




Valdebenito Gallardo, Catalina de Lourdes;
Chesta Navarrete, Emilio Alfonso;
Rojas Faúndez, Javiera.

“El Convenio 169 de la OIT y la discrecionalidad
administrativa en materia ambiental”

En las Fronteras del Derecho 2.3078 (2023).

DOI: 10.56754/2735-7236.2023.3078

ISSN: 2735-7236

Este trabajo se publica bajo licencia  4.0

Sección: Comentarios de jurisprudencia

Fecha de recepción: 18-07-2022

Fecha de aceptación: 27-03-2023

El Convenio 169 de la OIT y la discrecionalidad administrativa en materia ambiental

Convention 169 of the ILO and administrative discretion in environmental matters

Catalina de Lourdes Valdebenito Gallardo, Alfonso Emilio Chesta Navarrete, Javiera Rojas Faúndez

Resumen

La Administración tiene una facultad discrecional para decidir en los procedimientos de declaración y evaluación de impacto ambiental. Esto fomenta una eventual indefensión de las personas respecto de las decisiones administrativas. Además, al parecer la Administración solo cumple protocolarmente con su deber de asegurar la participación y debida información de las comunidades aledañas al terreno donde se planea ejecutar un proyecto. En dos sentencias, el Tercer Tribunal Ambiental no aplicó el Convenio 169 de la OIT, aunque sí fundamentó de manera clara y concordante su sentencia.

Palabras clave: Convenio 169 de la OIT; Derecho ambiental; Discrecionalidad administrativa.

Abstract

The Administration has a discretionary power to decide on environmental impact statement and assessment procedures. This fosters the eventual defenselessness of the people with respect to administrative decisions. In addition, it appears that the Administration only protocolarily complies with its duty to ensure the participation and due information of the communities neighboring the land where a project is planned. In two rulings, the Third Environmental Court did not apply ILO Convention 169, although it did provide a clear and consistent basis for its ruling.

Keywords: ILO Convention 169; Environmental law; Administrative discretion.

1. Introducción

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes consagra el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y los reconoce como sujetos de derechos. En este comentario se analizarán dos causas del Tercer Tribunal Ambiental que se refieren a vulneraciones al Convenio.

1.1. La Ampliación de la Minicentral Hidroeléctrica Las Flores

El día 18 de julio del año 2016 ingresó al sistema de evaluación de impacto ambiental la declaración de impacto ambiental (DIA) correspondiente al proyecto titulado “Ampliación Minicentral Hidroeléctrica Las Flores”, cuyo proponente y titular era Hidroeléctrica Las Flores S.A. El 20 de julio de 2016 se acogió a tramitación la declaración. El proyecto en cuestión consistía en construir las instalaciones necesarias para una minicentral de energía hidroeléctrica con una capacidad de generación de 2MW. El día 12 de agosto de 2016, el director regional del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de la Región de Los Ríos ordenó abrir una etapa de participación ciudadana dentro del procedimiento. Después de que se realizara el procedimiento correspondiente, el 13 de octubre de 2017 la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA) de la Región de Los Ríos dictó la resolución de calificación ambiental (RCA) y calificó el proyecto como “ambientalmente favorable”.

El 24 de noviembre de 2017, las comunidades indígenas de nombre Saturnino Leal Neiman, Ramón Raillanca Pampillo y Aurelia Manqui de Quimán solicitaron la invalidación de la mencionada RCA. El 25 de abril de 2018 se inició el procedimiento administrativo de invalidación solicitado. El 23 de mayo de 2018, el titular del proyecto solicitó que se

rechazase la solicitud de invalidación. El 8 de octubre de 2018 la COEVA rechazó la solicitud de invalidación interpuesta por las comunidades y dio la razón al titular del proyecto.

El numeral 8 del artículo 17 de la ley 20.600¹ otorga a los tribunales ambientales la competencia para conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. De acuerdo con esa disposición, el 19 de noviembre de 2018 las comunidades indígenas mencionadas interpusieron ante el Tercer Tribunal Ambiental un recurso de reclamación (rol 78-2018²) en contra de la resolución que rechazó la solicitud de invalidación que habían interpuesto. Después de admitirse a tramitación el recurso, se hicieron partes como tercero coadyuvante de la parte reclamante los representantes de la organización de hecho “Alianza Territorial Puelwillmapu”, y como tercero coadyuvante de la parte reclamada la “Hidroeléctrica Las Flores S.A.”.

1.2. El Parque Eólico Vergara

El día 21 de enero del año 2016 ingresó al sistema de evaluación de impacto ambiental la DIA correspondiente al proyecto titulado “Parque Eólico Vergara”, cuyo titular era la Sociedad Vientos de Renaico SpA. La declaración fue acogida. El proyecto estaba emplazado en la comuna de Renaico de la Región de La Araucanía. Consistía en construir y operar un parque eólico para generar energía eléctrica con nueve aerogeneradores de 4,2 MW de potencia nominal cada uno (con una potencia nominal total de 37,8 MW), una línea eléctrica de media tensión soterrada de 33 kV para

¹Ley 20.600, que crea los tribunales ambientales. Publicada el 28 de junio de 2012. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361>

²Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, “Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos”.

unir los aerogeneradores con una subestación elevadora de 33 a 220 kV, un edificio de control, un punto limpio, caminos internos de mantención y una subestación interna.

Durante el procedimiento de evaluación ambiental, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) advirtió que a 2,5 km del área comprometida se encontraba una comunidad indígena. Por ello, solicitó realizar una modelación de visibilidad desde los terrenos de la comunidad. Manifestó más tarde su conformidad con el proyecto, siempre que guardara una distancia adecuada de la comunidad.

La COEVA de la Región de La Araucanía, mediante la resolución exenta número 450 de fecha 12 de diciembre de 2018, emitió una RCA que calificó como ambientalmente favorable la DIA. En consecuencia, aprobó el proyecto en estudio. Con esto terminó el procedimiento de evaluación ambiental.

El 19 de febrero de 2019, la comunidad indígena Eugenio Araya Huiliñir solicitó la invalidación de la RCA emitida por la COEVA, de acuerdo con artículo 53 de la ley 19.880.³ Esa norma dispone que la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho. Sociedad Vientos de Renaico SpA, la titular del proyecto, solicitó que se rechazara la solicitud de invalidación. La COEVA rechazó la solicitud de invalidación mediante la resolución exenta número 16 de fecha 31 de marzo de 2000.

A continuación, el día 22 de mayo de 2020 la comunidad indígena Eugenio Araya Huiliñir interpuso un recurso de reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental (rol 13-2020⁴), con arreglo al numeral 8 del artículo 17 de la ley 20.600, en contra de la resolución exenta número 16 que la

³Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Publicada el 29 de mayo de 2003. <https://bcn.cl/3085v>

⁴Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de octubre de 2020, rol 12-2020, "Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región".

COEVA de la Región de La Araucanía emitiera el 31 de marzo de 2020.

2. Principales controversias

Para un análisis comprensivo y comparativo de las circunstancias relevantes de ambos casos, existen dos elementos especialmente dignos de estudio:

- 1) Los criterios utilizados para determinar el área de influencia.
- 2) Los procedimientos establecidos para salvaguardar los intereses de las comunidades indígenas.

2.1. El área de influencia

2.1.1. Definición

Uno de los fallos define que, por "área de influencia", se entiende:

"un 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 art. 11 o para justificar su inexistencia (art. 2 letra a) del RSEIA [Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]). En este sentido, todo proyecto debe determinar y justificar un área de influencia para cada elemento del medio ambiente afectado".⁵

⁵Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de octubre de 2020, rol 13-2020, "Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región", considerando 36.

De dicha definición debemos resaltar que el sentenciador consideró especialmente los elementos naturales y socioculturales del territorio respecto del cual se determinará el área de influencia, ya que “la única forma de justificar la inexistencia de un efecto adverso significativo es mediante una predicción y evaluación de impacto ambiental dentro del área de influencia afectada” (Piña Burgos, 2017, pág. 44). En armonía con los artículos del RSEIA citados en la sentencia, para el tribunal es relevante el elemento sociocultural a la hora de delimitar las áreas de influencia de un proyecto.

2.1.2. El ejercicio de discrecionalidad técnica

Cabe destacar que el fallo referido al Parque Eólico Vergara resalta que, cuando la autoridad administrativa determina el área de influencia de un proyecto, recurre a lo que denomina un “ejercicio de discrecionalidad técnica”.⁶ Ese concepto caracteriza el ejercicio de la Administración y constituye un criterio para determinar un área de influencia. La facultad discrecional es “la posibilidad que el derecho reconoce a la administración para actuar con cierta libertad” (Valdivia, 2018, pág. 221); es decir, queda a decisión del órgano administrativo la determinación última del área de influencia. Podría interpretarse como una facultad arbitraria, si no fuese porque existe un marco legal que delimita la discreción del órgano mediante criterios técnicos para analizar el impacto de los proyectos. En definitiva, cuando la Administración determina el área de influencia, su decisión tiene un sustrato técnico delimitado por criterios legales, pero no deja de ser una decisión tomada discrecionalmente por el órgano administrativo. Esa discrecionalidad se amplifica por el hecho de que, en conjunto, la parte interesada y la Administración llevan a cabo las

⁶Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de octubre de 2020, rol 13-2020, “Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región”, pp. 5-6.

diligencias probatorias referidas a los criterios técnicos. Por lo tanto, a nuestro juicio existe únicamente la instancia judicial para ejercer un real control sobre dicha facultad discrecional.

2.1.3. La distancia de la afectación

Otro tema que en ambas sentencias el tribunal analizó respecto del área de influencia, es la distancia a la cual se considera efectiva la afectación de las comunidades indígenas y sus prácticas ancestrales. A esta materia se refiere el artículo 3 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental.⁷

En la sentencia sobre la Ampliación de la Minicentral Hidroeléctrica Las Flores, se objetó la determinación del área de influencia debido a que la titular había fragmentado el proyecto. En efecto, la titular había dividido el proyecto en dos fases y las presentó por separado, lo que afectó los procedimientos de la DIA y del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y, en consecuencia, limitó el área de influencia del proyecto en su conjunto. Como consecuencia, la consideración del impacto no incluyó a comunidades indígenas aledañas y sus prácticas ancestrales. Es decir, la consulta indígena no abarcó a todas las comunidades que se vieron afectadas por el proyecto visto en su totalidad. El tribunal constató que la COEVA de manera manifiesta no indagó respecto de las comunidades indígenas circundantes y sus costumbres ancestrales, y sostuvo que esa fue la principal falta de precisión técnica a la hora de determinar el área de influencia para el caso concreto. A nuestro juicio, eso genera un vicio esencial del procedimiento administrativo.⁸

⁷Decreto 40 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el reglamento del sistema de impacto ambiental. Publicado del 12 de agosto de 2013. <https://bcn.c1/2f8a8>

⁸Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, “Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos”, considerando 58.

¿En el caso referido a la Ampliación de la Minicentral Hidroeléctrica Las Flores, hubiese sido procedente un EIA en vez de una DIA? El EIA procede si el proyecto genera o presenta algunos de los efectos, características o circunstancias enumerados en el artículo 11 de la ley 19.300.⁹ Cuando la titular del proyecto presentó las modelaciones durante el procedimiento administrativo para descartar un impacto paisajístico que ameritara realizar un EIA, no actualizó las dimensiones de los aerogeneradores.¹⁰ Las dimensiones actualizadas hubiesen evidenciado un mayor impacto en el paisaje y, por lo tanto, presumiblemente hubiesen justificado una evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, el SEA de la Región de Los Ríos no lo consideró.¹¹

Por otro lado, la sentencia referida al Parque Eólico Vergara se refiere a una situación similar al caso anterior. La controversia abarcó cómo la autoridad administrativa percibió la distancia geográfica entre el área de afectación del proyecto y la comunidad indígena reclamante. Para evaluar esa distancia, la COEVA debe analizar de manera adecuada la presencia cultural ancestral de las comunidades indígenas en el terreno del proyecto. Es decir, se requiere un criterio para determinar si la distancia es suficiente o insuficiente. La reclamante manifestó razones culturales y sostuvo que el proyecto afectaba prácticas y terrenos ancestrales. Podría debatirse si la distancia de seis kilómetros entre el terreno del proyecto y la comunidad se debiese considerar como cercana o lejana.

Si las partes no logran probar si la comunidad indígena utiliza con fines

culturales los terrenos o los recursos que el terreno produce, será inevitable que la Administración aplique la discrecionalidad técnica para determinar el área de influencia de un proyecto cercano a áreas con presencia indígena que son, o pueden ser, objeto de prácticas ancestrales. ¿Hasta qué punto la Administración debería establecer los criterios de su facultad discrecional técnica? Por cierto, ellos no son competencia de los tribunales ambientales. Sin embargo, esos criterios son necesarios para determinar correctamente el área de influencia de un proyecto. Estimamos que los esfuerzos llevados a cabo para aclarar dichos criterios de la facultad discrecional técnica, en especial en lo relativo a comunidades indígenas, parecieran ser insuficientes. Podría incluso considerarse como prueba de aquello que el tribunal, en el caso referido al Parque Eólico Vergara, constató que, durante el procedimiento administrativo la comunidad indígena fue tratada de manera regular como una entidad cercana al terreno del proyecto, y que la reclamada incluso intentó obtener las declaraciones de la comunidad respecto de la eventual construcción del proyecto.¹² A nuestro juicio, es evidente que en el procedimiento administrativo se estableció una conexión tácita entre la comunidad y el área de desarrollo. En el caso referido al Parque Eólico Vergara, el problema pareció ser la falta de antecedentes que acreditaran una relación directa entre la reclamante y el terreno destinado al proyecto. Sin embargo, pese a que el tribunal no consideró probada la relación, no consideramos descabellado aseverar la existencia de un vínculo, ya que la reclamada constató que, en el procedimiento administrativo, se intentó efectivamente obtener que la reclamante participara.¹³

Cabe destacar que ambas sentencias, respecto de determinar el área

⁹Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente. Publicada el 9 de marzo de 1994. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667>

¹⁰Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, "Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos", considerando 50.

¹¹Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, "Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos", considerando 50.

¹²Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de octubre de 2020, rol 13-2020, "Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región", considerandos 33, 72-74.

¹³Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de octubre de 2020, rol 13-2020, "Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región", considerandos 72-74.

de influencia de los respectivos proyectos, se refieren a la cercanía geográfica de las comunidades presuntamente afectadas. Aquello genera interrogantes referidas a si la Administración fue suficientemente prolija al dar contenido a los criterios técnicos que utiliza para determinar el área de influencia. En ambos procedimientos judiciales, pareciera ser que las comunidades aledañas a los proyectos tienen la carga de acreditar su cercanía y afectación para, en consecuencia, ser consideradas como parte del área de influencia de esos proyectos. Por lo tanto, cuestionamos la eficiencia de los procedimientos administrativos utilizados para determinar el impacto en zonas donde se llevan a cabo proyectos que pueden afectar la vida de las comunidades indígenas lugareñas.

2.2. La consulta indígena

Corresponde ahora enfocarnos en otra arista del análisis de las sentencias: la consulta indígena. En el caso referido a la Ampliación de la Minicentral Hidroeléctrica Las Flores no se realizó una consulta indígena. En virtud de ello, la parte reclamante en el juicio alegó una vulneración al derecho a consulta consagrado en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigor en Chile en el año 2008¹⁴, y que dispone:

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

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

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

Como mencionamos antes, la titular fragmentó el proyecto y, en consecuencia, no lo ingresó como una totalidad al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Dividió y presentó las obras de tal manera que la edificación primera de las obras del proyecto fuese cursada mediante una declaración de impacto ambiental. Aquello evitó realizar una consulta indígena propiamente tal, lo que se tradujo en que las comunidades indígenas aledañas careciesen de información respecto del proyecto.

En el juicio, la reclamante manifestó que se había infringido el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Alegó que se realizó una consulta indígena, pero en una etapa errónea del procedimiento producto de la fragmentación. También sostuvo que la consulta indígena no fue prolija, ya que fue llevada a cabo por teléfono, sin registro oficial y únicamente considerando a dos individuos indígenas que no actuaron representando a ningún grupo indígena de la zona, lo que excluyó de manera injustificada a la reclamante.¹⁵

¹⁴Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Publicado el 14 de octubre de 2008. <https://bcn.c1/2fx8e>

¹⁵Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, “Comunidad

El tribunal constató que la titular efectivamente fragmentó el proyecto y criticó la falta de prolijidad que mostró el SEA de la Región de Los Ríos al llevar a cabo el procedimiento.¹⁶

Nos llama la atención que el tribunal evitara referirse en detalle al alegato de una infracción del artículo 6 del Convenio 169. El tribunal no aplicó esa norma del Convenio en el presente caso, pese a que, a nuestro juicio, debió haberla mencionado y aplicado. A nuestro entender, el tribunal infringió de manera clara el artículo 6 del Convenio 169, ya que en este caso el titular fragmentó el proyecto y, en consecuencia, se libró de la obligación de realizar una consulta indígena, lo que privó a los individuos de las comunidades indígenas aledañas al sitio del proyecto de la posibilidad de comprender el impacto ambiental y cultural del proyecto y, además, los privó de la posibilidad de oponerse al proyecto a través de las vías institucionales. Cabe preguntarse por qué el tribunal no ahondó en esos argumentos de la reclamante. Al igual que en el caso del Parque Eólico Vergara, hubo una controversia respecto a la envergadura del proyecto y a si constituía una amenaza para la comunidad indígena reclamante.¹⁷ El problema más relevante respecto de esta sentencia (78-2018) radica en la decisión de no realizar una evaluación de impacto ambiental que abarcara el impacto del proyecto sobre el medio ambiente y sobre la cultura de los habitantes de los terrenos circundantes. Si bien fue difícil que el tribunal acogiera la pretensión de la reclamante porque ella no aportó suficientes antecedentes, el hecho es que no se realizó la EIA

Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos”, considerando 2.

¹⁶Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, “Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos”, considerandos 29, 49-52.

¹⁷Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de octubre de 2020, rol 13-2020, “Comunidad Indígena Eugenio Araya Huilifiñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región”, considerando 4.

y no se cumplió con la consulta indígena¹⁸ que requiere el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Parte de la presunta inobservancia del Convenio se refleja en que la Administración, al analizar el proyecto, no consideró que las ampliaciones realizadas fueran modificaciones sustantivas; eso se puede entender debido a la falta de antecedentes, pero hace pensar que la investigación de la Administración es un procedimiento burocrático que no protege de manera real a las comunidades indígenas, y que a la parte reclamada tampoco le interesaba protegerlos. Estimamos que el razonamiento del tribunal es sensato a la luz de la legislación vigente, pero consideramos que el fallo pudo haber considerado las ampliaciones y modificaciones como elementos sustantivos del proyecto, si la parte reclamante hubiese presentado los antecedentes necesarios para acreditar el uso cultural o ancestral del terreno.

En línea con la ampliación de la central hidroeléctrica Las Flores y en relación con el proceso de participación ciudadana, la titular del proyecto se reunió con los habitantes de los sectores aledaños al proyecto para consultarles y para que ellos dieran su punto de vista, los que se hicieron presentes en la DIA correspondiente. La reclamante alegó que había sido excluida arbitrariamente de ese proceso de participación ciudadana. La parte reclamada respondió que intentó ponerse en contacto con la comunidad indígena reclamante, pero que sus representantes señalaron su desinterés en participar; por eso, y porque la comunidad reclamante se encontraba fuera del área de influencia del proyecto, la titular del proyecto no perseveró en las diligencias para informar a la comunidad.¹⁹

Llama la atención que la reclamada realizara ciertas diligencias infor-

¹⁸Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, “Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos”, considerandos 49-52.

¹⁹Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, “Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos”, considerandos 2-3.

mativas respecto de la reclamante, para luego aseverar que la reclamante se encontraba fuera del área de influencia del proyecto. Además, la titular del proyecto no logró probar que hubiese procurado a la reclamante la información suficiente para asegurarse de que comprendiera de manera correcta el proyecto.²⁰ A nuestro juicio, esas conductas indican la visión burocrática y netamente instrumental con la que se han adaptado administrativamente las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT.

Al igual que en el otro caso, la decisión del tribunal se vio limitada por los escasos antecedentes que procuró la parte reclamante. Sin embargo, como ya mencionamos, aquello no obsta a nuestra crítica dirigida a la forma en la que la titular del proyecto aplicó el procedimiento destinado a informar a las comunidades indígenas.

Por último, cabe destacar que, en ambos casos, el tribunal no se remitió al Convenio 169 de la OIT para fundamentar sus sentencias, pese a que las partes reclamantes lo invocaron ante el tribunal.²¹

A partir de ambos casos, consideramos que las titulares han aplicado el procedimiento para determinar el área de influencia sin una real intención de proveer información y determinar el área de impacto de los proyectos para los efectos de determinar si afectan a las comunidades indígenas cercanas al proyecto.

Del estudio de las sentencias concluimos que el Convenio 169 de la OIT no se ha aplicado como parte del ordenamiento jurídico. Sostenemos que es imperativo que la jurisprudencia aplique las disposiciones del

²⁰Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, "Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos", considerandos 60-62.

²¹Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 07 de junio de 2019, rol 78-2018, "Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de los Ríos", considerando 2 e); Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de octubre de 2020, rol 13-2020, "Comunidad Indígena Eugenio Araya Huilñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región", considerando 52.

Convenio para integrarlo de manera efectiva en los procedimientos de la Administración del Estado y proteja a las comunidades indígenas que se vean previsiblemente afectadas por los proyectos. En el sistema actual, a nuestro juicio, los proyectos no son analizados de forma integral en virtud de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

3. Conclusiones

Luego de haber analizado dos sentencias del Tercer Tribunal Ambiental, es necesario realizar algunas precisiones respecto de algunos aspectos comunes a ambas resoluciones. Creemos que son relevantes para estudiar el sistema de decisión de los tribunales ambientales y el funcionamiento del procedimiento administrativo ambiental.

La facultad que tiene la Administración para decidir en los procedimientos de declaración y evaluación de impacto ambiental constituye una facultad discrecional técnica. Si bien ella requiere que la Administración aplique conocimientos y consideraciones técnicas, no deja de ser una decisión no reglada en normas materiales. Creemos que ese es uno de los factores que fomentan una eventual indefensión de las personas respecto de las decisiones administrativas; en efecto, la falta de criterios materiales y de rigurosidad en el procedimiento administrativo no satisface la necesidad de información y participación de la comunidad. Eso, en definitiva, deja en una posición ventajosa al titular del proyecto.

Ligado con lo anterior se encuentra la problemática de si la Administración tienen una voluntad real de asegurar la participación y debida información de las comunidades aledañas al terreno donde se planea ejecutar un proyecto. En los casos analizados no pudimos verificar de forma fehaciente una voluntad real de proteger y prevenir. Pareciera ser que los trámites ordenados por la legislación en el procedimiento administrativo de DIA y EIA, tanto para la Administración como para el titular

del proyecto, responden a una necesidad protocolar de cumplir con los requisitos legales materiales y procedimentales. A nuestro juicio, aquella forma de prevenir cierto nivel de daño al medioambiente y a las comunidades indígenas nos parece, cuanto menos, insuficiente y poco efectiva para lograr las finalidades de la normativa nacional e internacional.

En ambos juicios, las partes reclamantes invocaron el Convenio 169 de la OIT. El tribunal se refirió al Convenio, pero no aplicó sus normas como parte integrante de nuestra legislación, sino que se limitó a mencionarlo para exponer los argumentos de la respectiva parte reclamante. Es decir, el Convenio 169 no formó parte sustancial de la argumentación del tribunal. Creemos que eso se debe principalmente a la poca protección real que entrega el procedimiento administrativo analizado a los sujetos de derecho, ya que no incorpora de forma efectiva las disposiciones del Convenio 169. Falta que el procedimiento administrativo y el judicial velen por los intereses que protege el Convenio.

Por último, creemos conveniente referirnos a la forma en la cual el tribunal ambiental razonó en los casos analizados. En sus sentencias analizó de manera comprensible los antecedentes administrativos y las pruebas otorgadas por las partes. Nos encontramos ante lo que, según nosotros, son criterios judiciales estables y líneas de interpretación y valoración de la prueba previamente determinadas. En consecuencia, las sentencias son debidamente fundamentadas y concordantes. Consideramos que el Tercer Tribunal Ambiental realiza un análisis claro a la hora de dictar sus sentencias. Eso refuerza la conveniencia de modificar el procedimiento administrativo para que propenda a incorporar el Convenio 169 de la OIT, ya que eso facilitaría que la labor judicial pudiera entregar la debi-

da protección a los habitantes de los territorios aledaños a los terrenos destinados a proyectos.

Acerca de las autoras y del autor

Catalina de Lourdes Valdebenito Gallardo. Estudiante de la Universidad de La Frontera.

✉ c.valdebenito07@ufromail.cl. 📞 0009-0009-7064-952X

Alfonso Emilio Chesta Navarrete. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Frontera.

✉ alfonsochesta@gmail.com. 📞 0000-0003-2758-8986

Javiera Rojas Faúndez. Estudiante de la Universidad de La Frontera.

✉ jarierarf6@gmail.com. 📞 0009-0000-3833-7723

Referencias

Piña Burgos, M. E. (Octubre de 2017). *Análisis jurídico-técnico de las vías de evaluación ambiental en Chile (Declaración y Estudio de impacto Ambiental) y su relación con los principios rectores que las sustentan*. Santiago: Repositorio Académico de la Universidad de Chile. Obtenido de <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151058>

Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Tirant Lo Blanch.