

DOCTRINA

Las consecuencias jurídicas de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno

The legal consequences of the susceptibility of direct impact on indigenous peoples in the Chilean environmental impact assessment system

Gonzalo Sánchez Sandoval 

Investigador independiente, Chile

RESUMEN El objetivo del artículo es abordar las consecuencias jurídicas de la *susceptibilidad de afectación directa* a pueblos indígenas en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental, que se traducen en obligaciones durante el procedimiento de evaluación ambiental para: 1) el Estado, de decretar un proceso de consulta indígena; 2) el titular y el Estado, de evaluar un proyecto o actividad mediante un estudio de impacto ambiental; y 3) el titular, de proponer medidas de mitigación, reparación o compensación y el correlativo deber del Estado de evaluarlas en concordancia con los resultados del proceso de consulta indígena. Se trata de tres consecuencias jurídicas que, aunque tradicionalmente son abordadas por la doctrina y jurisprudencia de forma separada, están íntimamente relacionadas, por lo que no deben escindirse las unas de otras, sino comprenderse de forma conjunta. Esta forma de entender los alcances de la *susceptibilidad de afectación directa* es útil tanto para los actores que participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental como para el órgano revisor de la legalidad de la resolución de calificación ambiental y el procedimiento administrativo que le precede. Además, la propuesta resulta consistente con las obligaciones que ha asumido el Estado de Chile en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas desde la perspectiva del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales.

PALABRAS CLAVE Pueblos indígenas, susceptibilidad de afectación directa, sistema de evaluación de impacto ambiental, Convenio 169 de la OIT.

ABSTRACT The objective of this paper is to address the legal consequences of the susceptibility of direct impact on Indigenous Peoples within the framework of the Environmental Impact Assessment System (SEIA), which translate into obligations for different

actors in the environmental assessment procedure, namely: (i) the obligation of the State to decree an indigenous consultation process; (ii) the obligation of the owner and the State to evaluate a project or activity through an Environmental Impact Assessment (EIA); (iii) the obligation of the owner to propose mitigation, reparation or compensation measures, and the correlative duty of the State to evaluate them in accordance with the results of the indigenous consultation process. These are three legal consequences that, although traditionally addressed separately by doctrine and jurisprudence, are intimately related, so they should not be separated from each other, but understood together. This way of understanding the scope of the susceptibility of direct affectation is useful both for the actors that participate in the SEIA and for the reviewing body of the legality of the Environmental Qualification Resolution (RCA) and the administrative procedure that precedes it. In addition, the proposal is consistent with the obligations assumed by the State of Chile regarding the protection of the rights of indigenous peoples from the perspective of Convention 169 of the International Labor Organization (ILO) on indigenous and tribal peoples.

KEYWORDS Indigenous people, susceptibility to direct impact, environmental impact assessment system, ILO Convention 169.

Cuestión previa y supuesto: Recepción del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico chileno

La pretensión de este artículo es ofrecer una interpretación de la legislación ambiental chilena que sea consistente con las obligaciones convencionales que ha asumido el Estado en materia de protección de derechos de los pueblos indígenas, particularmente aquellas relacionadas con el resguardo de sus territorios y recursos naturales. Para ello, este trabajo parte del supuesto que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado internacional de derechos humanos, ratificado por Chile y que está vigente, es parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico nacional (Ariza y Steiner, 2020: 108-109), que se desprende del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de Chile.¹

Excede las finalidades del trabajo desarrollar rigurosamente las consecuencias de aceptar que los derechos consagrados en el convenio mencionado forman parte del bloque de constitucionalidad. Por de pronto, ello exige a los poderes públicos un ajuste de las normas al respeto, promoción y garantía de los derechos consagrados en tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile (No-

1. Dicho inciso establece que «el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

gueira, 2015: 325). Entendemos que la lectura de la legislación ambiental interna en clave de protección de derechos consagrados en el convenio es una exigencia que se deriva del control de convencionalidad que deben realizar los operadores jurídicos, pues los jueces y todos los funcionarios del Estado están obligados «a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno» (Nash, 2013: 492).

Si bien el Tribunal Constitucional, en sede de control preventivo, restringió el ámbito del control de convencionalidad respecto del convenio al sostener que parte de sus normas no son autoejecutables² y que, además, no tiene rango constitucional,³ lo cierto es que los Tribunales Superiores de Justicia que conforman el Poder Judicial han estado receptivos a aplicar directamente y con preferencia sus disposiciones si es que la normativa interna se contrapone con dicho tratado. Esto es lo que ha ocurrido con las disposiciones de la legislación minera que, en determinadas sentencias, han sido interpretadas conforme al convenio.⁴

Dentro de las normas que, según el Tribunal Constitucional, son autoejecutables, están aquellas relacionadas con la obligatoriedad de los procesos de consulta indígena en los casos que el mismo convenio establece.⁵ Esta se trata, en palabras de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2009), de la *pedra angular* del convenio, que cumple un rol fundamental en el resguardo de

2. Sentencia del Tribunal Constitucional, 309, 4 de agosto de 2000, considerando 48.º. La distinción entre las normas autoejecutables (*self executing*) y normas programáticas (*non self executing*), según su precisión, es relevante para determinar la forma en que las normas del tratado ingresan al ordenamiento jurídico interno, pues las normas de carácter programático, a diferencia de las autoejecutables que pueden ser aplicadas sin más trámite, requieren de desarrollo legal o reglamentario para su implementación o vigencia (Meza-Lopehandía, 2020: 1-3).

3. El Tribunal Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango supralegal pero infraconstitucional, como sería el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sentencia del Tribunal Constitucional, 3492, 23 de agosto de 2018.

4. En una interesante sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que «el alcance de las normas del Código de Minería debe ser interpretado conforme a los derechos que el Convenio 169 de la OIT garantiza a los Pueblos Originarios, ya que en caso de duda debe hacerse una interpretación conforme a la Constitución y a los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales y cautelados por el artículo 5 de la Carta Magna». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 297/2020, 28 de septiembre de 2020. Otro caso de interpretación del régimen concesional y de propiedad minera a la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo puede verse en la Sentencia de la Corte Suprema, 6628/2015, 4 de mayo de 2016.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional, 309, 4 de agosto de 2000, considerando séptimo.

derechos e intereses de los pueblos indígenas y cuyo supuesto de procedencia, como analizaremos, es la *susceptibilidad de afectación directa*.

Ahora bien, a pesar de la autoejecutabilidad de las normas del convenio relativas a la obligatoriedad de los procesos de consulta indígena, en Chile existen dos reglamentos que regulan y modelan esta institución; por una parte, el Decreto Supremo 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social (reglamento general de consulta) cuyo objetivo, según su artículo 1, es «dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas, el cual se realiza a través del procedimiento establecido en el presente instrumento por parte de los órganos señalados en el artículo 4 del presente reglamento, de acuerdo al artículo 6 número 1 letra a) y número 2 del convenio».

En cuanto al supuesto de procedencia de la consulta indígena, el reglamento general de consulta dispuso, en su artículo 7, que son medidas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas aquellas que «sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas». Como veremos, el reglamento general de consulta, en cuanto al requisito de procedencia de la consulta, parece alejarse de la literalidad del convenio mencionado, incorporando una noción que le es ajena, como lo es la de *impacto significativo y específico*. Como hemos señalado, «el concepto de [*susceptibilidad de afectación*] introducido por el reglamento general de consulta fue una de las cuestiones más conflictivas en el proceso de consulta indígena que tuvo lugar durante su elaboración y la razón por la cual muchas organizaciones representativas de pueblos indígenas se restaron de dicho proceso» (Guerra y Sánchez, 2021: 33).

Por otra parte, en el ámbito de las evaluaciones ambientales, el reglamento general de consulta se remite, en su artículo 8, a la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y al reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental (Decreto Supremo 40 de 2013 del Ministerio de Medio Ambiente). Este último establece la procedencia de la consulta «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 [...], en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas», de forma tal que la procedencia de la consulta se sujeta a la verificación de algunos de los efectos, características o circunstancias que hacen procedente la presentación del estudio de impacto ambiental.

Al respecto, la doctrina ha criticado el desarrollo reglamentario del ejercicio de derecho a consulta, pues «la normativa reglamentaria de nuestro país exige cierta magnitud o dimensión de la afectación, vinculada a un impacto directo, significativo y específico respecto a los pueblos indígenas, a pesar de que el Convenio 169 no requiere para que se aplique el proceso de consulta indígena la certeza de la afectación, ni que esta tenga una magnitud o dimensión específica» (Mahn, 2021: 67-68). En esa

misma línea, se ha sostenido que en el sistema de evaluación de impacto ambiental «la traducción de la *susceptibilidad de afectación directa* en los *impactos significativos* no es normativamente plausible. Básicamente porque lo que se pierde en esta traducción es la facultad consagrada en la regla del Convenio 169 de que los [grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas] participen en la determinación de impactos» (Carmona, 2020: 224). Sin embargo, como se analizará más adelante, dicha crítica debe matizarse.

Evolución jurisprudencial sobre el estándar de afectación que hace procedente un proceso de consulta indígena

Los resabios que dejó el desarrollo reglamentario de la consulta indígena determinaron una lenta evolución jurisprudencial sobre el estándar de afectación que hace procedente un proceso de consulta indígena. En general, en sede de tribunales ordinarios conociendo recursos de protección, es posible apreciar vacilaciones en el desarrollo jurisprudencial del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el marco de la evaluación de proyectos de inversión en torno a la especificidad de la consulta previa y sus supuestos de procedencia (Meza-Lopehandía, 2016), y con la entrada en operación de los Tribunales Ambientales, hasta 2021, no habían avances sustantivos, pues el debate se mantuvo sobre la procedencia de la consulta indígena en un caso concreto (Hervé y Bascur, 2019: 228-229), lejano a las discusiones sobre cuestiones sustantivas de derechos de los pueblos indígenas (Carmona, 2020: 227).

Es así que durante varios años la discusión ante los tribunales se centró en el estándar de afectación que hace procedente la consulta y, aunque con matices, se mantuvo la postura de que la consulta indígena requería de una afectación acreditada.⁶ Esto tenía dos consecuencias, la primera es que se requiere de una afectación —en algunos casos *significativa*—,⁷ no siendo suficiente la susceptibilidad de ella; la segunda consistía en que la carga de probar dicha afectación le correspondía a los pueblos indígenas.⁸

6. Es el criterio que pareciera desprenderse de la sentencia del Máximo Tribunal en el caso *Sondajes de Prospección Paguanta* al discurrir sobre la afectación (no la susceptibilidad de ella) de las comunidades reclamantes y a la exigencia de *antecedentes ciertos* sobre alteraciones de sistemas de vida. Sentencia de la Corte Suprema, 817/2016, 19 de mayo de 2016, considerando décimo quinto.

7. Por ejemplo, el Tercer Tribunal Ambiental, en el caso *Central Hidroeléctrica Doña Alicia*, sostuvo que los informes antropológicos aportados por la comunidad indígena reclamante «presentan una serie de falencias que imposibilitan su uso como evidencia de afectación directa y significativa a la Comunidad». Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-38-2016, 28 de diciembre de 2016, considerando 37.º.

8. En el caso *Línea de Transmisión Eléctrica Melipeuco-Freire* se rechazó el recurso de protección de comunidades indígenas porque estas «como pueblo originario ni siquiera han justificado alguna afectación a sus derechos en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar» y debido a que «los

Esta tendencia, que se fundaba en la homologación de los *impactos significativos* a la *susceptibilidad de afectación directa*, fue criticada por parte de la doctrina porque se incorporaría un requisito de dimensión de la afectación que no se exige en el convenio mencionado (Guerra, 2017: 23). Ahora bien, como veremos, dicha crítica debe matizarse en la medida que se dote de especificidad a los *impactos significativos*, que no son otra cosa que los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300, uno de los que responde precisamente al criterio de la *susceptibilidad de afectación*.

En fin, esta tendencia jurisprudencial, además de no ser consistente con las disposiciones del convenio, dejaba a las comunidades indígenas en el adverso escenario de encontrarse en la necesidad de acreditar, a través de un proceso que no es el idóneo, las afectaciones que resultaban de la ejecución de un proyecto o actividad. Además, la decisión que recaería a su respecto sería tomada por una(s) persona(s) que, muy probablemente, no hace(n) parte del pueblo indígena que alega la afectación.

En sede de la nueva institucionalidad ambiental, una importante evolución se dio a partir de 2016 con la resolución de los casos *Central de Pasada Mediterráneo*⁹ y *Central Hidroeléctrica Doña Alicia*¹⁰ en los que el Tercer Tribunal Ambiental anula las resoluciones de calificación ambiental de dichos proyectos porque los estudios antropológicos que sirvieron de base para el descarte de la *susceptibilidad de afectación directa* adolecían de diversas falencias metodológicas,¹¹ no siendo óbice para dicha decisión que las comunidades indígenas reclamantes no acreditaran la afectación en el proceso administrativo o judicial.¹² En el segundo caso, la procedencia de anular la resolución de calificación ambiental cuando existe incertidumbre en torno a la afectación de comunidades indígenas fue ratificada por la Corte Suprema al amparo del principio precautorio, articulador del sistema de evaluación de impacto ambiental (Guerra, 2019: 325), de forma tal que «frente a la incertidumbre de afectación de comunidades indígenas, no es posible adoptar una decisión que signifique descartar la afectación a esa parte reclamante, ello, por falta de una eficiente prueba técnica ambiental».¹³

recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida». Sentencia de la Corte Suprema, 1602/2012, 8 de junio de 2012, considerandos sexto y octavo.

9. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-30-2016, 17 de noviembre de 2016.

10. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-38-2016, 28 de diciembre de 2016.

11. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-30-2016, 17 de noviembre de 2016, considerando 50.º y Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-38-2016, 28 de diciembre de 2016, considerando 35.º.

12. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-30-2016, 17 de noviembre de 2016, considerando 75.º y Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-38-2016, 28 de diciembre de 2016, considerando 36.º.

13. Sentencia de la Corte Suprema, 3971/2017, 28 de junio de 2018, considerando vigésimo cuarto.

A partir de 2021, la Corte Suprema ha demostrado una mayor sensibilidad respecto al supuesto de procedencia de la consulta indígena, asentándose el criterio que sostiene que es improcedente que la autoridad se niegue a abrir un proceso de consulta indígena asilándose bajo el argumento de que las comunidades no han acreditado la afectación, toda vez que lo que se exige es una *afectación potencial*. Este razonamiento se ve con claridad por primera vez en un caso ajeno al sistema de evaluación de impacto ambiental, en el que la Corte Suprema ordenó la realización de un proceso de consulta indígena respecto del Proyecto Mejoramiento Integral Zona de Uso Público Parque Nacional Villarrica. Al respecto, sostuvo que «no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedía por no existir afectación a las comunidades y personas naturales en nombre de quienes se recurre, puesto que la obligatoriedad de este proceso exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta».¹⁴

Este criterio fue expresado por la Corte Suprema por primera vez en el sistema de evaluación de impacto ambiental en el caso *Producción de Sales de Maricunga*, en el que acogió un recurso de protección ordenando realizar un proceso de consulta indígena en forma previa a la prosecución del proyecto considerando que la *susceptibilidad de afectación* se manifestaba, entre otros aspectos, en que existen «espacios dentro del área de influencia del proyecto en que los pueblos originarios desarrollan ciertas actividades agrícolas y culturales».¹⁵ Asimismo, reiterando sus pronunciamientos anteriores señaló que

como ya lo ha sostenido esta Corte, no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa de que al no existir afectación a las comunidades no procede la consulta indígena, sumados a ciertos acuerdos, y la consulta ciudadana verificada, puesto que se trata de un proceso diverso cuya obligatoriedad exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será analizada en el contexto de dicha consulta.¹⁶

Lo curioso de este caso es que, a pesar de estar en el sistema de evaluación de impacto ambiental, la Corte Suprema funda su decisión en el reglamento general de consulta.¹⁷ De esta forma, se pierde una interesante oportunidad para razonar acerca del alcance del literal d) del artículo 11 de la ley mencionada que, como veremos, recoge el criterio de la *susceptibilidad de afectación*.

14. Sentencia de la Corte Suprema, 138439/2020, 29 de marzo de 2021, considerando décimo.

15. Sentencia de la Corte Suprema, 85957/2021, 14 de febrero de 2022, considerando octavo.

16. Sentencia de la Corte Suprema, 85957/2021, 14 de febrero de 2022, considerando séptimo.

17. Sentencia de la Corte Suprema, 85957/2021, 14 de febrero de 2022, considerando quinto.

Las consecuencias jurídicas de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas

Habiendo profundizado sobre el marco normativo que rige la consulta indígena en Chile y los debates jurisprudenciales que se dieron en torno al concepto de la *susceptibilidad de afectación directa*, corresponde analizar las consecuencias jurídicas que trae aparejada su verificación en un procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Cabe destacar que la intensa relación entre tales consecuencias jurídicas fue advertida en su tiempo por un instructivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en el que tuvo la oportunidad de señalar que «la mera *susceptibilidad de afectación* (artículo 11 letra d) de la ley) genera la obligación de que dicha *susceptibilidad de afectación* sea adecuadamente mitigada, reparada y/o compensada y, por otra parte, genera la obligación de consultar la medida administrativa [...] de acuerdo al Convenio 169 de la [Organización Internacional del Trabajo] (artículo 6.1 letra a)), por ser susceptibles de afectarles directamente» (2013: 5).

La susceptibilidad de afectación (directa) como supuesto de procedencia del proceso de consulta indígena

Sobre la *susceptibilidad de afectación directa* como supuesto de procedencia de la consulta indígena se ha venido razonando desde los inicios de este trabajo, y se trata de la consecuencia jurídica a la que se le ha prestado más atención por parte de la doctrina y jurisprudencia. De acuerdo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el artículo 6.1 literal a), «al aplicar las disposiciones [...], los gobiernos deberán: 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», las que, de acuerdo al artículo 6.2, «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».

Asimismo, contempla otro supuesto de procedencia de un proceso de consulta indígena cuando se trate de emprender o autorizar programas de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras de pueblos indígenas cuya propiedad pertenezca al Estado. Al efecto, el artículo 15.2 comenta que

en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Como se ha señalado, la consulta indígena es una institución fundamental en el marco del convenio mencionado a la que se le pueden atribuir diversas finalidades. Al tenor de los artículos 6 y 15 de este, el objetivo de la consulta indígena es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas y determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados y en qué medida. Además, se puede señalar que cumple una función preventiva de conflictos y una función epistémica (Guerra y Sánchez, 2021), pues opera como «un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad» (Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, 2013: 398) al permitir a los pueblos indígenas, en palabras de la Corte Suprema, «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».¹⁸

En definitiva, de acuerdo con las disposiciones del convenio, en el sistema de evaluación de impacto ambiental, cada vez que un proyecto o actividad sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas, la autoridad ambiental está obligada a decretar un proceso de consulta indígena en forma previa a la dictación del acto administrativo autorizatorio (resolución favorable).

La susceptibilidad de afectación como causal de ingreso mediante un estudio de impacto ambiental

En nuestra legislación ambiental, aunque todos los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental —y que están listados en el catálogo del artículo 10 de la Ley 19.300— requieren ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental, solo aquellos que generan los efectos, características o circunstancias del artículo 11 del mismo cuerpo legal deben ingresar a través de un estudio de impacto ambiental que se somete a una evaluación mucho más exigente que la Declaración de Impacto Ambiental.

Ya hemos adelantado que es común que en los operadores jurídicos se refieran a los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley mencionada como *impactos significativos*, lo que puede inducir a pensar —erróneamente— que solo los impactos de importante magnitud determinan la procedencia de un estudio de impacto ambiental. En este sentido, lo que es determinante para analizar la procedencia de un estudio es la concurrencia de uno o más efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, de los que tres de ellos recurren a la noción de *significancia* (literales b, c y e), uno a la noción de *susceptibilidad de afectación* (literal d), otro a la simple *alteración* (literal f) y el restante al mero *riesgo* (literal a). Ello se explica porque dichos efectos, características o circunstancias que exigen la presentación de un estudio de impacto ambiental responden a distintos umbrales de tolerancia que la sociedad ha definido (Durán, 2017: 165; Servicio de Evaluación Ambiental, 2013: 5).

18. Sentencia de la Corte Suprema, 138439/2020, 29 de marzo de 2021, considerando octavo.

La razón por la que a dichos efectos, características o circunstancias se les llame indistintamente *impactos significativos* —concepto inexistente en la Ley 19.300— es porque el inciso segundo del artículo 2 literal e) del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental señala que «los impactos ambientales serán significativos cuando generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, conforme a lo establecido en el título 2 de este reglamento».

En la práctica, la noción de *impacto significativo* ha generado confusiones a la hora de analizar las causales de ingreso por el estudio de impacto ambiental, puesto que dicha noción induce a no prestar la suficiente atención respecto a la especificidad de cada uno de los literales del artículo 11 de la ley mencionada que operan bajo distintos umbrales de tolerancia; aunque cabe mencionar que sí existen trabajos en los que se destaca la relevancia de distinguir cada uno de los literales a efectos de la procedencia de la consulta indígena (Durán, 2017: 164-166).

En este punto, es importante hacer notar que la circunstancia del literal d) del artículo 11 de la ley recurre más bien a un criterio de localización del proyecto o actividad unido a la mera *susceptibilidad de afectación* de un área o *población protegida*. Específicamente, la causal de ingreso es la «localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar».

En términos concretos, el literal d) del artículo 11 de la ley exige que los proyectos o actividades que se ubiquen próximos¹⁹ a alguna *población protegida* susceptible de ser afectada debe ingresar mediante un estudio de impacto ambiental. Cabe destacar que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 8 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, «se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización»,²⁰ de forma tal que la

19. A nuestro juicio, por una cuestión semántica, la causal únicamente se refiere a la ubicación próxima a poblaciones protegidas y no a *poblaciones protegidas*. Ello, pues las últimas, a diferencia de las *áreas protegidas*, no son ubicaciones, zonas o áreas. La distinción, en todo caso, pierde relevancia si en ambos casos se incluye la noción de territorio.

20. Podría cuestionarse el escueto desarrollo reglamentario respecto de los grupos que deben considerarse como *población protegida*, considerando la protección que exige el derecho internacional de los respecto de diversas categorías sospechosas de discriminación. Por ejemplo, la Corte Suprema en el caso *Los Nogales*, razonando sobre el derecho humano fundamental al agua, recordó alguna de las categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los pobres de las zonas urbanas y rurales, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los refugiados y las personas internamente desplazadas, y los pueblos indígenas. La Corte sostuvo que «respecto de estos grupos y categorías protegidas, la obligación del Estado es especialmente intensa considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran». Sentencia de la Corte Suprema, 72198/2020, 18 de enero de 2021, considerandos décimo y undécimo.

proximidad de un proyecto o actividad unido a la *susceptibilidad de afectación* a pueblos indígenas opera genuinamente como una causal de ingreso mediante un estudio de impacto ambiental.

En este sentido, ni la ley ni el reglamento exigen *efectos adversos significativos* sobre pueblos indígenas para la procedencia de un estudio de impacto ambiental como parece desprenderse de cierta jurisprudencia de los Tribunales Ambientales;²¹ por el contrario, la Ley 19.300 atiende, al igual que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, a la mera *susceptibilidad de afectación*.

Esto explica por qué el proceso de consulta indígena solo está regulado a nivel reglamentario en la tramitación de los estudios de impacto ambiental. No se trata de una restricción del ámbito de aplicación de la consulta indígena, como ha sostenido cierta parte de la doctrina (Mahn, 2021: 68); antes bien, se trata de una restricción del ámbito de aplicación de las Declaraciones de Impacto Ambiental: cada vez que exista *susceptibilidad de afectación* a pueblos indígenas, el proyecto debe ser evaluado mediante un estudio de impacto ambiental.

Ahora bien, aceptar que, de acuerdo con el literal d) del artículo 11 de la ley, la localización próxima a pueblos indígenas susceptibles de ser afectados es un impacto significativo autónomo no soluciona el problema respecto a los criterios que deben seguirse para determinar cuándo se verifica dicha causal de ingreso. Hasta el momento, interpretaciones restrictivas o confusas²² amparadas en el artículo 8 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental han impedido que en la práctica dicha disposición opere como bisagra entre los criterios de la ley y el convenio (Carmona, 2020: 223-224).

Sin embargo, recientemente el Primer Tribunal Ambiental homologó la *susceptibilidad de afectación directa* del artículo 6.1 del convenio con la *susceptibilidad de afectación* del literal d) del artículo 11 de la ley, con lo que se armonizan ambos cuerpos normativos. En su sentencia, el tribunal descarta la procedencia de acudir al concepto de significancia invocado por la reclamada, pues, como correctamente

21. En el caso *GNL Talcahuano*, el Tercer Tribunal Ambiental entendió que el artículo 85 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental que establece la procedencia de la consulta indígena, exigía «efectos adversos significativos en relación a uno o más grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas». Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-6-2020, 29 de octubre de 2021, considerando 52.º.

22. Existen interpretaciones de las que, implícitamente, se desprende que lo tutelado por el artículo 8 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental solo serían las áreas protegidas o el valor ambiental y su relación con los pueblos indígenas, y no estos últimos en calidad de tales (véase, Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-6-2020, 29 de octubre de 2021, considerandos 55.º a 64.º). Por otra parte, existen interpretaciones que dan a entender que los criterios de extensión, magnitud o duración recurren a la noción de significancia o reconducen a la concurrencia de otro literal del artículo 11 de la Ley 19.300. A estas últimas interpretaciones se ha hecho referencia a lo largo del artículo.

advierde, «es el mismo artículo 11 literal d) de la Ley 19.300 el que discurre sobre la hipótesis de la *susceptibilidad de afectación* y no de impactos significativos, como pudiese entenderse de los otros literales»,²³ de forma tal que, al haberse evaluado dicho proyecto mediante una Declaración de Impacto Ambiental, pero verificándose la *susceptibilidad de afectación* alegada por la comunidad reclamante, correspondía que el proyecto reingresara bajo la modalidad de un estudio de impacto ambiental con el correspondiente proceso de consulta indígena.²⁴ Durán, en un comentario a dicha sentencia, sostiene que en este caso «se da por acreditada la *susceptibilidad de afectación directa a población protegida* del literal d) del artículo 11 de la Ley 19.300, desagregada del desarrollo e interpretación que de la misma establece el artículo 8 del [reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental], en una interpretación del mencionado literal en base a lo dispuesto en el Convenio 169 de la [Organización Internacional del Trabajo]» (2021: 410) y señala que esta interpretación superaría «la asimilación que primero la jurisprudencia y luego el [reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental], establecen entre la SAD a los pueblos indígenas requerida en el Convenio 169 de la [Organización Internacional del Trabajo] para la procedencia de la consulta a dichos pueblos y los impactos ambientales significativos (aquellos efectos, características y circunstancias señalados en los artículo 11 de la Ley 19.300 y desarrollados en los artículos 5 a 11 del [reglamento])» (2021: 413-414). En este punto no concordamos, ya que la sentencia hace precisamente lo contrario al asimilar la *susceptibilidad de afectación directa* a la circunstancia del artículo 11 d) de la ley, pues «es solo de esta manera que puede entenderse armónicamente el alcance y contenido del Convenio 169 y el derecho ambiental interno».²⁵

Lo que sucede es que el Primer Tribunal Ambiental advierte que nuestra legislación ambiental correctamente interpretada no establece un requisito más exigente que el convenio mencionado para la procedencia de la consulta indígena en el sistema de evaluación de impacto ambiental, y es así que «si bien los artículos 7, 8 y 10 del [reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental] originalmente se han previsto como complemento o detalle de los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley 19.300, respectivamente, la remisión que hace el artículo 85 del mismo reglamento debe aplicarse teniendo como piedra angular la *susceptibilidad de afectación* a la que se refiere el literal d) del artículo 11».²⁶

De esta forma, a nuestro juicio, cada vez que se verifique la *susceptibilidad de afectación*, el titular está obligado a ingresar su proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental a través de un estudio de impacto ambiental, instrumento de

23. Sentencia del Primer Tribunal Ambiental, R-38-2020, 21 de abril de 2021, considerando 65.º.

24. Sentencia del Primer Tribunal Ambiental, R-38-2020, 21 de abril de 2021, resuelto II.

25. Sentencia del Primer Tribunal Ambiental, R-38-2020, 21 de abril de 2021, considerando 65.º.

26. Sentencia del Primer Tribunal Ambiental, R-38-2020, 21 de abril de 2021, considerando 67.º.

evaluación más exigente que contempla nuestra legislación ambiental, cumpliendo con ello el deber de protección especial de tierras, territorios y recursos naturales existentes en ellas que se contempla en el artículo 15 del convenio.²⁷

Demostrado que existe completa armonía entre el artículo 6.1 de este último y el literal d) del artículo 11 de la ley, corresponde determinar si el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental al desarrollar dicho *impacto significativo* en su artículo 8 impone exigencias adicionales que lo colocan en tensión.

Un primer aspecto que podría limitar el alcance del literal d) del artículo 11 dice relación con el criterio de proximidad que adopta el reglamento, al vincularlo con un concepto ajeno al convenio, como es el de *área de influencia*, cuyo sentido y alcance es de suyo complejo al punto tal que el Servicio de Evaluación Ambiental (2020) se ha encontrado en la necesidad de dictar una serie de guías para su delimitación.²⁸ La Ley 19.300 no define lo que es *área de influencia*, aunque se menciona en dos oportunidades (artículos 2 literal k) y 9 ter). En cambio, el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, en su artículo 2 literal a), lo define como «el área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias».

La correcta inteligencia del concepto de *área de influencia* en clave de control de convencionalidad exige recurrir a los conceptos que nos entrega el convenio, como es el de *territorio* contemplado en el artículo 13.²⁹ De hecho, así lo señaló el Estado de Chile cuando sostuvo que «el concepto de *área de influencia* propuesto [...] incorpora una noción amplia del territorio o *espacio habitado*, definición análoga a la incorporada en el numeral 2 del artículo 13 del Convenio 169 [...], el cual emplea el concepto de territorio en el sentido de la “totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”» (Ministerio del Medio Ambiente y Servicio de Evaluación Ambiental, 2013: 194). En este contexto, si bien la guía no se refiere a la noción de territorio en los términos del convenio, sí dota al concepto de suficiente amplitud para incorporar tal noción en la evaluación, pues establece:

27. El artículo 15.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo señala que «los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».

28. A nuestro juicio, esta última guía, si bien representa un avance al incorporar exigencias metodológicas para el levantamiento de información primaria, puede presentar problemas de legitimidad de origen, pues, por incidir en aspectos propios de los pueblos indígenas, debería haber contado con su participación.

29. Dicha disposición señala que el territorio «cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera».

En cuanto al territorio compartido, los elementos físicos que evidencian la presencia de grupos humanos corresponden a lugares en que estos habitan; entendiendo *habitar* en su sentido más amplio, el cual no solo considera la vivienda habitación, sino que incluye además todas aquellas formas de ocupación y usos del territorio (entorno), lo cual incluye, por ejemplo, lugares de cultivo, pastoreo, recolección de algas o mariscos, lugares de pesca, actividad turística, o incluso, sectores que se utilizan para el tránsito hacia otros lugares, como las rutas de veranada y las rutas entre centros poblados y lugares aislados, entre otros (22).

A nuestro juicio, tal como fue reconocido por el Estado de Chile en el proceso de consulta, el concepto de *área de influencia* es homologable al concepto de *territorio*, amparado y tutelado en el convenio.³⁰ En ese espacio geográfico —que en el contexto del sistema de evaluación de impacto ambiental podemos llamarlos indistintamente— los recursos naturales deben protegerse especialmente, lo que comprende el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, y a cooperar en la protección y preservación de su medio ambiente (artículos 15.1 y 7.4 del convenio, respectivamente).

Esta comprensión da cuenta que para determinar la *proximidad* a la que se refiere el literal d) del artículo 11 de la ley lo relevante es determinar si un proyecto es el que se ubica en territorio indígena y no si las comunidades se ubican en el área de influencia del proyecto.

En relación con los criterios de extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan que exige el artículo 8 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental para evaluar la *susceptibilidad de afectación*, debemos señalar que, por una cuestión de jerarquía normativa, tal como reconoce el propio Servicio de Evaluación Ambiental, «los límites interpretativos se encuentran en la ley y la interpretación que se dé a las normas reglamentarias no pueden salirse de dicho marco y, por tanto, la interpretación que se dé al artículo 8 [...] no puede ir más allá de aquella parte de la Ley 19.300 que ejecuta, a saber, su artículo 11 letra d)» (2016: 20). De esta forma, los criterios mencionados son solo uno de los tantos a los que la autoridad ambiental puede recurrir para evaluar la *susceptibilidad de la afectación*. Por ello, está en lo correcto el Primer Tribunal Ambiental cuando sostiene que las normas del reglamento en lo relativo a la procedencia de la consulta indígena deben «aplicarse teniendo como piedra angular la *susceptibilidad de afectación* a la que se refiere el literal d) del artículo 11».³¹

30. Se advierte que una interpretación distinta a la sustentada por el propio Estado de Chile para dar respuesta a las inquietudes de los pueblos indígenas no es compatible con la buena fe que debe guiar todo proceso de consulta indígena.

31. Sentencia del Primer Tribunal Ambiental, R-38-2020, 21 de abril de 2021, considerando 67.º.

De esta forma, la cuestión central puesta en debate es determinar el correcto sentido y alcance del *impacto significativo* del literal d) del artículo 11 de la ley, en concordancia con los estándares fijados por el convenio. Al respecto haremos seis comentarios referentes a la evaluación de este impacto.

En primer lugar, el énfasis debe colocarse en la localización.³² Esto se desprende del tenor literal d) del artículo 11 de la ley y del artículo 8 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental que llama a esta circunstancia localización y valor ambiental del territorio. Como vimos, la proximidad debe considerarse en función del territorio: si el proyecto se localiza en el territorio indígena, se encuentra establecida la proximidad.

En segundo lugar, siguiendo el lenguaje del artículo 11 de la ley, el literal es una circunstancia o característica (la localización), pero no un efecto. La implicancia de esto es que solo respecto de los efectos se puede predicar qué es *significativo*, y a la inversa: no es posible decir que existe algo como una *localización próxima significativa*.

En tercer lugar, y como ya se ha tenido la oportunidad de señalar, el precepto solo exige *susceptibilidad de afectación*, es decir, potencialidad de alguna afectación.³³ Se descarta que esta deba ser probada, pues basta la mera posibilidad de afectación para que se dé por cumplido el supuesto de hecho de la norma y se desencadenen sus consecuencias jurídicas, a saber, la presentación de un estudio de impacto ambiental e implementación de un proceso de consulta indígena previa y, como veremos, la presentación de medidas de reparación, mitigación o compensación. De esta forma, se elimina que sea un requisito de la norma la existencia de una *afectación significativa* o un *efecto adverso significativo* sobre el grupo humano indígena.

En cuarto lugar, no procede exigir la concurrencia de otro *impacto significativo* establecido en un literal distinto para que se dé por concurrente el del literal d) del artículo 11 de la ley. De ser así, este último sería una norma redundante que no tendría ninguna utilidad y autonomía. Por tanto, no hay necesidad de que se produzca una

32. Aunque la determinación del sentido y alcance de la *susceptibilidad de afectación* escapa de las pretensiones de este artículo, estimamos que, por regla general, para configurar la *susceptibilidad de afectación* debiera ser decidir la presunción del artículo 10 de la Ley 19.300 respecto a los proyectos o actividades que son susceptibles de causar impacto ambiental, de modo tal que ubicado un proyecto susceptible de causar impacto ambiental en territorio indígena, habría de concluirse que se configuraría la *susceptibilidad de afectación* a que se refiere el artículo 11 literal d) de la ley mencionada.

33. Ha de recordarse que la afectación directa es un elemento normativo al que el legislador ha recurrido en diversas oportunidades para atribuir legitimación a una determinada persona o grupo de personas. En efecto, la Ley 19.300 recurre a la afectación directa como elemento legitimante en la participación ciudadana (artículo 30 bis), en la solicitud de revisión extraordinaria de la resolución de calificación ambiental (artículo 25 quinquies) y en la acción de reparación de daño ambiental (artículo 53), mientras que el artículo 21 de la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo discurre sobre la base de la afectación de derechos e intereses para otorgar la calidad de interesado.

«alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos» (literal c) o existan alteraciones al patrimonio cultural (literal f) para que se tenga por configurada la causal de ingreso del literal d) del artículo 11 de la ley.³⁴ Tal como lo ha reconocido el Servicio de Evaluación Ambiental, estamos en presencia de un *impacto significativo* autosuficiente (2016: 21).³⁵

En quinto lugar, y como corolario de lo anterior, aparece del todo lógico la simple exigencia de *susceptibilidad de afectación* como causal de ingreso por el estudio de impacto ambiental que hace procedente la consulta indígena, pues es esta el mecanismo de diálogo intercultural adecuado para determinar la entidad de las alteraciones sobre los sistemas de vida, costumbres y patrimonio cultural de los pueblos indígenas (Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, 2013: 397-398).

Finalmente, y tal como ha razonado la Corte Suprema respecto a este mismo literal, pero en relación con las áreas protegidas, la sola *susceptibilidad de afectación* importa la necesidad de ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental «a través del instrumento de revisión más intenso contemplado en la legislación vigente, consistente en el estudio de impacto ambiental».³⁶

34. A nuestro juicio, la falta de especificidad del literal d) del artículo 11 de la Ley 19.300 como *impacto significativo autónomo* es lo que ha generado el problema de la incorporación de la magnitud de los impactos como requisito de procedencia de la consulta indígena. Eso se observa en una de las primeras sentencias de la Corte Suprema en la que se rechaza el recurso de protección en por falta de consulta indígena en el sistema de evaluación de impacto ambiental (caso *lof Palguín*) porque «el proyecto no genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida» de manera tal que «al no presentar el proyecto signos o evidencias de generar efectos importantes sobre el medio ambiente, entre ellos, el que se ha descrito precedentemente, la autoridad no requirió la elaboración de un estudio de impacto ambiental». Sentencia de la Corte Suprema, 1525/2019, 17 de mayo de 2020, considerandos noveno y décimo. En este caso, la Corte solo se centra en el descarte del literal c) del artículo 11 de la ley mencionada, omitiendo cualquier razonamiento respecto del literal d).

35. Existen casos en que el Servicio de Evaluación Ambiental ha decretado procesos de consulta por la concurrencia de la circunstancia del artículo 11 literal d) de la Ley 19.300, sin la concurrencia de otro literal, véase al respecto, Resolución Exenta 816 de 2016 de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental respecto del Proyecto Mejoramiento Rutas S-941, S-939 y Camino S/Rol, Sector Palguín-Coñaripe; Resolución Exenta 356 de 2017 de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso respecto del Proyecto Ecoparque Vai a Ori; Resolución Exenta 336 de 2016 de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Los Lagos respecto del Proyecto Parque Eólico Calbuco; y la Resolución Exenta 179 de 2015 de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la región de Bío Bío respecto del Proyecto Central Hidroeléctrica Rucalhue.

36. Sentencia de la Corte Suprema, 10477/2019, 5 de junio de 2019, considerando sexto y Sentencia de la Corte Suprema, 12808/2019, 5 de junio de 2019, considerando décimo tercero.

La susceptibilidad de afectación como un impacto respecto del que se deben proponer medidas de mitigación, reparación o compensación adecuadas

La proposición de medidas de mitigación, reparación o compensación son consustanciales a los estudios de impacto ambiental. En la medida que el proyecto o actividad genere alguno de los efectos, características o circunstancias que ameritan su evaluación mediante uno de los estudios, deben proponer medidas que se hagan cargo de aquellas. Así, el literal e) del artículo 12 de la Ley 19.300 referido a los contenidos de estos, establece que estos deberán considerar «las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente».

Por ello, la ley sujeta la aprobación del estudio de impacto ambiental a que dichas medidas sean apropiadas, tal como se desprende del inciso final del artículo 16 que dispone que «el estudio de impacto ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado».

La relación entre *susceptibilidad de afectación directa*, consulta indígena y medidas de mitigación, reparación o compensación se desprende además con claridad del artículo 8 del reglamento general de consulta que establece que «la evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la Ley 19.300 y su reglamento incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la Ley 19.300».

De esta forma, la *susceptibilidad de afectación*, al constituirse como un genuino *impacto ambiental significativo*, exige que el titular presente medidas de mitigación, reparación o compensación para hacerse cargo de ellas. La omisión de dichas medidas, además de constituir una causal de rechazo (artículo 16 inciso final de la ley), implica un incumplimiento a uno de los contenidos mínimos del estudio de impacto ambiental,³⁷ de manera tal que a la autoridad ambiental le corresponde declarar la inadmisibilidad de él³⁸ o decretar el término anticipado.³⁹

37. De acuerdo con literal i) del artículo 18 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, el estudio de impacto ambiental debe considerar: «un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación que describirá y justificará las medidas que se adoptarán para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos del proyecto o actividad descritos en la literal g) del presente artículo. El plan deberá cumplir con lo establecido en el párrafo primero del título 6 de este reglamento».

38. El examen de admisión a trámite se contempla en el artículo 31 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, en relación con el artículo 14 ter de la Ley 19.300.

39. El término anticipado se contempla en el artículo 36 del reglamento del sistema de evaluación de

La pertinencia de las medidas de mitigación, reparación o compensación deben ser parte del diálogo en el marco de la consulta indígena (Servicio de Evaluación Ambiental, 2016: 31), de manera que las apreciaciones manifestadas por los pueblos indígenas en dicho proceso deban ser consideradas y ponderadas por la autoridad ambiental a efecto de evaluar la suficiencia e idoneidad de dichas medidas. Debe recordarse que el ejercicio del derecho a la consulta indígena no se agota con el cumplimiento de ciertas ritualidades procedimentales; por el contrario, la autoridad tiene el deber de considerar los resultados de la consulta y acomodar los derechos e intereses en juego (deber de acomodo), tomando en consideración las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos consultados y de justificar fundadamente cualquier decisión en un sentido contrario (deber de adoptar decisiones razonadas).⁴⁰ En ese sentido, el Tercer Tribunal Ambiental es impreciso cuando señala que en el marco del proceso de consulta indígena, «ni la Ley 19.300 ni el [reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental], obliga al [Servicio de Evaluación Ambiental] a responder o hacerse cargo de los “comentarios u observaciones” que se realizan en las reuniones de la consulta»,⁴¹ pues omite que esta obligación se desprende claramente del artículo 4 de la Ley 19.300;⁴² 34 de la Ley 19.253 de Desarrollo Indígena⁴³ y de las disposiciones del convenio que contemplan este deber, todas normas vinculantes para la autoridad ambiental.

La relevancia de tener en consideración esta consecuencia jurídica de la *susceptibilidad de afectación directa* consiste en comprender que la omisión de un proceso de consulta indígena —que opera bajo el criterio de la *susceptibilidad de afectación*—

impacto ambiental para el caso de los estudios de impacto ambiental cuando este carece de información relevante o esencial para su evaluación.

40. «Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2009, disponible en <https://bit.ly/3BNnAcc>.

41. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-8-2019, 5 de septiembre de 2019, considerando décimo sexto.

42. Dicha disposición 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».

43. El inciso primero del artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena establece que «los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley».

trae aparejado un vicio que excede lo puramente procedimental, pues la ausencia de medidas de mitigación, reparación o compensación se traduce en un vicio de fondo, como veremos.

Ausencia de consulta indígena en el sistema de evaluación de impacto ambiental: Más allá de lo procedimental

Tradicionalmente la omisión de un proceso de consulta indígena se ha mirado por los operadores jurídicos en clave de vicio de procedimiento.⁴⁴ El análisis de la *susceptibilidad de afectación directa* que aquí se propone invita a comprender la omisión de un proceso de consulta indígena como un vicio en la evaluación que afecta directamente la validez de la resolución de calificación ambiental. Para demostrar ello, resulta necesario colocarse en la hipótesis de que, aunque no se ha declarado por el titular, se verifica la *susceptibilidad de afectación directa* durante la evaluación ambiental. Para ello, es necesario distinguir entre una declaración de impacto ambiental y un estudio de impacto ambiental.

Para el caso de las declaraciones, estrictamente, no resulta procedente sostener que la ausencia de consulta indígena es un vicio de procedimiento porque esa institución no se contempla para dicha vía de evaluación. Lo que ocurre es que, en caso de que se verifique *susceptibilidad de afectación*, debe corregirse la vía de ingreso, disponiendo el reingreso del proyecto mediante un estudio, para lo que el Servicio de Evaluación Ambiental cuenta con distintas vías. Así, dependiendo de la etapa en que la autoridad ambiental verifique la susceptibilidad de afectación deberá declarar inadmisibles la declaración,⁴⁵ decretar su término anticipado,⁴⁶ o bien, rechazar el proyecto.⁴⁷

Para el caso de un estudio, la ausencia de consulta indígena cuando existe *susceptibilidad de afectación* sí genera un vicio de procedimiento, pero el análisis no debe agotarse ahí. Como el titular no reconoció un impacto significativo que sí era

44. En ese sentido, Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-6-2020, 29 de octubre de 2021, considerando 86.º.

45. El artículo 14 ter de la Ley 19.300 señala que «el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se iniciará con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir, con el objetivo de que no existan errores administrativos en el proceso de admisión a trámite de un proyecto», mientras que el control de admisibilidad se contempla en el artículo 31 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental.

46. De acuerdo con artículo 18 bis de la Ley 19.300, se considera una causal de término anticipado de la evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, el hecho de que el proyecto o actividad requiere de un estudio de impacto ambiental.

47. De acuerdo con inciso tercero del artículo 19 de la Ley 19.300, una de las causales de rechazo de la Declaración de Impacto Ambiental consiste en que el proyecto o actividad requiere ser evaluado mediante un estudio de impacto ambiental.

concurrente, malamente pudo haber propuesto medidas de mitigación, reparación o compensación, lo que, como vimos, puede ser controlado por la autoridad ambiental en etapa de admisibilidad, de término anticipado o en la calificación ambiental del proyecto.

En ambos casos, las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas a que se refiere el artículo 86 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental⁴⁸ juega un rol trascendental para efectos de identificar la *susceptibilidad de afectación* (Donoso, 2014: 75) y con ello corregir adecuadamente los vicios que se derivan de la ausencia de consulta indígena. Respecto de estas reuniones, la jurisprudencia ha estimado que constituyen un mecanismo no homologable a las reuniones de participación ciudadana, a través de las que las comunidades indígenas pueden entregar información relevante acerca de cuestionamientos que le surjan vinculados con el proyecto a evaluación⁴⁹ y que, por tratarse de una medida de protección del componente humano, su cumplimiento está sometido a estándares exigentes, cuya omisión puede traducirse en un vicio esencial en la evaluación.⁵⁰

Por su parte, el órgano revisor de la legalidad de la resolución de calificación ambiental favorable, así como el procedimiento que le precede, ha de tener en cuenta que el desconocimiento de la *susceptibilidad de afectación* se traduce no solo en la ausencia de consulta indígena, sino también en un vicio de fondo que afecta la validez del acto terminal por incumplimiento de la normativa ambiental aplicable, pues se ha aceptado una declaración o un estudio, aun cuando no se han verificado los supuestos de hecho de la norma para su aprobación.

En definitiva, la ausencia de reconocimiento de la *susceptibilidad de afectación directa* se traduce en una causal de rechazo de ellos por incumplimiento de la normativa ambiental aplicable, por requerirse la evaluación para el caso de la declaración y por no haber propuesto medidas de mitigación, reparación o compensación apropiadas en el caso de un estudio. Esto quiere decir que en el evento de que se apruebe alguno de estos dos que no reconozca *susceptibilidad de afectación directa* a pueblos indígenas, debiendo hacerlo, se verifica una infracción del inciso tercero del artículo 19 de la Ley 19.300 en el caso de la declaración y una infracción del artículo 16 inciso final de la ley mencionada en el caso de un estudio.

48. En síntesis, esta disposición obliga al servicio, en caso de que el titular no reconozca *susceptibilidad de afectación directa* cuando el proyecto se ubique en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígenas o en cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, a reunirse en una etapa temprana de la evaluación con dichos grupos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia del término anticipado.

49. Sentencia de la Corte Suprema, 36919/2019, 22 de febrero de 2021, considerando décimo quinto.

50. Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, R-78-2018, 7 de junio de 2019, considerandos 67.º a 69.º.

Conclusiones

La forma en la que se propone que se comprenda la *susceptibilidad de afectación directa* en el sistema de evaluación de impacto ambiental se traduce en las siguientes obligaciones para los actores que participan en la evaluación ambiental:

- Si un proyecto que requiere ingresar al sistema es susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas, el titular tiene la obligación de someterlo a evaluación través de un estudio de impacto ambiental.
- Si un proyecto que requiere ingresar al sistema es susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas, es deber de la autoridad ambiental verificar que el instrumento de evaluación sea el correcto y, en su caso, decretar un proceso de consulta indígena.
- Dado que la *susceptibilidad de afectación directa* es un *impacto significativo*, el titular debe proponer medidas de mitigación, reparación o compensación que se hagan cargo de él. La autoridad ambiental, por su parte, debe evaluar que las medidas propuestas sean adecuadas, para lo que debe considerar las observaciones efectuadas por los pueblos indígenas en el marco del proceso de consulta indígena.

Esto trae consigo otras consecuencias que son necesarias tener en consideración:

- No resulta concebible que se decrete un proceso de consulta indígena en una Declaración de Impacto Ambiental. Si un proyecto susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas ingresa mediante la declaración, es deber de la autoridad administrativa de ordenar que el proyecto ingrese a través de un estudio de impacto ambiental.
- No resulta concebible que se decrete un proceso de consulta indígena en un estudio si no se reconoce el impacto significativo del artículo 11 d) de la Ley 19.300. Tanto esta última como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo tienen como presupuestos de hecho la susceptibilidad de afectación, por lo que existiendo esta, debe entenderse que se ha verificado el supuesto de hecho de ambas disposiciones.
- Cada vez que exista un proceso de consulta indígena deben contemplarse medidas de mitigación, reparación o compensación para hacerse cargo de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas. Si ello no ocurre, el estudio debe ser rechazado, conforme lo exige el inciso final del artículo 16 de la ley mencionada. En caso de que sea aprobado se genera un vicio de fondo que afecta la validez de resolución de calificación ambiental favorable, el que puede ser alegado por quien revista la calidad de interesado sin necesidad de

que esta persona pertenezca al pueblo indígena respecto del que se omitieron las medidas porque no resulta exigible el perjuicio a que se refiere el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Administrativo al no tratarse de un vicio de procedimiento o de forma sino de fondo.

- En el evento de que el órgano revisor constate que en la evaluación ambiental no se decretó un proceso de consulta indígena, debiendo hacerlo, debe considerar que ello también se traduce en que no se han propuesto medidas de mitigación, reparación o compensación para el impacto significativo respectivo. Por ello, deberá anular la resolución de calificación ambiental, colocándole término al procedimiento o, en su caso, deberá retrotraer el procedimiento a una etapa en la que el titular esté en condiciones de reconocer el impacto significativo y proponer medidas de mitigación, reparación o compensación adecuadas para hacerse cargo de él, circunstancias que deben ser observadas por los pueblos indígenas, por los Órganos de la Administración del Estado con Competencia Ambiental y por la ciudadanía a través de un nuevo proceso de participación ciudadana de acuerdo al inciso segundo del artículo 29 de la Ley 19.300.

Referencias

- ARIZA, Rosember y Christian Steiner (2020). «Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico». En José Regalado, Rosember Ariza, Christian Steiner, Ginna Rivera, Aresio Valiente y Guillermo Padilla (autores), *Pluralismo jurídico manual para la práctica de la justicia intercultural* (pp. 108-109). Alemania: Konrad Adenauer Stiftung.
- AYLWIN, José, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom.
- CARMONA, Cristóbal (2020). «Evaluación ambiental, consulta indígena y el “desplazamiento” de los derechos de los pueblos indígenas». *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), 88 (248): 199-232. DOI: [10.29393/RD248-17EACC10017](https://doi.org/10.29393/RD248-17EACC10017).
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (2009). «Observación general: Convenio sobre pueblos indígenas y tribales». *Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en <https://bit.ly/3Wxyvyx>.
- DONOSO, Sebastián (2014). «Declaraciones de impacto ambiental y consulta indígena en el SEIA: Comentario a la tendencia de homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 OIT». En Alejandro Parodi, Arturo Fernandois, Constanza Hube, Eugenio Evans, José García, José Lara, Luis García-Huidobro, Miguel Fernández, Natalia González, Sebastián Donoso, Sebastián Zárata, Sergio Verdugo, Susana Jiménez y Víctor Avilés (autores), *Anuario de doctrina y jurisprudencia. Sentencias destacadas 2013*

- (pp. 57-83). Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo. Disponible en <https://bit.ly/3WkJMSZ>.
- DURÁN, Álvaro (2017). «La susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas como requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental». *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), 5 (2): 143-201. DOI: [10.29393/rd250-11saad10011](https://doi.org/10.29393/rd250-11saad10011).
- . (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* (Universidad de Concepción), 89 (250): 393-421. DOI: [10.29393/RD250-11SAAD10011](https://doi.org/10.29393/RD250-11SAAD10011).
- GUERRA, Felipe (2017). «Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de los proyectos de inversión en Chile». *Revista Justicia Ambiental*, 9: 19-38. Disponible en <http://bit.ly/3VBRpUd>.
- . (2019). «Tomándonos en serio los principios del sistema de evaluación de impacto ambiental: El caso de la *Central Hidroeléctrica Doña Alicia* (Corte Suprema)». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 32 (2): 299-326. DOI: [10.4067/S0718-09502019000200299](https://doi.org/10.4067/S0718-09502019000200299).
- GUERRA, Felipe y Gonzalo Sánchez (2021). «La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile». *Ius et Praxis*, 27 (3): 24-44. DOI: [10.4067/S0718-00122021000300024](https://doi.org/10.4067/S0718-00122021000300024).
- HERVÉ, Dominique y Débora Bascur (2019). «La protección de los derechos de las comunidades indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental por parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o retroceso?». *Justicia Ambiental y Climática*, 11: 197-232. Disponible en <http://bit.ly/3vcHMjI>.
- MAHN, Nicolás (2021). «Análisis crítico de la normativa y jurisprudencia nacional respecto a la consulta indígena en materia ambiental, en relación con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo». *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción), 31: 59-91. DOI: [10.21703/issn2735-6337/2021.n39-04](https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-04).
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2016). «La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales». *Revista de Ciencias Sociales*, 69: 13-52. DOI: [10.22370/rcs.2017.69.932](https://doi.org/10.22370/rcs.2017.69.932).
- . (2020). «Normas autoejecutables en el Convenio 169 de la OIT: Análisis de la sentencia rol 309 del Tribunal Constitucional». *Biblioteca del Congreso Nacional*. Disponible en <https://bit.ly/3PP4GHG>.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2013). *Proceso de consulta indígena sobre el reglamento del SEIA: Guías de procedimientos de participación y apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios*. Disponible en <https://bit.ly/3WchwCc>.

- NASH, Claudio (2013). «Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 23: 489-509. Disponible en <https://bit.ly/3vfjMgc>.
- NOGUEIRA, Humberto (2015). «El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia». *Estudios Constitucionales*, 13 (2): 301-350. DOI: [10.4067/S0718-52002015000200011](https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011).
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2013). *Imparte instrucciones sobre criterios para realizar la evaluación ambiental en etapas tempranas y, si correspondiere, poner término anticipado al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental*. Disponible en <https://bit.ly/3FMdI3m>.
- . (2016). *Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio 169 de la OIT en el sistema de evaluación de impacto ambiental*. Disponible en <https://bit.ly/3PH8WIZ>.
- . (2020). *Guía área de influencia de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en el SEIA*. Disponible en <https://bit.ly/3PJQuzm>.

Sobre el autor

GONZALO SÁNCHEZ SANDOVAL es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, y abogado asistente del Tribunal Constitucional de Chile. Su correo electrónico es gonzalo.sanchez@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-1723-0174>.

La *Revista de Derecho Ambiental*, del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es un espacio de exposición y análisis en el plano académico del derecho ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y reseñas, y aborda diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. Se presentan artículos de diferentes autores y autoras en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

DIRECTORA

Pilar Moraga Sariego

EDITOR

Jorge Ossandón Rosales

SITIO WEB

revistaderechoambiental.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

revistada@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)