población, tal como ocurrió en el caso de la alteración o contaminación de las aguas en el caso del proyecto sondajes de prospección Paguanta, donde la Corte Suprema requirió de antecedentes que dieran cuenta

de una “efectiva contaminación” de las aguas ancestrales o de alteraciones de la calidad del aire²².

2. Efecto adverso significativo sobre recursos naturales renovables.

Al respecto es preciso indicar que – según el Instructivo N° 161116 del SEA – la afectación se debe producir en el propio recurso natural, sin que sea necesario atender a su utilización por parte de los GHPPI. Sin perjuicio de lo anterior, el referido efecto adverso debe ser especialmente analizado considerando la posible afectación a sus sistemas de vida por la intervención, uso o restricción de acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico o para cualquier otro uso tradicional, tales como medicinal, espiritual o cultural.

3. Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

El Servicio de Evaluación Ambiental en su Guía sobre Reasentamiento de Comunidades Humanas del año 2014 utiliza aquella acepción de reasentamiento referida al proceso de desplazamiento y reubicación de grupos humanos emplazados en el área de influencia de proyectos de inversión. Para el Servicio de Evaluación Ambiental se requiere entonces del desplazamiento o mudanza de quienes habitan en un lugar para permitir la ejecución de un proyecto y la reubicación o reintegración de las personas desplazadas con el objeto de

²² Corte Suprema, rol 817-2016, considerando décimo quinto.

restablecer sus patrones de organización social²³.

Cabe señalar que en el caso que la ejecución de un proyecto o actividad requiera del reasentamiento de un pueblo indígena, será necesario que su traslado y reubicación se efectúe con el consentimiento libre y pleno de los GHPPI afectados, de conformidad a lo establecido en el artículo 16 N° 2 del Convenio N° 169 y artículo 7° inciso cuarto del RSEIA.

Al respecto se puede señalar que no existen antecedentes en nuestra jurisprudencia nacional sobre proyectos sometidos a evaluación ambiental que hayan considerado el reasentamiento de pueblos indígenas.

Acerca de la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de pueblos indígenas, el artículo 7° inciso quinto del Reglamento del SEIA expresa que, para evaluar la alteración significativa a sus sistemas de vida y costumbres, se debe considerar la afectación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos, en consideración a la duración o magnitud de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) La intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural.

²³ Cabe mencionar que la Guía tiene una función meramente referencial ya que expresamente señala que no es aplicable para el reasentamiento de grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, lo cual formará parte de una guía específica que a la fecha no ha sido dictada.

Según la Guía sobre Área de Influencia de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en el SEIA del año 2020, del Servicio de Evaluación Ambiental, esta alteración consiste en la pérdida o restricción al acceso de recursos específicos en los cuales se sustente las prácticas asociadas a la cultura local o aquellas que proporcionen sustento económico.

En esta materia resulta pertinente citar la sentencia dictada por el Primer Tribunal Ambiental en causa sobre reclamación judicial rol R-38-2020, la que desarrolla un caso de susceptibilidad de afectación de un proyecto de prospección minera respecto de una comunidad indígena ubicada dentro del área de influencia del proyecto. En este contexto el órgano jurisdiccional constata la existencia de susceptibilidad de afectación tomando en consideración distintos aspectos tanto del proyecto como de las características de la comunidad afectada. En efecto, asevera que en la especie se produce una interacción entre distintas obras y actividades del proyecto con tierras y actividades de la comunidad indígena, por ejemplo, el uso de caminos vehiculares comunes y la sobreposición del área de plataformas de perforación con caminos de trashumancia y sitios de significancia cultural, lo que afectaría los sentimientos de arraigo y espirituales del pueblo indígena²⁴.

La magnitud y duración de la afectación fue determinada por la cantidad de años destinados a la ocupación y uso de las tierras y territorio indígena y la intensidad

²⁴ Considerando Quincuagésimo tercero, sentencia R-38-2022, de fecha 21 de abril de 2021.

de los usos, permanentes y continuados de caminos comunes y rutas ancestrales²⁵.

Finalmente, la sentencia en comento resalta el especial estilo de vida trashumante de la comunidad indígena afectada, en cuanto elemento identitario, para concluir en la significancia de la alteración en su sistema de vida y costumbres.

Cabe señalar que la aludida sentencia fue objeto de recurso de casación en la forma y en el fondo deducidos por el Servicio de Evaluación Ambiental, declarados inadmisibles y rechazados, respectivamente, por la E. Corte Suprema en causa rol 35.692-2021

b) La obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento.

La afectación en comento, según la Guía, se constata con la segregación o separación física de los grupos humanos o la pérdida o menoscabo de infraestructura vial y de transporte y red de comunicación asociada. Asimismo, se verifica con el aumento de los tiempos de desplazamiento entre puntos geográficos de uso habitual.

²⁵ Considerando Sexagésimo tercero, sentencia R-38-2022.

- c)** La alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica.

La alteración en comento se produce con la disminución de la disponibilidad de bienes muebles e inmuebles, equipamientos, servicios e infraestructura básica; la pérdida de espacios naturales locales como lagos, ríos o bosques; o la pérdida de áreas recreativas.

- d)** La dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.

Corresponde a la pérdida de componentes de la cultura local, del sistema tradicional de las comunicaciones entre los grupos humanos, pérdida o modificación de rasgos de la identidad local, pérdida de sentimiento de arraigo o apego al territorio o pérdida del patrimonio cultural indígena.

- e)** La alteración en sus formas de organización social particular.

En relación a esta hipótesis de afectación es necesario señalar que aplica exclusivamente a los pueblos indígenas y se expresa a través de la pérdida de organización social y/o comunitaria o la restricción del uso tradicional del espacio o territorio.

Resulta interesante precisamente esta última dimensión de la afectación, toda vez que implica una imposibilidad del uso del suelo de manera tradicional provocando una modificación en las formas de organización social o en el desarrollo de la cultura local, alteración que ha sido un reproche recurrente de los pueblos indígenas afectados con las obras o actividades de los proyectos.

4. Localización y valor ambiental del territorio.

El inciso primero del artículo 8° del RSEIA establece que “el titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”.

A continuación, el referido artículo 8° precisa que “el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, ..., cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad”.

Luego puntualiza que “se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización”.

Finalmente, el mismo artículo 8° previene 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” (el destacado es nuestro).

Sobre esta materia se debe destacar la relevancia de las tierras y territorio en la cosmovisión de los pueblos indígenas y su supervivencia. Es indudable el factor identitario que constituye el territorio en cada pueblo originario y así lo reconoce el Convenio N° 169 en su artículo 13 N° 1 cuando señala que “al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. En este sentido, la Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT explica que “el territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas” (página 91).

En términos similares la Ley N° 19.253 reconoce la importancia de la tierra como fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas²⁶.

Como es posible advertir, la protección normativa emanada del Convenio es más amplia que la dispensada por la Ley N° 19.253, al considerar no solo a las tierras indígenas sino también al territorio como objeto de cuidado y resguardo. En

²⁶ Artículo 1° inciso primero Ley N° 19.253

efecto, la denominada Ley Indígena reconoce como tierras indígenas a aquellas amparadas por ciertos títulos o reconocimiento judicial, mientras que el Convenio incluye a los territorios que son ocupados o utilizados, de alguna manera, por pueblos indígenas. Así lo previene expresamente el artículo 13 N° 2 del Convenio al referir que “la utilización del término "tierras" ... deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Es relevante tener en consideración la noción de tierras o territorio indígena al momento de determinar la adecuada protección de los pueblos indígenas en el contexto de la evaluación ambiental de un proyecto. La jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales ha acogido la acepción amplia de tierras (la que incluye el concepto de territorio) como objeto de protección. Un ejemplo de esta comprensión amplia corresponde al fallo asociado al recurso de protección del proyecto denominado “Mejoramiento Integral Zona de Uso Público Parque Nacional Villarrica” dictado en los autos rol N° 138.439-2020, en cuyo considerando décimo considera a aquellos espacios donde personas pertenecientes a pueblos originarios realizan prácticas religiosas y culturales, que no corresponden a lugares de emplazamiento de comunidades indígenas, para hacer procedente la consulta indígena.

En esta misma sentencia se puede constatar el estándar de susceptibilidad de afectación que la Corte Suprema exige para aplicar el proceso de consulta

indígena. En efecto, el máximo tribunal requiere de una afectación potencial²⁷ y no concreta para entender por establecida la referida susceptibilidad ya que el análisis de cómo se materializan los efectos del proyecto deben ser abordados precisamente durante el desarrollo de la consulta indígena.

Otro caso destacado deriva del conocimiento y fallo de la acción de protección interpuesta por distintas comunidades indígenas en contra del proyecto “Cerro Márquez”, consistente en la construcción y habilitación de 38 sondajes de prospección o exploración minera. La noción extendida de tierras indígenas consignada por la Corte Suprema queda de manifiesto en la consideración del territorio ocupado de forma ancestral por la Comunidad Indígena Aymara de Ticnamar, lo que determinó, entre otros aspectos, la necesidad de someter el proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ²⁸.

Otra sentencia destacada en este sentido corresponde a la dictada por el Primer Tribunal Ambiental en causa rol R-38-2020 que establece la susceptibilidad de afectación directa en atención a la afectación a tierras y territorios indígenas, estos últimos calificados como “vitales para la subsistencia” de la comunidad

²⁷ Considerando décimo.

²⁸ “Considerando Duodécimo: Que, de lo expuesto en los motivos que anteceden, y sobre la base de los principios preventivo y precautorio que rigen la institucionalidad ambiental, aparece como conclusión irredargüible que el proyecto de la recurrida, debido a su gran envergadura y riesgo para las comunidades indígenas afectadas, debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al ser susceptible de causar impacto ambiental, puesto que aun cuando los sondajes exploratorios totalizan 38 en lugar de 40, es un hecho inconcuso que tales actividades se desarrollaron en tierras indígenas de ancestral ocupación por la Comunidad Indígena Aymara de Ticnamar, sin perjuicio de su proximidad con las tierras de las Comunidades Indígenas Aymaras de Timar y Villa Vista Alto Cobija”.

indígena reclamante. Específicamente el ámbito de protección incluyó a las áreas de pastoreo, los territorios destinados a las actividades de trashumancia, recolección de hierbas medicinales y pastoreo (considerando Quincuagésimo octavo).

Cabe señalar que el SEA ha sostenido que el solo hecho de emplazarse un determinado proyecto o su área de influencia en tierras indígenas o en áreas de desarrollo indígena, no genera automáticamente la hipótesis de afectación²⁹, sino más bien es uno de los elementos que deben ser ponderados al momento de analizar la susceptibilidad de afectación³⁰, interpretación que ha sido objeto de fallos a favor y en contra de dicha interpretación por la E. Corte Suprema³¹.

En materia de impacto territorial vale la pena destacar que otros argumentos esgrimidos por el SEA también parecen resultar irrelevantes para nuestros tribunales de justicia, al momento de determinar la existencia de susceptibilidad de afectación en pueblos indígenas. Estos argumentos dicen relación con la

²⁹ En este sentido la I. Corte de Apelaciones de Iquique en causa rol N° 290-2014 sobre recurso de protección, sentencia de fecha 28 de julio de 2014, en cuyo considerando 15° expresa lo siguiente: “También se debe tener presente que el ADI no es un área protegida per se, según se desprende del artículo 11 de la Ley 19.300, y en atención a la naturaleza de las obras que se pretenden llevar a cabo con el proyecto denominado “Obras de Protección de Cauce CMCC”, presentado por la Compañía Minera Cerro Colorado, resulta claro que el mismo sólo requería una Declaración de Impacto Ambiental, sin que resultara procedente el Proceso de Consulta Indígena,...”.

³⁰ El Instructivo N° 161116 así lo previene al señalar que “la sola existencia de tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena en el área de influencia del proyecto, no determina automáticamente la existencia de los impactos ambientales significativos sobre GHPPI que hagan procedente una consulta, ...” (p. 16).

³¹ Fallos desfavorables véase Corte Suprema roles N° 11040-2011 y 6628-2015. Fallo que acoge la tesis del SEA, véase Corte Suprema rol 817-2016

circunstancia de que los terrenos o tierras indígenas se encuentren previamente intervenidas³² y con la celebración de contratos o acuerdos entre la comunidad indígena y el titular del proyecto para el uso del espacio territorial, por ejemplo, mediante la constitución de servidumbres. En este sentido, existen dos fallos que han rechazados tales alegaciones, estos, en el caso “Cerro Márquez” y también en el caso “Prospecciones Caspiche”.

Lo anterior demuestra que la consideración de susceptibilidad de afectación es un aspecto global, no circunscrito a porciones de terrenos específicos, existiendo otras áreas posiblemente afectadas. También pareciera ser que los acuerdos entre privados y las declaraciones de no afectación consignadas en ellos, no son suficientes para evitar un proceso de consulta indígena atendido a la naturaleza jurídica de las normas que regulan esta materia, lo que hace indisponibles sus preceptos.

5. Alteración del patrimonio cultural.

De conformidad al artículo 5 del Convenio, al aplicar las disposiciones del presente Convenio, “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”. A continuación, la misma norma

³² En un sentido distinto se había pronunciado la Corte Suprema en sentencia dictada con fecha 8 de junio de 2012 en causa rol N° 1602-2012 (considerando quinto).

indica que “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”.

Más adelante, el artículo 7 del Convenio N° 169 previene que “los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

La Ley N° 19.253 en su artículo 7° expresa que “el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena”.

En concordancia con el Convenio N° 169, el artículo 10 del RSEIA en su inciso primero expresa que “el titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”.

Para efecto de evaluar la referida alteración, se deberá considerar: a) la magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288; b) la magnitud en que se modifiquen o deterioren en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena y c) la afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas”.

En relación al patrimonio cultural indígena la jurisprudencia ha señalado que comprende el ejercicio de las tradiciones indígenas, costumbres ancestrales indígenas; prácticas religiosas indígenas; prácticas culturales indígenas y prácticas espirituales indígenas³³ (patrimonio cultural inmaterial), como también los espacios y lugares que sirven para el desarrollo de dichas actividades (patrimonio cultural material).

En este mismo orden de ideas la jurisprudencia ha precisado que el área que cobija a cementerios indígenas no solo da cuenta “de existencia de vida de

³³ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta rol N° 1356-2017, considerando décimo sexto.

personas que habitaron la región en época pre incásica más o menos remota”³⁴ sino también de objetos múltiples que dan cuenta de prácticas, usanzas y/o costumbres, que merecen su protección.

De la mayor relevancia para los efectos de determinar la susceptibilidad de afectación al patrimonio cultural indígena ha sido, como es de presumir, la cercanía del proyecto. Al respecto, se ha resuelto que 35 metros de distancia entre un proyecto inmobiliario y el lugar donde se ubica el cementerio indígena, provocaría la perturbación al derecho al libre ejercicio y desarrollo de creencias religiosas y ritos sagrados.

Otro fallo que se refiere al elemento de proximidad de las obras es el evacuado por la Corte Suprema en la causa rol 1602-2012, en cuya oportunidad señaló que la distancia de 20 metros entre un sitio de significación cultural y el proyecto no justifica la afectación a las creencias del pueblo indígena, más aún cuando se trata de un sector ya intervenido³⁵.

Por otro lado, la protección respecto de tierras con uso religioso y cultural se ha dispensado al exigir la consulta indígena previa a la ejecución de un plan de mejoramiento integral del Parque Nacional Villarrica³⁶.

³⁴ Sentencia Corte Suprema rol N° 3010-2013, considerando 11°.

³⁵ Sentencia Corte Suprema rol 1602-2012, considerando quinto.

³⁶ Sentencia Corte Suprema, rol N° 138.439-2020.

V. CONCLUSIONES

Del análisis integrado del conjunto de normas jurídicas y pronunciamientos judiciales considerados en el presente trabajo, es posible sostener las siguientes conclusiones:

1. La susceptibilidad de afectación directa como parámetro requerido en la consulta indígena en materia de evaluación ambiental es un concepto indeterminado que ha sido completado en su contenido tanto por los pronunciamientos administrativos como también por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, sin que a la fecha exista un consenso o tendencia respecto de su amplitud o alcance. Sin embargo, se aprecia una evolución en la interpretación judicial de dicha susceptibilidad en los términos que presenta el Convenio N° 169, esto es, haciéndola procedente ante la posibilidad de afectación.
2. Es posible constatar también que la jurisprudencia de nuestros tribunales, por regla general, no ha profundizado en el análisis reglamentario de la afectación o impacto significativo que se discute. Menos aún se ha detenido en el análisis de las guías o instructivos emanados del SEA al momento de declarar la procedencia o no de la consulta indígena, los que no son considerados en los fallos analizados en el presente trabajo.
3. Asimismo, se advierte una interpretación progresiva de la jurisprudencia en cuanto a considerar y aceptar una noción amplia de territorio indígena para

efectos de determinar la susceptibilidad de afectación directa, sin limitarse a la noción restringida de tierras indígenas prevista en la Ley N° 19.253

4. También se ha constatado cierta ambigüedad en la carga de la prueba asociada a quien le corresponde acreditar la susceptibilidad de afectación directa, toda vez que en algunas sentencias se le entrega la obligación de acreditar la no generación de impactos significativos al SEA, mientras que en otras ocasiones se le ha exigido al pueblo indígena reclamante entregar antecedentes ciertos de la existencia de contaminación. En este aspecto es de nuestro parecer que, en sede administrativa, habiéndose alegado o existiendo antecedentes que a lo menos hagan presumir la existencia o la posibilidad de afectación directa mediante antecedentes razonables, corresponde al SEA analizarlos, ponderarlos y descartar la susceptibilidad de afectación, a la luz de lo previsto en el artículo 11 de la Ley N° 19.880
5. En sede judicial, y no obstante la aplicación de las reglas de la sana crítica, consideramos que para acceder a la consulta indígena previa, se requiere de un estándar probatorio más elevado, particularmente en las acciones de reclamación ante los tribunales ambientales, por tratarse de asuntos que conllevan la revisión de legalidad de un acto administrativo, sobre el cual recae la presunción de legalidad y de la conservación del mismo. Sin que lo anterior implique la necesidad de acompañar antecedentes que acrediten una afectación cierta o determinada, sino más bien aquellos que permitan establecer, conforme a las máximas de la experiencia, la posibilidad de afectación.

6. En consideración a lo expuesto precedentemente se propone incorporar en la Ley N° 19.300 una definición de susceptibilidad de afectación directa, similar a lo que ocurre con términos similares de afectación como daño ambiental o contaminación.
7. Se estima necesario también modificar la Ley N° 20.600 o la Ley N° 19.300 para efectos de establecer una acción específica de revisión judicial que permita conocer los aspectos sustantivos de afectación del componente indígena, en el contexto de un proceso de consulta indígena en el SEIA. De esta manera se avanzará decididamente no sólo a la verificación de sus aspectos formales sino también a la naturaleza de la afectación discutida y del contenido o legalidad de las medidas de mitigación, reparación o compensación.

BIBLIOGRAFIA

- AMADO, Alex (2010): *El derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas: Apuntes sobre su tratamiento en el derecho comparado y nacional* (Universidad de San Martín de Porres)
- AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías y YAÑEZ, Nancy (2013): *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago, LOM Ediciones, primera edición).
- CARMONA, Cristóbal (2020): “Evaluación ambiental, consulta indígena y el “desplazamiento” de los derechos de los pueblos indígenas”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 248. P. 199-232
- CARRASCO, Edesio (2011): “Corte Suprema, consulta indígena y sistema de evaluación de impacto ambiental: una relación que no termina de aclararse”, en FERMANDOIS, A. y GARCÍA, J. (Eds.), *Sentencias Destacadas 2010. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Libertad y Desarrollo, Santiago), p. 187-223.
- DONOSO, Sebastián y NUÑEZ, Manuel (2021): *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas* (Santiago, Academia Judicial de Chile, Material Docente N° 33).

- DONOSO, Sebastián (2014): “Tierras: Un escrutinio al núcleo inviolable de la identidad indígena”, *Revista de Derecho Público Iberoamericano* N° 4. p. 15-63
- DURAN, Álvaro (2021): “La susceptibilidad de afectación directa como requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 250 (julio – diciembre) p. 393-421
- ESPINOZA, Guillermo (2002): “Gestión y fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental”, *Banco Interamericano de Desarrollo – BID Centro de Estudios para el Desarrollo - CED*. (Santiago, 2002)
- GUERRA, Felipe (2018): “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”. *Revista Justicia Ambiental* N°9 (Santiago, Ediciones Estudios Comentarios de Jurisprudencia) p. 19-38
- MAQUILON, Diana (2012): “Los derechos sociales en el Convenio 169 de la OIT” en Contesse, J. (ed.) *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) p. 119-178
- NUÑEZ, Manuel (2014): “La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial”,

- Anuario de Derecho Público 2014 Universidad Diego Portales* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) p. 317- 338
- NUÑEZ, Manuel (2014): “Estándares de cautela, consulta indígena y fundamentación en los procesos de evaluación de impacto ambiental. Comentarios a El Morro”, en FERMANDOIS, A. y GARCÍA, J. (Eds.), *Sentencias Destacadas 2014. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Libertad y Desarrollo, Santiago), p. 19-36.
 - LEARY, Virginia. (1999): “La utilización del Convenio N° 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Colección Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Costa Rica.
 - LEPPE, Juan Pablo (2015): “Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIV (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2015) p. 369 - 384
 - LOPEZ, Ricardo y MOHR, Tania (2014): Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?, *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXVII – N° 1 p. 105-126
 - SILVA, Carolina y PAROT, Gonzalo (2016): “Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT”, *Revista de Derecho Ambiental* Año IV N° 6

p. 92-118. Disponible en
<https://rmdd.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43317> Fecha de
consulta: 04 de marzo de 2023.

OTROS DOCUMENTOS

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009): Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_126163.pdf Fecha de consulta: 28 de marzo de 2023.

NORMAS

- Constitución Política de la República (1980)
- Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (2008), 14 de octubre de 2008.
- Ley N° 19.253 (1993) establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 05 de octubre de 1993.
- Ley N° 19.300 (1994) sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 09 de marzo de 1994.

- Ley N° 19.880 [2003] que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.
- Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena 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 (2014), Decreto Supremo N° 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social, 04 de marzo de 2014.
- Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013), Decreto N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, 12 de agosto de 2013.

OTRAS FUENTES

- Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Oficio Ordinario N° 161116 (2016) del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 24 de agosto de 2016.
- Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía del año 2017.
- Guía sobre Reasentamiento de Comunidades Humanas del Servicio de Evaluación Ambiental del año 2014.

- Guía sobre Área de Influencia de los Sistemas de Vida y Costumbres de Grupos Humanos en el SEIA del Servicio de Evaluación Ambiental del año 2020.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema (2012): Rol 11040-2011, Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otro contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá, 30 de marzo de 2012.
- Corte Suprema (2012): Rol 1602-2012, Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen con Comisión Evaluadora Ambiental Región de la Araucanía, 08 de junio de 2012.
- Corte Suprema (2013): Rol 3010-2013, Herminia Toroco Herrera y otra con Sociedad Inversiones e Inmobiliaria Villa Nueva S.A., 26 de septiembre de 2013.
- Corte Suprema (2016): Rol 66/201328-2015, Compañía Minera Cerro Colorado con Fisco de Chile, 4 de mayo de 2016.
- Corte Suprema (2020): Rol 28195-2018, Araya y Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu con Servicio de Evaluación Ambiental, 16 de junio de 2020.
- Corte Suprema (2020): Rol 2608-2020, Muñoz con Minera Plata Carina, 21 de septiembre de 2020.

- Corte Suprema (2021): Rol 138.439-2020, Caniuman con Gobierno Regional de la Araucanía, 29 de marzo de 2021.
- Corte de Apelaciones de Iquique (2014): Rol N° 290-2014, Comunidad Indígena Atacameña de Parca y otra con Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá, 28 de julio de 2014.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta (2017): Rol 1356-2017, Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con Dirección General de Aeronáutica Civil y otros, 10 de julio de 2017.
- Primer Tribunal Ambiental (2021): Rol R-38-2020, “Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental”