

LA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL RECIENTE: TENDENCIA AL RECONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS Y GARANTISMO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Jorge Bermúdez Soto¹

Dominique Hervé Espejo²

Resumen

El presente artículo intenta develar si, a partir del análisis de algunas sentencias recaídas en casos importantes de 2012, es posible extraer principios o reglas generales de derecho ambiental que deben ser tenidos en cuenta en situaciones similares en el futuro. En particular, merece atención el estudio del principio preventivo y de las reglas de consulta y participación indígena en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Los resultados son dispares. En algunos casos, los criterios apreciados, más que sentar jurisprudencia, simplemente resuelven problemas particulares. No obstante el revuelo que puedan haber generado en la opinión pública, algunos de esos resultados responden a vacíos normativos o deficiencias de diseño institucional, y no a reglas que puedan ser extrapoladas como permanentes.

Introducción

El año 2012 fue, sin dudas, prolífico en la dictación de sentencias en materia ambiental por parte de los tribunales superiores de justicia, tanto por el número de fallos dictados³ como por la novedad del razonamiento judicial en algunos casos. Mucho se ha comentado –y criticado– la revisión más intensa que estaría realizando el Poder Judicial de las decisiones ambientales de la Administración a partir del último año, llegando incluso a sostenerse que tal tendencia jurisprudencial estaría perjudicando la certeza jurídica que deben generar tales decisiones administrativas, o bien que los fallos de la Corte

1 Profesor de Derecho Administrativo y Ambiental, Universidad Católica de Valparaíso.

2 Profesora de Derecho Ambiental, Universidad Diego Portales.

3 Ver Cordero Vega, Luis (Dir.), *Jurisprudencia ambiental. Casos destacados*, (Abeledo Perrot, Thomson Reuters) 2012, Tomos I, II y III.

Suprema estarían revolucionando la regulación ambiental.⁴ Algunos han recordado que en materia de recurso de protección la labor del juez consiste en garantizar los derechos fundamentales, para lo cual debe establecer todas las medidas que considere necesarias.⁵ El objetivo de este trabajo no consiste en analizar una u otra posición, sino que, más bien, destacar ciertos contenidos de las principales sentencias judiciales de 2012 en la materia, que consideramos constituyen razonamientos que se deben tener en cuenta en la evolución del derecho ambiental nacional. Uno dice relación con la introducción de la argumentación jurídica basada en los principios ambientales y un segundo con la aplicación de normas internacionales de derechos humanos que modifican directamente el derecho ambiental nacional. En ambos asuntos se confirma que la Corte Suprema, en particular la Tercera Sala, ha manifestado una intención de intervenir decididamente en la configuración de la protección ambiental, al menos respecto de los proyectos y actividades que se someten al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

1. La utilización de los principios jurídicos en la resolución de conflictos ambientales

La deducción de los principios generales del derecho ambiental desde las diversas fuentes del derecho no se realiza de manera aislada. El desarrollo y caracterización de un principio puede estar basado en todas las fuentes. Es más, muchas veces tiende a confundirse con las mismas. Por ejemplo, si se considera el principio de participación o audiencia al ciudadano en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, inmediatamente se lo asocia con el derecho de defensa garantizado constitucionalmente. Pero, si bien existe una relación entre dicha garantía constitucional y el principio, la participación en el procedimiento administrativo, en especial dentro del procedimiento de tipo sancionador, alcanza más aspectos que el mínimo garantizado por el derecho de defensa.

Es preciso considerar que los principios del derecho ambiental deben reunir las características de todo principio jurídico, es decir, se debe tratar de: (a) *principios*: en cuanto son piezas fundamentales (de la arquitectura) del ordenamiento jurídico ambiental; (b) *generales*: por cuanto trascienden el precepto en concreto para organizar, articular y dar sentido a una pluralidad de ellos, en

4 Cordero Vega, "Corte Suprema y medio ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?", en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012, pp. 359 y ss.

5 *El Mercurio Legal*, Zúñiga, Francisco, "Sentencia Central y Puerto Castilla", 30 de agosto de 2012.

una determinada materia jurídica (más o menos amplia); y (c) *de derecho*: ellos no están fuera del derecho, sino dentro del mismo (no son principios éticos), es decir, son normas jurídicas. De allí la dificultad para distinguir ontológicamente un principio general de una regla jurídica general.

Los principios generales del derecho “despliegan una triple eficacia: heurística,⁶ resolviendo los problemas interpretativos que –para hallar la solución jurídica correcta– surjan en el manejo y la aplicación de las normas y aun de los simples actos; inventiva, dando cobertura al hallazgo de reglas y soluciones nuevas; y organizativa, ordenando las normas y los actos heterogéneos y aun discrepantes.⁷ Y esta función, con tal triple eficacia, asegura además al ordenamiento jurídico la necesaria flexibilidad para, en su dinámica, adaptarse a las circunstancias diversas y a la evolución social. En este sentido son normas de segundo grado”.⁸

El juez está llamado a aplicar el derecho vigente, no a crearlo. Esta frase tan sencilla, no debe llamar a engaño respecto de la complejidad de la actividad del juez. Es común que el juez, enfrentado a un caso, encuentre que este no está regulado expresamente, que la ley contiene una laguna, que la solución al caso es contradictoria o, sencillamente, que la solución legal dada al caso no es justa. En todas estas situaciones, no será posible la simple tarea de subsunción entre norma y caso: el juez deberá, él mismo, desarrollar la regla que resuelve el caso, deberá asumir una labor creativa. De esta actividad, surgirán los llamados principios de derecho de elaboración judicial (*Rechtssprechungsgrundsätze*), que son creados y aplicados por el juez. Esto es lo que ha estado ocurriendo en el último tiempo con la jurisprudencia en materia ambiental de la Corte Suprema, sobre todo a raíz del descubrimiento del principio de prevención.

En el derecho ambiental los principios jurídicos tienen como función servir de elementos de interpretación, concretización y desarrollo de la propia ley y del ordenamiento en general. Mientras del legislador emana una ley que debe estar ajustada a la Constitución, el juez debe aplicar la misma procurando concretizarla y desarrollarla, pero no corregirla. Entre la frialdad de

6 Heurística: Arte de inventar; busca o investigación de documentos o fuentes históricas (RAE). En tal sentido, habría que hablar más bien de función interpretativa o auxiliar de la labor hermenéutica.

7 Los principios jurídicos, en cuanto instrumento de organización, permiten determinar si entre las diversas normas existen conexiones, de las que puedan surgir *criterios de orden y clasificación*. Por ejemplo, las normas sobre responsabilidad, sobre intervención en el procedimiento, etc.

8 Parejo Alonso, Luciano, *Manual de derecho administrativo*, (Editorial Ariel Derecho) 4^{ta} edición, 1996, p. 207.

la norma positiva y la contingencia del caso concreto que se debe regular, los principios generales del derecho ambiental actúan como una especie de bálsamo o engrase, permitiendo una mayor pulcritud y fineza en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Es por ello que resulta tan difícil asignar un lugar a los principios generales de derecho dentro del rango de fuentes, dado que su función no es la de imponerse por sobre otras normas de supuesto inferior nivel (es decir, por no tener un efecto derogatorio), sino facilitar o justificar la aplicación de otra fuente. En tal sentido, los principios generales del derecho tienen un valor subsidiario dentro del esquema de las fuentes, que se aprecia en las sentencias que se pasan a comentar.

1.1. La aplicación de los principios en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema permite concluir que esta se encuentra más apegada a la aplicación de razones de principio que a una norma positiva para fundar sus razonamientos en materia ambiental. No deduce el principio del ordenamiento jurídico, sino que lo formula primero para luego aplicarlo en la interpretación de una norma o en la revisión de una decisión administrativa. Así, por ejemplo, en la sentencia de Río Cuervo⁹ la Corte Suprema parte fundando su razonamiento en una advertencia, señalando que: “cualquiera sea el cuerpo normativo aplicable al proyecto, según la etapa del mismo, este debe ser estudiado y analizado por los organismos de rigor bajo el prisma de los principios ambientales que se han tenido a la vista al momento de legislar”.¹⁰ Esta declaración inicial corresponde a la labor que deben cumplir los principios: no sustituir a la norma positiva sino servir de bálsamo aplicador de las mismas y permitir su aplicación justa. Sin embargo, como se ha dicho, tal labor implica una deducción del principio desde el ordenamiento jurídico y no al revés. La actuación de lógica inversa de los juzgadores, que no siempre deducen el principio sino que lo formulan, resulta evidentemente criticable porque hace muy tenue la línea entre administración de justicia y activismo judicial.

En la jurisprudencia destacada en materia ambiental del último tiempo es posible apreciar una tendencia a fijar el concepto de los principios y una función interpretativa de los mismos. Tal es el caso del principio preventivo.

⁹ Corte Suprema, Rol 2463-2012, sentencia de fecha 11 de mayo de 2012.

¹⁰ *Ibid.*, considerando 5.

La Corte Suprema en primer término fija su concepto, para luego darle una función interpretativa de diversas normas del procedimiento administrativo de evaluación ambiental.

1.2. Fijación del concepto de principio preventivo

En la sentencia del asunto Río Cuervo, la Corte Suprema se explaya latamente en la conceptualización del principio preventivo al señalar que “[e]l principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que estos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren”.¹¹

La conceptualización del principio preventivo en este caso es, en términos generales, correcta, ya que efectivamente implica una actuación previsoras frente a los riesgos, minimizándolos “de modo de aminorar o suprimir los efectos ambientales que pudieren derivarse de la actividad humana, incorporando medidas que vayan en tal sentido antes de ejecutar una determinada acción que se supone alteradora del medio en términos relevantes”.¹² Sin embargo, el tribunal se equivoca –aunque no resulta relevante para efectos de la conceptualización del principio preventivo– en entender que el principio precautorio “actúa bajo supuestos ya comprobados”. Ello porque, como

¹¹ *Ibíd.*, considerando 6.

¹² Guzmán Rosen, Rodrigo, *Derecho ambiental chileno, Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, (Planeta Sostenible) 2012, p. 43.

es sabido, el principio precautorio implica una actuación anticipada incluso frente a una baja posibilidad de riesgo o, sobre todo, con ausencia de certeza científica absoluta de riesgo.¹³

Respecto al concepto de principio preventivo, debe destacarse que, si bien su concepto puede ser aceptado, la Corte Suprema omite cualquier referencia a las normas o instrumentos de gestión ambiental desde los cuales puede deducirse la existencia del principio. El tribunal no estaba obligado a hacerlo; sin embargo, cuando no se citan las disposiciones constitucionales y legales desde los cuales trasunta un principio, se abre la duda de si la formulación del mismo correspondió al resultado de una labor de dogmática jurídica o, por el contrario, responde al deseo de quien lo formula.

1.3. El principio preventivo como herramienta para entrar en el control de la discrecionalidad técnica

Una discusión típicamente administrativista dice relación con la posibilidad de los tribunales de entrar en el análisis de los criterios técnicos que ha tenido el órgano administrativo específico para otorgar o no un acto administrativo favorable. Dependiendo de la formación del estudioso del derecho administrativo, ello se ha denominado como discrecionalidad técnica –para aquellos influenciados por el derecho español– o deferencia administrativa,¹⁴ para quienes recibieron influjos norteamericanos. En el asunto Río Cuervo, la Corte Suprema no tiene reparos para transformarse en tribunal contencioso-administrativo y ejercer los poderes genéricos que la Constitución le entrega en el artículo 20, entrando de lleno en la forma en que la autoridad ambiental aplicó la normativa relativa al procedimiento administrativo de evaluación. Para ello entiende que el Servicio de Evaluación Ambiental “ha incurrido en ilegalidad al dejar de aplicar el texto expreso de la ley y obviar los principios que la rigen, por haber dictado un Informe Consolidado de Evaluación que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento del Sistema

¹³ Bermúdez Soto, Jorge, *Fundamentos de derecho ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2007, pp. 44-46.

¹⁴ En los Estados Unidos, la administración se encomienda a agencias administrativas creadas por la ley, que les otorga no solo facultades administrativas sino también funciones que en derecho estadounidense reciben el nombre de cuasi legislativas (*rulemaking*) y cuasi judiciales (*adjudication*). El 25 de junio de 1984 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó la sentencia *Chevron v. Natural Resources Defense Council* (467 US 837 [1984]), en la cual se estableció como doctrina a aplicar en los casos de interpretación administrativa de textos legales un doble criterio: en primer lugar, debe verificarse si en efecto se está ante un precepto legal ambiguo u oscuro en el que el legislador no haya establecido el criterio a adoptar en ese caso y, de darse este, los Tribunales deben otorgar deferencia a la interpretación realizada por la agencia administrativa, siempre que esta supere el test de razonabilidad.

de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación al artículo 27 del mismo cuerpo legal”.¹⁵ Sin embargo, la misma Corte en el caso El Morro había hecho presente la falta de idoneidad del recurso de protección para entrar en el análisis de los aspectos técnicos de la decisión administrativa.¹⁶

El problema radica en que al parecer la Corte entiende mal la forma en que opera el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante, ICE) dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA) y la dificultad lógica en hacer jugar los artículos 24 y 27 del citado reglamento. En efecto, el inciso 2° del artículo 24 se pone en la situación del ICE que se expide directamente, sin necesidad de solicitudes de Adenda, pero este no era el caso de la evaluación del proyecto Río Cuervo. Es decir, no existía el supuesto de hecho en la aplicación de dicho precepto, el cual discurre sobre la base de estimarse que “dicho Estudio adolece de información relevante y esencial para efectos de calificar ambientalmente el proyecto o actividad, o apareciere infracción manifiesta a la normativa ambiental aplicable, y que no pudiere subsanarse mediante Adenda”.¹⁷ Por su parte, la infracción al artículo 27, que se estima transgredido por el ICE, al desatender la observación formulada por el Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante SERNAGEOMIN), que señalaba que “se requiere que el titular del proyecto presente a la autoridad competente un estudio de detalle de las erupciones holocenas enfocado a los depósitos piroclásticos (...); ello en el entorno inmediato del volcán Cay”,¹⁸ recuerda el clásico supuesto de abuso de poder, al dictarse un acto administrativo sin un fundamento suficiente, en la especie, el mencionado estudio geológico. Sin embargo, la Corte Suprema no se hace cargo de tres impor-

15 Corte Suprema, Rol 2463-2012, op. cit., considerando 7.

16 En efecto, en el asunto El Morro, la Corte de Apelaciones de Antofagasta (luego confirmada por la Corte Suprema) señalaba: “Que si bien la calificación desfavorable o no que debe efectuar la respectiva Comisión de Evaluación sobre un Estudio de Impacto Ambiental contiene numerosos documentos, informes e incluso resoluciones sectoriales que impiden al órgano jurisdiccional evaluar alguna acción u omisión de las que describe el artículo 20 de la Constitución Política de la República relativa a esta acción cautelar, no solo porque existe un procedimiento previamente establecido y muy pormenorizado, sino porque las numerosas decisiones técnicas requieren de estudios previos y de conocimientos específicos que el órgano jurisdiccional carece y, en consecuencia, no está en condiciones de revisar o auscultar cada una de estas actuaciones o sub procedimientos.

Desde este punto de vista, el recurso de protección no es idóneo para revertir decisiones de la autoridad administrativa en orden a la calificación favorable de un Estudio de Impacto Ambiental, porque además la acción cautelar requiere de derechos indubitados e inequívocos que ostenten los titulares de la acción para disponer el restablecimiento de los derechos o asegurar la debida protección a los afectados”. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 618-2011, sentencia de fecha 17 de febrero de 2012, considerando 8.

17 Reglamento del SEIA, art. 24.

18 Corte Suprema, Rol 2463-2012, op. cit., considerando 8.

tantes cuestiones básicas del procedimiento administrativo en relación con el mencionado ICE, a saber:

i. En relación con el procedimiento administrativo general, la sentencia en su decisión no asume ni descarta en parte alguna que el ICE constituye un acto trámite dentro del procedimiento administrativo. En tal sentido, este debe entenderse como inimpugnable, por aplicación del artículo 15 inciso 2° de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos. Se debe destacar eso sí, que el voto de minoría se refiere a este aspecto.

ii. Por su parte, respecto del procedimiento administrativo de evaluación, la sentencia no dice si una observación técnica del SERNAGEOMIN, formulada en una etapa temprana del procedimiento administrativo de evaluación, había sido contestada a través de las respectivas Adendas. Es evidente que responder a esa interrogante implica un análisis jurídico que presupone una actividad probatoria dentro de la tramitación de la acción de protección que, como se sabe, no está diseñada para ello. Es claro que la instauración de la nueva jurisdicción ambiental resolverá este problema, ya que ante ella se deberán debatir los problemas de motivación o fundamento técnico de una resolución de calificación ambiental (en adelante, RCA). En este mismo sentido se había pronunciado la Corte Suprema en el asunto El Morro.

iii. Tampoco resulta claro si hubo o no un problema de coherencia administrativa en lo actuado por la autoridad sectorial, ya que el ICE, en cuanto informe final de la evaluación previo a la calificación, debe ser visado positiva o negativamente por los órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (art. 27 Reglamento del SEIA). En efecto, no se aclara en la sentencia si se procedió o no a la visación del ICE por parte del SERNAGEOMIN. El problema de esta omisión no radica en si el SERNAGEOMIN tuvo razones o no para su cambio de postura –por ejemplo, si en la Adenda hubiere quedado resuelta su observación– sino en que, de acuerdo con el diseño del SEIA, la Comisión Regional de Evaluación, al calificar el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, debe considerar entre otros antecedentes al ICE (artículo 34 RSEIA), aunque no se encuentra vinculada por los pronunciamientos sectoriales que se hubieren emitido en él.

1.4. El principio preventivo como instrumento para controlar el objeto de la decisión administrativa

En el caso del recurso de protección del proyecto de la Termoeléctrica Castilla,¹⁹ la Corte Suprema utilizó el principio preventivo como regla para aceptar la impugnación de lo que estimó como una división ilegal del proyecto. Así, en el considerando 28, señaló que “en la perspectiva de lo razonado, singular importancia cobra uno de los principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual ‘se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos’. En efecto, la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas, pues no puede soslayarse que la interconexión comprende la transferencia de Petróleo Diesel y Carbón, ambos combustibles altamente contaminantes y susceptibles de alterar el medio ambiente por donde circularán”.

Sin embargo, el recurso al principio preventivo no fue utilizado para sancionar el aparente fraccionamiento, sino que para realizar aquello para lo que directamente fue concebido el SEIA, es decir, evaluar actividades o proyectos que se estima provocan impactos ambientales. En efecto, en el considerando 29, la Corte Suprema, expresamente declara “[q]ue de acuerdo a lo expuesto, y apreciados todos los antecedentes citados conforme a las reglas de la sana crítica, no resulta ajustado a un criterio racional el obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente”. Lo que reafirma en el considerando 30 al señalar que, al omitirse la evaluación de la conexión entre central termoeléctrica y puerto, “[e]llo produce como consecuencia la necesidad de brindar la cautela requerida por esta vía de protección, exigiendo como medida de tutela la nueva presentación de los proyectos a evaluación ambiental, pero ahora considerando la integralidad de la actividad, esto es, en forma conjunta incorporando así en la línea de base la conexión del Puerto Castilla con la Central Termoeléctrica del mismo nombre”.

La Corte Suprema no sanciona el fraccionamiento sino la falta de evaluación de uno de los aspectos del proyecto, esto es, el transporte del combustible entre

19 Corte Suprema, Rol 1960-2012, sentencia de fecha 28 de agosto de 2012.

puerto y central termoeléctrica. En consecuencia, la sentencia de Castilla en realidad pretende sancionar el no sometimiento al SEIA de una parte del proyecto y no la evaluación separada de dos actividades que se someten a la evaluación por dos literales distintos del artículo 10 LBGMA. Aquí nuevamente entran en juego las facultades de la Corte a propósito del recurso de protección en que, para restablecer el imperio del derecho, anula la resolución de calificación ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, en este punto al menos, el derecho administrativo ofrece instrumentos más precisos que la nulidad total del acto administrativo: podría haberse condenado a la recurrida a que sometiera al SEIA la actividad que la acción de protección entendía debía evaluarse. En este caso, el recurso de protección operaría como una acción de condena a dictar un acto, en que se persigue condenar a la Administración del Estado a que dicte un acto administrativo cuando lo ha omitido ilegalmente.²⁰

También tuvo oportunidad la Corte Suprema de pronunciarse acerca del fraccionamiento de proyectos a propósito del discutido asunto Hidroaysén.²¹ En efecto, en su sentencia del 4 de abril de 2012, señaló como una conclusión general para el problema del fraccionamiento de proyectos que no podía concluirse que el ordenamiento jurídico exigiera perentoriamente que ambos proyectos (en la especie, la central hidroeléctrica y la línea de transmisión eléctrica) se presentaran a evaluación en forma conjunta.²²

Agregó, en el considerando 27, que si, “como producto de la presentación y evaluación del proyecto de líneas de transmisión se verificare un efecto sinérgico en relación al proyecto relativo a las centrales que no haya sido contemplado, puede procederse a la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental de este último, tal como lo permite el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 que faculta la revisión excepcional de oficio o a petición del titular o del directamente afectado cuando, ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones”. Aquí la Corte utiliza un argumento para descartar el fraccionamiento que contraría totalmente al principio preventivo, ya que, como vía remedial para la evalua-

20 Bermúdez Soto, *Derecho administrativo general*, (Thomson Reuters-Abeledo Perrot), 2ª edición, 2011, pp. 436-437.

21 Corte Suprema, Rol 10220-2011, sentencia de fecha 4 de abril de 2012.

22 *Ibid.*, considerando 26.

ción separada de los proyectos, señala que siempre se podrá utilizar la vía del artículo 25 quinquies, es decir, cuando las variables ambientales evaluadas hayan variado sustancialmente, lo que solo se podrá apreciar una vez que el proyecto ya se encuentre en alguna fase de ejecución

2. Aplicación directa de normas de derechos humanos que modifican instrumentos de derecho ambiental

Uno de los temas discutidos por la jurisprudencia en materia de recursos de protección durante 2012 ha sido la procedencia de la consulta indígena en los procedimientos de autorización de proyectos de inversión sobre recursos naturales que puedan afectar a comunidades indígenas en nuestro país. Esta discusión se ha planteado mayoritariamente en relación con el SEIA, aunque existe un fallo que se pronuncia sobre la consulta en un procedimiento administrativo distinto: el otorgamiento de una concesión de energía geotérmica. El objetivo de esta sección es analizar el contexto de esta discusión jurisprudencial, los argumentos que han sido planteados por las partes y lo que finalmente han resuelto las Cortes.

Cabe recordar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169), ratificado por Chile, contempla el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6.1), derecho que se establece también respecto de la situación específica de la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales de dominio público –o sobre los cuales el Estado tenga derechos– y que se encuentren en tierras indígenas (artículo 15.2).

Los siguientes son los principales aspectos que han sido debatidos en esta materia:

2.1.1. Obligación de ingresar al SEIA por Estudio y no por Declaración de Impacto Ambiental y de cumplir con estándares de consulta en la etapa de participación ciudadana

Desde el inicio de la vigencia del Convenio 169 en el país se ha discutido acerca de la idoneidad del SEIA para implementar el proceso de consulta indígena respecto de las medidas que autorizan proyectos de inversión sobre los recursos naturales.²³ Cabe preguntarse, para guiar esta discusión, si el SEIA permite cum-

23 Al respecto, ver Precht, Alejandra y Aylwin, Sebastián, “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”, en *Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing) 2010, pp. 445-470.

plir con los estándares que exige la consulta indígena de acuerdo con el Convenio 169. Es decir, si el SEIA admite una consulta previa,²⁴ de buena fe, mediante procedimientos adecuados, a través de instituciones representativas y con el objetivo de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento.²⁵ La discusión, por lo tanto, debe centrarse en el análisis de la compatibilidad de los instrumentos identificados: la afinidad del SEIA con la naturaleza de la consulta indígena. Ciertas características del instrumento ambiental pueden ser incompatibles con algunos estándares de la consulta. Por ejemplo, la ausencia en el SEIA de una etapa de evaluación de alternativas de un proyecto de inversión, incluida la alternativa de no realizar el proyecto, puede constituir un impedimento para la realización de una consulta temprana que permita a los pueblos indígenas influir sustantivamente en la decisión. Asimismo, al tener el SEIA como objetivo evaluar los impactos ambientales de un proyecto –por muy amplio que sea el concepto de medio ambiente en la legislación nacional– puede resultar un mecanismo estrecho para considerar los impactos sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. El alcance del SEIA, que solo exige la evaluación de ciertos proyectos de inversión, también puede significar un obstáculo para la adecuada implementación de la consulta indígena contemplada en el Convenio 169.

Sin embargo, el alcance de la discusión jurisprudencial en esta materia ha tomado un camino distinto. En efecto, lo que se ha sometido a conocimiento de los tribunales no ha sido la idoneidad del SEIA para cumplir con los estándares de la consulta, sino, por el contrario, si este se ha aplicado correctamente respecto de aquellos proyectos de inversión que pueden afectar a comunidades indígenas. En particular, la discusión se ha focalizado en analizar la exigencia de someter, mediante un Estudio de Impacto Ambiental, los proyectos de inversión al SEIA.

Durante 2012, se fallaron cuatro recursos de protección sobre este aspecto: los interpuestos contra las resoluciones de calificación ambiental que autorizaban los proyectos “Parque Eólico de Chiloé”,²⁶ “Sondajes de Prospección

24 En la etapa más temprana posible, de manera que los pueblos indígenas puedan participar genuinamente y con la posibilidad de influir en los procesos de toma de decisiones.

25 Respecto a los estándares de la consulta indígena, ver Contesse, Jorge, “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, en Contesse (ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho UDP (Ediciones UDP) 2012, pp. 194-201.

26 Corte Suprema, Rol 10090-2011, sentencia de fecha 22 de marzo de 2012; y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 239-2011, sentencia de fecha 11 de octubre de 2011.

Paguanta”²⁷, “El Morro”²⁸ y “Línea de Transmisión Melipeuco-Freire”²⁹. Tres de estos proyectos ingresaron al SEIA por Declaración de Impacto Ambiental, por lo que en ellos la discusión se centró en la obligación de ingresar por Estudio. En el caso de El Morro, en cambio, el proyecto ingresó por Estudio de Impacto Ambiental, pero se reclamó –entre otros aspectos– el incumplimiento de los estándares exigidos por el Convenio 169 en el proceso de participación ciudadana realizado en la evaluación ambiental.

En cuanto a la obligación de someter los proyectos vía Estudio de Impacto Ambiental cuando existen comunidades indígenas involucradas, en los dos primeros casos –Parque Eólico y Paguanta–, la Corte Suprema acogió los recursos ordenando la realización del respectivo Estudio; en cambio, en el caso de la Línea de Transmisión, no admitió tal pretensión. Por su parte, las Cortes de Apelaciones tampoco fueron uniformes en sus fallos: las de Puerto Montt y Temuco resolvieron favorablemente los recursos de protección en cuestión, mientras que la de Iquique no lo hizo. Ello demuestra que siguen existiendo diferencias de interpretación en torno a este punto.

Los argumentos planteados por los recurrentes respecto de los tres proyectos ingresados por Declaración al SEIA son similares y se fundan en el hecho que en tales proyectos se generan algunos de los efectos que contempla el artículo 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente,³⁰ por lo que, a su juicio, debieron someterse al SEIA a través de un Estudio y no de una Declaración de Impacto Ambiental. Además, sostienen que no se cumplió con el deber de consulta previa a los pueblos indígenas, tratándose de una decisión administrativa que los afectaba directamente. La garantía que los recurrentes, en todos los casos, consideraron vulnerada por las distintas RCA es la del artículo 19 N° 2, el derecho a la igualdad. En el caso del Parque Eólico se agrega la garantía del artículo 19 N° 21; en el del proyecto Paguanta la del artículo 19 N° 8; en el de la línea de transmisión, las garantías del artículo 19 N° 6 y N° 8; y en El Morro, las del artículo 19 N° 8, N° 21, N° 24 y N° 26.³¹

27 Corte Suprema, Rol 11040-2011, sentencia de fecha 30 de marzo de 2012; y Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 472-2011, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011.

28 Corte Suprema, Rol 2211-2012, sentencia de fecha 27 de abril de 2012; y Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 618-2011, op. cit..

29 Corte Suprema, Rol 1602-2012, sentencia de fecha 8 de junio de 2012; y Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 349-2011, sentencia de fecha 20 de enero de 2012.

30 Los literales del artículo 11 invocados son los d), e) y f).

31 Un buen análisis de la jurisprudencia sobre el Convenio 169 desde la perspectiva de las garantías vulneradas se puede ver en Insunza, Ximena, “Análisis jurisprudencial del Convenio 169 y la

Las sentencias de la Corte Suprema sobre los proyectos Parque Eólico de Chiloé y Sondajes de Prospección Paguanta son similares en su razonamiento. Señalan que las RCA en estos casos no cumplen con la obligación de fundamentación de los actos administrativos, debido a que no son fruto de un claro proceso de consulta en que se hayan tenido en cuenta “las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas”³² o “las aspiraciones y formas de vidas”³³ de las comunidades originarias interesadas. Para ilustrar las características y los objetivos que debe tener un proceso de consulta indígena, sostienen –en términos casi idénticos– que las reuniones informativas sobre la descripción del proyecto y sobre lo que se pretende desarrollar a futuro no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese contexto, no tienen posibilidades reales de influir en la gestación, ubicación y desarrollo del mismo, con el objeto de proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad.³⁴ De esta manera –y sin entrar a analizar si se generan o no los efectos del artículo 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente–, revocan las RCA y ordenan que los proyectos se sometan a un Estudio de Impacto Ambiental cuyo procedimiento de participación ciudadana se rija por los estándares del Convenio 169.

En el ya citado caso del proyecto “El Morro”, la Corte se pronuncia sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas al sostener que el Estudio de Impacto Ambiental discriminó a una comunidad indígena al no considerarla como tal, incluyendo en esa calidad solo a un número muy reducido de personas indígenas, respecto de las cuales adoptó medidas específicas de compensación y mitigación. Expresamente señala respecto a la comunidad que no fue reconocida como indígena –la comunidad agrícola de los Huasco Altinos– que “tampoco existe en el proyecto, en todo su desarrollo, una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros respecto de un vasto terreno (...)”.³⁵

vulneración de las garantías constitucionales”, en *Justicia Ambiental*, Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), 4, 2012, pp. 217-241.

32 Corte Suprema, Rol 10090-2011, op. cit., considerando 9.

33 Corte Suprema, Rol 11040-2011, op. cit., considerando 10.

34 Corte Suprema, Rol 10090-2011, op. cit., considerando 8 y, Corte Suprema, Rol 11040-2011, op. cit., considerando 9.

35 Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 618-2011, op. cit., considerando 11.

Por último, la Corte Suprema, en la sentencia del caso de la línea de transmisión Melipeuco-Freire, focaliza su análisis, antes que en los estándares de la consulta, en la procedencia o no de un Estudio de Impacto Ambiental en el caso en cuestión, llegando a la conclusión –a partir de los antecedentes del caso– que no se da ninguno de los efectos, características o circunstancias que justifican tal Estudio y sosteniendo que no es posible establecer que el proyecto afecte a las comunidades reclamantes. De esta manera revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco –que había llegado a la conclusión contraria a partir de los mismos antecedentes, ordenando el ingreso del proyecto mediante Estudio y la obligación de realizar una consulta indígena en los términos del Convenio 169– y rechaza el recurso de protección deducido contra la RCA que autorizó el proyecto.

Es interesante resaltar que el razonamiento de la Corte Suprema para adoptar su decisión en el último caso es inverso al realizado en los casos anteriores: al centrar su argumentación en la procedencia del EIA y no de la consulta indígena –como en el Parque Eólico y Paguanta–, transforma la exigencia de un EIA en el requisito *sine qua non* de la consulta dentro del SEIA.

2.2. Alcance del término afectación “directa”

Otro aspecto discutido dice relación con qué se entiende por el requisito de “afectación directa” que establece el artículo 6.1 del Convenio 169. Analizaremos dos sentencias a este respecto:

La primera es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza el recurso de protección interpuesto contra el decreto que adjudica y otorga concesión de exploración de energía geotérmica a la empresa Ormat Andina Energía Limitada en el área denominada “Solipulli”, ubicada en cuatro comunas de la Provincia de Cautín en la Región de la Araucanía.³⁶ El fundamento del recurso interpuesto contra el decreto que otorga la concesión radica en el incumplimiento del deber de consultar a los pueblos indígenas que exige el Convenio 169, por cuanto tal medida administrativa sería susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas del área de “Solipulli”. La Corte, no acoge esta pretensión y sostiene que “en la presente etapa de concesión de la exploración geotérmica, esto es, reconocer, registrar, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo, en el área concesionada de un máximo teórico de cien mil hectáreas de extensión,

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 9431-2012, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012.

es imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas, lo cual de producirse será en una etapa posterior del proyecto en que será necesario realizar la evaluación medioambiental del proyecto”.³⁷ A continuación previene que deberá “darse cumplimiento al proceso de consulta y participación de comunidades originarias que puedan ser afectadas por la realización de proyectos como los de energía geotérmica en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 (...)”.³⁸ Llama la atención que ni los recurrentes ni la Corte recordaran lo dispuesto por el artículo 15.2 del Convenio 169 que expresamente señala que procede la consulta tanto para la prospección como la explotación de los recursos naturales de titularidad del Estado en tierras indígenas.

La segunda sentencia relevante en esta materia es de la Corte Suprema en el caso de la Línea de Transmisión Melipeuco-Freire, que también elabora el alcance del requisito de la afectación directa al sostener que los efectos que contempla el artículo 11 de la LBMA, en sus letras c), d) y f), no constituyen por sí mismos manifestación de afectación directa en la medida que no se justifique alguna afectación a los derechos de los pueblos originarios en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar.³⁹

2.3. Alcance del concepto de “tierras” indígenas

Algunas sentencias dictadas durante 2012 han establecido que el concepto de tierra indígena debe entenderse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 19.253, que exige la concurrencia de determinados requisitos jurídicos para tener la calidad de tal: en particular, debe tratarse de aquellas tierras que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley.⁴⁰

Sin embargo, otras sentencias han realizado una interpretación más amplia del concepto de tierras indígenas, incorporando la idea de “territorio indígena” en los términos del Convenio 169. Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que se pronuncia sobre el recurso de pro-

³⁷ *Ibíd.*, considerando 10.

³⁸ *Ibíd.*, considerando 11.

³⁹ Corte Suprema Rol 1602-2012, *op. cit.*, considerandos 5, 6 y 7.

⁴⁰ Corte Suprema Rol 1602-2012, *op. cit.*, considerando 4 y Corte Suprema Rol 3863-2012, sentencia de fecha 21 de septiembre de 2012, considerandos 8 y 9.

tección interpuesto por diversos comuneros mapuche-huilliche,⁴¹ a raíz de “la tala ilegal iniciada sobre árboles milenarios que constituyen el cordón de protección y parte esencial del Ngen Mapu Quintuante, espíritu que es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Williche a la que pertenecen los recurrentes, en el que hacen regularmente ceremonias tradicionales (...)”, se reconoce que el territorio en cuestión es “sagrado para la comunidad mapuche-williche”, por lo que los actos impugnados “vulneran el Convenio 169, que considera fundamental respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas, incluyendo su forma de manifestar su religiosidad”.⁴² Cabe señalar que la Corte Suprema revoca esta sentencia precisamente por considerar que fueron los recurrentes los que realizaron un acto ilegal consistente en la “ocupación del terreno de propiedad del recurrido”, hecho que considera vulneratorio de la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución.⁴³

Por su parte, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, confirmada por la Corte Suprema, que resuelve el recurso de protección interpuesto en el caso del Proyecto El Morro, sostiene, cuando argumenta que debió haberseles reconocido la calidad de indígenas a la comunidad agrícola de Los Huasco Altinos, que el propio Estudio de Impacto Ambiental destaca “que los ingresos de estas personas no constituye lo esencial sino también el aspecto cultural en cuanto organiza la vida familiar y las actividades centrales en el proceso de formación de recursos para la economía familiar”, los que “constituyen antecedentes que este estudio debió considerar específicamente para la entrega de terrenos, generación de sector de pastoreo, habilitaciones de sectores en condiciones de pastoreo invernal que reconozca la existencia de los mismos”.⁴⁴

2.4. Adopción de estándares de proporcionalidad en la aplicación de la consulta en el SEIA

La Corte Suprema, al resolver el recurso interpuesto en el caso de la línea de transmisión de Melipeuco-Freire, incorpora a su razonamiento un análisis de proporcionalidad. En efecto, al referirse a que el proyecto utilizaría una ex faja ferroviaria como vía en aquella parte del tramo objeto de controversia por las

41 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 511-2011, sentencia de fecha 4 de mayo de 2012.

42 *Ibíd.*, considerando 15.

43 Corte Suprema Rol 3863-2012, *op. cit.*, considerando 11.

44 Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 618-2011, *op. cit.*, considerando 11.

comunidades indígenas aledañas, señala que jamás se argumentó que dichos terrenos prestaran funciones ambientales relevantes o incluyeran sitios de significación cultural. Es por ello “que finalmente esta Corte estima necesario dejar consignado que, sin desconocer el carácter preventivo que informa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tampoco se puede prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad en el análisis de esta materia”.⁴⁵

3. Conclusiones

La actividad jurisdiccional en materia ambiental durante 2012 ha establecido una serie de reglas y principios que aparentemente constituyen lo que debemos reconocer como jurisprudencia y, por tanto, como una verdadera *ratio decidendi*. Ello es apreciable con claridad a propósito de la formulación del principio preventivo y en la fijación de ciertos criterios aplicables en materia de consulta indígena. En ambas materias, las argumentaciones elaboradas por los tribunales superiores han llegado a constituir razones sobre las cuales se han adoptado las decisiones judiciales específicas en estas materias. Es decir, han sido consideradas por los propios tribunales como la base sobre la cual descansan sus decisiones. Sin embargo, no debe soslayarse que las sentencias judiciales bajo análisis pueden también ser manifestación de una determinada integración de la Tercera Sala de la Corte Suprema, con lo que las razones consideradas por una mayoría eventual no necesariamente se mantendrán en casos posteriores que sean juzgados por una sala con una integración diferente.

Junto a lo anterior, se deben destacar puntos dudosos en la jurisprudencia examinada. Uno de ellos corresponde a la ya manida discusión respecto de la idoneidad para discutir en sede de recurso de protección asuntos de lato conocimiento o que necesariamente requieren de un término probatorio. Además, se debe destacar que la Corte Suprema, al menos en materia ambiental, no ha tomado aún la decisión clara de si entrará o no en el control de la discrecionalidad técnica, o aplicará un criterio de deferencia administrativa. Ello se aprecia claramente cuando, en algunos casos, no tiene problema en estimar que el poder que le entrega la Constitución es amplio, entrando directamente en aspectos técnicos (como en los asuntos Castilla y Río Cuervo); por el contrario, en otros estima que no es la vía para realizar dicho análisis (asuntos Hidroaysén y El Morro). Tampoco es apreciable una única línea jurisprudencial

⁴⁵ Corte Suprema Rol 1602-2012, op. cit., considerando 9.

a propósito de ciertos conceptos relacionados con la consulta indígena, tales como el alcance de la expresión “tierras indígenas” en nuestro ordenamiento jurídico (en los casos sobre la Línea de Transmisión de Melipeuco-Freire y de la tala ilegal de árboles en terrenos ceremoniales de una comunidad indígena) o los requisitos que exige una afectación directa. En relación con estos puntos solo se constata la consideración de estándares distintos de protección a las poblaciones protegidas.

En definitiva, la pregunta acerca de si los pronunciamientos de nuestros tribunales superiores de justicia constituyen verdadera jurisprudencia sigue abierta. Es muy probable que varios de los fallos actuales, simplemente, sean *obiter dictum* y no constituyan verdadera *ratio decidendi*. Lo anterior seguirá ocurriendo porque la Corte Suprema, en muchos de sus casos, en realidad está resolviendo carencias de la regulación o deficiencias del diseño de las instituciones, lo que no constituye jurisprudencia. Es solo derecho del caso concreto.