



Octubre | 136  
2013

Serie Informe SOCIEDAD Y POLÍTICA

**Participación Ciudadana del Sistema de  
Evaluación del Impacto Ambiental como  
Consulta Indígena: Alcances a la  
Jurisprudencia de la Corte Suprema**

**Sebastián Donoso R.  
Claudia Hernández R.**

ISSN 0718-4093

---

**Sebastián Donoso R.** es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master in Social Policy and Planning in Developing Countries de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Legislación Indígena de la PUC y actualmente consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Es ex asesor especial para Asuntos Indígenas del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

**Claudia Hernández R.** es científica política de la Universidad Gabriela Mistral, con diplomado de post grado en Comunicación y Estrategia Política de la Universidad Autónoma de Barcelona. Actualmente es investigadora del Programa Sociedad y Política de Libertad y Desarrollo.



# Índice

Resumen Ejecutivo	5
1. Introducción	7
2. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema	11
2.1 La Jurisprudencia de la Corte Suprema: Una Mirada General	11
2.2 Los Fallos sobre EIA: la Participación del SEIA como Consulta Indígena	13
2.3 Los Fallos sobre DIA que Revocan Resoluciones de Calificación Ambiental	15
2.4 Los Fallos sobre DIA que Dejan a Firme Resoluciones de Calificación Ambiental	17
2.5 El Fallo del Proyecto el Morro	17
3. Fundamentos del Voto de Minoría	19
4. La Consulta Indígena según el Convenio 169 y la OIT	21
4.1 La Consulta Indígena según el Artículo 6 del Convenio 169	21
4.2 La Consulta Indígena según la OIT	22
5. La Participación Ciudadana en el SEIA	24
5.1 Consulta Indígena: la Mirada del Tribunal Constitucional	25
5.2 La Participación Ciudadana en la Ley N° 19.300 y en el Reglamento del SEIA	27
5.3 El Nuevo Reglamento del SEIA	29
6. Comentarios a la Jurisprudencia de la Corte Suprema y al Voto de Minoría	32
6.1 Comentarios al Voto de Minoría	33
7. Conclusiones	38
8. Referencias Bibliográficas	38



## Resumen Ejecutivo

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT se ha planteado un debate respecto a si el procedimiento de participación ciudadana del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) permite subsumir la consulta indígena que establece el artículo 6 de dicho convenio, que en lo sustancial establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarles directamente.

La Corte Suprema ha resuelto afirmativamente la cuestión anterior; pero algunos de sus fallos han incluido un voto de minoría y ciertas argumentaciones que han dado pie a algunos comentaristas para plantear dudas sobre lo anterior. En este trabajo se concluye, en coincidencia con lo resuelto por la Corte Suprema, que el procedimiento de participación ciudadana del SEIA permite cumplir con los estándares del Convenio 169 y que los argumentos en que se basan las opiniones discrepantes no se sostienen al considerar los elementos de la participación ciudadana del SEIA y las recomendaciones de la propia OIT sobre la consulta indígena.



## La Participación Ciudadana del SEIA como Consulta Indígena: Alcances de la Jurisprudencia de la Corte Suprema

### 1. Introducción

La participación de los ciudadanos en las decisiones que les conciernen ha ido ganando espacios en los diversos ámbitos de la vida pública. Sin embargo, en pocas materias ha llegado a cobrar tanta notoriedad pública como en las decisiones que afectan a los pueblos indígenas. Esta notoriedad va de la mano con la entrada en vigencia en septiembre de 2009 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169), cuya “piedra angular”, para usar la expresión acuñada por la propia OIT, es en general la participación indígena y en particular la denominada “consulta indígena”.

La entrada en vigencia del Convenio 169 ha significado la irrupción—como adelantó LyD en el año 2008<sup>1</sup>—, de crecientes acciones judiciales de organizaciones indígenas contra proyectos de inversión en los espacios territoriales con alta presencia de su población, acciones que precisamente se han fundamentado en las disposiciones sobre participación y consulta de dicho tratado y, en menor medida, en las regulaciones que aquel establece respecto al concepto de “territorio” y al derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales presentes en él.

Los obstáculos para el desarrollo de proyectos de inversión en Chile han ido en aumento en el último tiempo. La demora de los procesos ambientales, las protestas sociales y la judicialización se han transformado en un problema que todas las grandes iniciativas manifiestan que han debido enfrentar, reflejándose según sus titulares en un aumento de los plazos de construcción y de los costos asociados al desarrollo de los proyectos.

Lo anterior ha ido instalando una percepción de incertidumbre en cuanto al clima para invertir y desarrollar proyectos. En el sector privado se han incubado dudas respecto a la forma en que podrían evolucionar las consultas a las comunidades indígenas, lo que se relaciona, entre otros, con el modo en que se regule la consulta y el impacto que esta última podría tener en los proyectos de inversión.

---

<sup>1</sup> LyD (2008). Convenio 169: ¿Un Paso Hacia Adelante? *Tema Público* N° 860.

A su turno, muchas organizaciones indígenas han manifestado una alta frustración por las dificultades y retardos que se han observado en la implementación de la consulta indígena, considerando que la ratificación del Convenio 169 y su amplia difusión entre 2008 y 2009 se tradujeron en que aquellas cifraran altas expectativas en su entrada en vigencia, las que no se han visto satisfechas a juicio de muchas de ellas.

La implementación de la consulta indígena ha estado desde un inicio en el centro del debate. A principios del año 2009, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet anunció la implementación del denominado “Código de Conducta Responsable”, estatuto que buscaba regular la participación indígena entre otras materias. Esta iniciativa no prosperó, debido a que generó fuerte resistencia en diversos ambientes, incluyendo los gremios empresariales y varias autoridades sectoriales de la época. Posteriormente, casi en forma simultánea a la entrada en vigencia del Convenio 169 en septiembre de 2009, en la misma administración se reguló provisoriamente la consulta indígena del artículo 6 a través del Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación (Decreto Supremo N° 124).

El Decreto Supremo N° 124 ha sido resistido por las organizaciones indígenas principalmente por dos razones: (i) porque restringe el espectro de medidas administrativas sujetas a consulta obligatoria; y (ii) porque no fue consultado a las propias organizaciones indígenas. Estas críticas no han impedido que dicho decreto se encuentre vigente hasta la fecha y que sea aplicado por la administración para diversos procesos de consulta. Por otra parte, si bien los tribunales ordinarios escasamente lo han invocado en sus fallos, la Contraloría General de la República le está dando aplicación.

Mientras tanto, desde marzo de 2011 el gobierno del Presidente Sebastián Piñera ha llevado adelante un proceso de consulta respecto a la regulación de la consulta indígena del artículo 6 del Convenio 169, proceso que en la práctica constituye lo que se ha llamado la “consulta de la consulta”. Por medio de este proceso, el gobierno está impulsando la implementación de la consulta indígena a través de dos normativas: (i) el nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante Nuevo Reglamento del SEIA), que reemplazará dentro de poco al actualmente vigente; y (ii) un nuevo reglamento general de consulta, que reemplazará a su vez al mencionado Decreto Supremo N° 124. Las críticas a este último, sumadas al tiempo que ha demorado el proceso de consulta de las dos normativas antes aludidas, han configurado un escenario de incertidumbre regulatoria que, a su vez, se ha manifestado en una mayor judicialización de los conflictos.

Según la Real Academia Española, “judicialización” consiste en “llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política”. Por



esta vía, entonces, organizaciones indígenas que se sienten afectadas buscan evitar la concreción de importantes proyectos de inversión, así como también suspender, retardar u obstaculizar el desarrollo de proyectos ya evaluados favorablemente por la autoridad ambiental.

Existe evidencia clara de que el Convenio 169 ha incrementado fuertemente la judicialización de proyectos en los últimos cuatro años<sup>2</sup>. Según las estadísticas del Servicio de Evaluación Ambiental, solo en 2012 subió 21,4% la judicialización de estudios de impacto ambiental. En la misma línea, uno de los principales fenómenos que se ha observado es la judicialización de proyectos que han sido evaluados y aprobados a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) en vez de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)<sup>3</sup>.

En este escenario de creciente judicialización asociado al Convenio 169 se agrega un elemento adicional: la entrada en vigencia e implementación de la nueva institucionalidad ambiental. La Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de marzo de 1994, fue modificada por la Ley N° 20.417 de enero de 2010, que estrenó el Ministerio del Medio Ambiente, el nuevo Servicio de Evaluación Ambiental (continuador de la antigua Comisión Nacional del Medio Ambiente, CONAMA) y la Superintendencia del Medio Ambiente. Por su parte, la Ley N° 20.600 creó posteriormente los Tribunales Ambientales. Todo lo anterior supone un reordenamiento institucional que no es ajeno a la materia de este trabajo. De hecho, una de las consecuencias más relevantes de esta nueva institucionalidad es la dictación del Nuevo Reglamento del SEIA, que busca generar un diálogo más fluido entre inversionistas, la comunidad y el Servicio de Evaluación Ambiental. Pero el Nuevo Reglamento del SEIA además reglamenta vigorosamente la consulta indígena, lo que constituye una pieza clave en el diseño regulatorio que se hace cargo de la nueva realidad impuesta por el Convenio 169.

Ya en mayo de 2010, solo algunos meses después de la entrada en vigencia del Convenio 169, la Corte Suprema dictaba el primer fallo relacionado con la consulta indígena<sup>4</sup>. Desde entonces e incluyendo dicha sentencia, el máximo tribunal se ha pronunciado en al menos dieciséis ocasiones sobre la materia, la última de ellas en junio de 2013<sup>5</sup>. Debe destacarse que la mayoría de estos pronunciamientos

<sup>2</sup> Según estadísticas del SEA, previo a 2008, el promedio de juicios ambientales se reducía a 6 instancias por año, mientras que en el lapso que comprende los años 2009 a 2011, esta cifra aumentó ostensiblemente a un promedio de 11.

<sup>3</sup> La legislación ambiental señala que los proyectos de inversión que sean sometidos a evaluación ambiental, pueden ingresar vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Solo en el primero de estos se realiza participación ciudadana, salvo el caso de las DIA con carga ambiental.

<sup>4</sup> Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de mayo de 2010, Recurso de Protección Rol N° 1525-2010 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Piscicultura Palguín".

<sup>5</sup> Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012, Recurso de Protección Rol N° 10.090-2011 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Parque Eólico Chiloé"; y Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, Recurso de

(catorce) se emiten en el marco de la evaluación ambiental de proyectos, y que diez de ellos recaen en recursos de protección interpuestos en contra de resoluciones de calificación ambiental (en adelante e indistintamente “RCA”) referidas tanto a estudios como a declaraciones de impacto ambiental, por lo que la discusión se ha centrado en la aptitud del SEIA para subsumir la consulta indígena consagrada en el Convenio 169. Los fallos de la Corte Suprema se han referido entonces tanto a la consulta indígena en procesos de evaluación iniciados con una DIA, como a procesos iniciados mediante un EIA.

Los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la materia han estado en el centro del debate. Carrasco (2011, pp. 187-223) se refiere a la Corte Suprema, a la consulta indígena y al SEIA como *“una relación que no termina de aclararse”*, destacando el aumento del número de litigios y el esfuerzo de la Corte Suprema para ir delineando una jurisprudencia al respecto. Fernández (2011, p. 271) explica que *“el deber de consulta ha sido el gran tema del Convenio que ha sido sometido a consideración de los tribunales de justicia, especialmente mediante la vía de interposición de recursos de protección, en virtud de lo cual se ha desarrollado una jurisprudencia que, en definitiva, ha ido estableciendo las bases en virtud de las cuales se debe aplicar la consulta”*. Más críticos son Contesse y Lovera (2011, p. 127), para quienes *“mientras algunas Cortes de Apelaciones se han acercado a una lectura del Convenio respetuosa de sus objetivos, las decisiones de la Corte Suprema han sido (en su mayoría) fieles a una tesis restrictiva impulsada por el Ejecutivo desde la entrada en vigencia del tratado, en oposición a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional”*.

En este escenario, el presente trabajo analizará la actuación de nuestro máximo tribunal sobre esta materia, con el fin de demostrar que ha sostenido una jurisprudencia consistente –aunque con matices–, en el sentido que la obligación de consulta indígena del Convenio 169 se puede cumplir a través del procedimiento de participación ciudadana estipulado en el SEIA, lo que se verá reafirmado con la entrada en vigencia del Nuevo Reglamento del SEIA.

De particular interés es el examen crítico del voto de minoría de algunas sentencias y de la argumentación contenida en otros fallos del máximo tribunal, pues en unos y otros se exponen varios de los principales argumentos que se han esgrimido para sostener que la participación ciudadana del SEIA no se conforma con los estándares del Convenio 169, cuestión con la que, como se verá, no estamos de acuerdo.

---

Protección Rol N° 11.040-2011 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”.

## 2. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema

Las sentencias de la Corte Suprema conforman una línea jurisprudencial al sostener que el deber de consulta indígena ya se encuentra incorporado a nuestra legislación ambiental y se puede cumplir a través del procedimiento de participación ciudadana establecido en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, y que, en consecuencia, la participación de las comunidades indígenas en el marco de dicha ley y en relación con los derechos consagrados en el Convenio 169, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental.

### 2.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema: una mirada general

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

- a. Contra RCA dictadas respecto a declaraciones de impacto ambiental (7);
- b. Contra RCA dictadas respecto a estudios de impacto ambiental (5);
- c. Contra una resolución de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama que declara la realización de un proceso de consulta previa (1); y
- d. Contra actividades del recurrido no ingresadas al SEIA (1).

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

- Tres fallos (*Piscicultura Palguín; Línea de Transmisión Melipeuco-Freire y Planta Cátodos Pampa Camarones*) en que la Corte Suprema estableció que el proyecto había sido correctamente evaluado a través de una DIA, estableciendo en los dos primeros una analogía entre la falta de impacto significativo que hubiera exigido su evaluación a través de un EIA y la falta de afectación directa que hubiera exigido la consulta indígena del Convenio 169.
- Cuatro fallos (*Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli; Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama; Parque Eólico Chiloé; y Sondajes de Prospección Paguanta*) en que la Corte Suprema estableció que dichos proyectos habían sido incorrectamente evaluados a

través de una DIA, por lo que revocó las respectivas resoluciones de calificación ambiental y ordenó que los mismos se evaluaran a través de un EIA, debiendo conformarse la participación ciudadana de este último con los estándares del Convenio 169.

- Tres fallos (*Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia; Central Hidroeléctrica Neltume y Exploración Minera Proyecto Catanave*) en que la Corte Suprema estableció que los procesos de evaluación ambiental de dichos proyectos –con su componente de participación ciudadana– habían cumplido o podían cumplir con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169. Debe consignarse que el primero y el último fallo registran un voto de minoría.
- Un fallo (*Proyecto El Morro*<sup>6</sup>) en que la Corte Suprema confirmó la revocación de la resolución de calificación ambiental del proyecto minero El Morro basado en que no se habría evaluado adecuadamente el impacto de dicho proyecto sobre los miembros de la Comunidad Agrícola los Huascoalinos en su calidad de indígenas, ordenando la realización de audiencias específicas con participación de las personas en cuestión.
- Un fallo (*Proyecto Manganeso Los Pumas*) en que la Corte Suprema rechazó un recurso de protección por considerar que no era procedente dicha acción constitucional en contra de un acto de mero trámite que había admitido a tramitación el EIA del proyecto en cuestión.
- Un fallo (*Proyecto El Morro*) en que la Corte Suprema rechazó un recurso de protección interpuesto contra la Resolución Exenta N° 69 del 13 de marzo de 2013 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, que declaró la realización de un proceso de consulta indígena en el marco de la evaluación ambiental del proyecto minero El Morro.
- Un fallo (*Comunidad Indígena Pepiukelén*) en que la Corte Suprema dispuso que la recurrida debía paralizar y abstenerse de ejecutar cualquier obra, trabajo o labor en el inmueble de propiedad de dicha comunidad y retrotraer las cosas al estado anterior al de su ilegítimo obrar, restaurando la piscina allí existente a su estado natural. Debe resaltarse en este caso que si bien la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, eliminó los considerandos noveno y décimo de dicha sentencia que establecían que las actividades de la recurrida debían ingresar al SEIA y someterse a la consulta indígena del Convenio 169. Adicionalmente, este fallo contó con un voto de

---

<sup>6</sup> Excm. Corte Suprema. Sentencia de fecha 27 de abril de 2012, Recurso de Protección Rol N° 2211-2012 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto El Morro.

minoría del Ministro Sergio Muñoz, quien estuvo por mantener dichos considerandos.

## 2.2 Los fallos sobre EIA: la participación ciudadana del SEIA como consulta indígena

Los fallos recaídos en recursos de protección interpuestos en contra de EIA (*Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia; Central Hidroeléctrica Neltume y Exploración Minera Proyecto Catanave*) dejan establecido –en lo medular–, que los procesos de evaluación ambiental y participación ciudadana de los respectivos proyectos habían cumplido –o podían cumplir– con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169.

En el primer caso (*Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia*, causa Rol 4078-2010), la Corte Suprema llegó a dicha conclusión razonando del siguiente modo:

*“SÉPTIMO: Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen. (...)*

*UNDÉCIMO: Que como es posible apreciar, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental –previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.300–, es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N° 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente;*

*“DUODÉCIMO: Que la integración armónica del Convenio N° 169 en nuestro ordenamiento jurídico interno a que deben propender todos los órganos de la Administración del Estado en las áreas de sus respectivas competencias ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa sectorial que la rige, las cuales son enteramente conciliables con los estándares que orientan el Convenio;”*

El fallo de la Corte Suprema en el tercer caso ya citado (*Exploración Minera Proyecto Catanave*) confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica que, a su vez, cita la jurisprudencia anterior en su fundamentación:

**“DÉCIMOCUARTO:** *Que la conclusión expuesta aparece corroborada en fallo de protección causa Rol 4078-2010, de la Corte Suprema al señalar: ‘Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen’, en consecuencia, la participación de las comunidades indígenas en el marco de la Ley N° 19.300, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental”.*

Es importante destacar que el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Arica apunta tanto a validar el proceso de evaluación ambiental específicamente llevado a cabo para el proyecto en cuestión, como la aptitud del procedimiento de participación ciudadana contemplado en el SEIA para dar cumplimiento a la obligación de consulta indígena establecida en el Convenio 169.

Idéntica es la conclusión, aunque distinta la situación sobre la que recae, de la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Central Hidroeléctrica Neltume*. En este caso, la acción de protección se había dirigido en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos encontrándose en trámite de evaluación ambiental el referido proyecto. El máximo tribunal razonó del siguiente modo:

**“SEXTO:** *Que se debe tener presente que el proyecto Central Hidroeléctrica Neltume, cuyo titular es la empresa ENDESA no ha sido aprobado, puesto que él se encuentra en proceso de evaluación ambiental, esto es, ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) con fecha 2 de diciembre de 2010 y según se expuso con antelación se encuentra a la fecha del informe de una de las recurrida (3/06/2011) en el día N° 48 de calificación ( plazo legal 180 días hábiles) y han existido más de 338 observaciones al proyecto que efectuaron los servicios públicos correspondiente y además la ciudadanía ( fojas 107 a 144), lo que revela que existe participación ciudadana, y se han generado espacios de información y consulta que permitan a la comunidad recurrente conocer en detalle el proyecto para que puedan formular las observaciones que estimen pertinentes y con ello se cumple con lo que señala el artículo 6.1 letra b) y 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT”.*

### 2.3 Los fallos sobre DIA que revocan resoluciones de calificación ambiental

Los fallos recaídos en recursos de protección interpuestos en contra de DIA (*Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli*; *Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama*; *Parque Eólico Chiloé*; y *Sondajes de Prospección Paguanta*), revocan las respectivas resoluciones de calificación ambiental y ordenan que los proyectos en cuestión se evalúen a través de un EIA, debiendo conformarse su participación ciudadana con los estándares del Convenio 169. Lo que no dicen estos fallos, por supuesto, es qué elementos deben concurrir para que esos procesos de participación ciudadana se conformen con los estándares del Convenio 169, lo que introduce una dosis de subjetividad al respecto.

Pero, además, estos fallos incluyen una fórmula sacramental que si bien se mantiene en lo medular, muestra una evolución que merece ser comentada. Esta evolución queda de manifiesto al revisar dichos fallos. En efecto, la sentencia en el caso *Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli* argumenta como sigue<sup>7</sup>:

*“TERCERO: Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.*

*CUARTO: Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la resolución N° 041 por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto ‘Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli’, pese a que este requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la Ley N° 19.300, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y el Convenio 169, incurrió en un actuación ilegal, afectando con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental” (el subrayado es de los autores).*

Por su parte, el fallo en el caso *Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama* discurre así<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> Excm. Corte Suprema. Sentencia de fecha 4 de enero de 2011, Recurso de Protección Rol N° 6062-2010 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “*Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli*”.

<sup>8</sup> Excm. Corte Suprema. Sentencia de fecha 13 de julio de 2011, Recurso de Protección Rol N° 258-2011 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “*Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama*”.



**“DÉCIMO:** *Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón a que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.*

*Por estas consideraciones (...) se acoge el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 18, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 275/2010 de 15 de septiembre de 2010 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, por lo que el proyecto de Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales” (el subrayado es de los autores).*

Los fallos en los casos *Parque Eólico Chiloé* y *Sondajes de Prospección Paguanta* repiten casi textualmente los términos del fallo inmediatamente anterior.

Como se puede apreciar, el fallo en el caso *Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli* establece que el proceso de evaluación ambiental de dicho proyecto debió haberse realizado a través de un EIA y que “por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y el Convenio 169”. Los tres fallos siguientes (*Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama*; *Parque Eólico Chiloé* y *Sondajes de Prospección Paguanta*) también concluyen que los proyectos en cuestión debían evaluarse a través de un EIA, pero agregan expresamente “cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”.

En otras palabras, en el primer fallo la Corte Suprema estableció que era necesaria la consulta indígena “de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y el Convenio 169”, afirmación de la que podía deducirse que los procedimientos de nuestra ley ambiental –en particular la participación ciudadana–, eran aptos para cumplir con la consulta indígena. En los fallos siguientes, en cambio, el máximo tribunal dispuso expresamente que el procedimiento de participación ciudadana debía regirse por los estándares del Convenio 169, fijando así –aparentemente– una vara más alta.

Sin embargo, lo relevante es que en todos los casos la Corte Suprema ha mantenido su criterio que la participación ciudadana del SEIA permite dar cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169. En efecto, en todos los casos la decisión de la Corte Suprema fue que la consulta indígena debía realizarse a través del procedimiento de participación ciudadana que contempla el EIA,



debiendo aquel conformarse con los estándares del Convenio 169. Si la Corte Suprema hubiera estimado que el procedimiento de participación ciudadana de los EIA no permite cumplir con los estándares del Convenio 169, habría resuelto que la consulta indígena debía realizarse a través de otro procedimiento administrativo, cosa que no hizo.

## 2.4 Los fallos sobre DIA que dejan a firme resoluciones de calificación ambiental

Ya se anticipó que existen tres fallos (*Piscicultura Palguín; Línea de Transmisión Melipeuco-Freire y Planta Cátodos Pampa Camarones*) en que la Corte Suprema estableció que el proyecto había sido correctamente evaluado a través de una DIA.

Es particularmente relevante lo sentenciado en los dos primeros, pues en ellos la Corte Suprema estableció una analogía (esbozada en el caso *Piscicultura Palguín* y luego claramente delineada en el caso *Línea de Transmisión Melipeuco-Freire*) entre la falta de impacto significativo que hubiera exigido la evaluación de los respectivos proyectos a través de un EIA y la falta de afectación directa que hubiera exigido la consulta indígena del Convenio 169.

Esta jurisprudencia es clave, pues permite entender por qué no infringe la consulta indígena del Convenio 169 el hecho que un proyecto sea evaluado a través de una DIA –careciendo por tanto de participación ciudadana y por ende de consulta indígena–, en la medida que se entiende que su evaluación a través de una DIA se debe precisamente a que no genera aquel impacto que exigiría su ingreso al SEIA a través de un EIA, homologando la falta de ese impacto con la falta de afectación directa a los pueblos indígenas que exigiría una consulta indígena.

## 2.5 El fallo del proyecto El Morro

El fallo de la Corte Suprema respecto al proyecto minero El Morro citado en la letra d) del apartado 2.1 anterior requiere una explicación especial. Inmediatamente de conocida la sentencia, varios medios de prensa informaron que la revocación de su resolución de calificación ambiental se había debido a la falta de consulta indígena de dicho proyecto. En estricto rigor, la Corte Suprema resolvió dicha revocación basada en que no se habría evaluado adecuadamente el impacto del proyecto sobre los miembros de la Comunidad Agrícola los Huascoalinos en su calidad de

indígenas, ordenando la realización de audiencias específicas con participación de las personas en cuestión. Así queda claro de su lectura:

*“UNDÉCIMO: Que según se ha venido razonando y de acuerdo a la transcripción de la Resolución Exenta 049 con relación al reasentamiento de las comunidades humanas o alteración significativa de sistema de vida o costumbres de grupos humanos, el proyecto solo consideró tres familias de crianceros, además de una persona que pertenece a una de estas familias y ‘que tiene su majada propia’, por lo que es lógico deducir que los integrantes de la Comunidad Agrícola y especialmente las cuarenta y tres personas individualizadas en la parte expositiva –según certificados de fs. 418 a 460 que acreditan sus calidades de indígena– les es aplicable la normativa nacional e internacional ya referida, debiendo el estudio de impacto ambiental de proyecto El Morro considerarlos específicamente, porque independientemente a la circunstancia que la comunidad agrícola Los Huascoaltinos no haya tenido a la fecha de la elaboración del proyecto un reconocimiento como Comunidad Indígena, lo cierto es que sus integrantes ya individualizados tienen tal calidad y les afecta el proyecto porque se comprobó que son titulares del derecho de dominio inscrito de terrenos respecto de los cuales iniciarán las actividades de explotación la Sociedad Contractual Minera El Morro”.*

Más adelante agregó:

*“El Estudio de Impacto Ambiental que 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, 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 y no en forma genérica como lo hizo, desconociendo a los integrantes de estas comunidades de hecho, en consecuencia, incluir solo tres familias y una persona natural y prescindir específicamente del resto de estas personas que tienen la calidad de indígena comprobada, constituye una ilegalidad que está protegida en la Constitución Política de la República que garantiza la igualdad ante la ley, la no existencia de grupos privilegiados sin que autoridad alguna pueda establecer estas diferencias arbitrarias entre tres familias de crianceros y una persona natural, respecto de todos los integrantes de la comunidad agrícola que acreditaron poseer la calidad de indígenas y que ya fueron enumerados, ilegalidad que justifica acoger excepcionalmente un recurso de protección frente a la calificación favorable del Estudio de Impacto Ambiental porque en la letra c) de la fs. 390 del estudio se proponen medidas de mitigación, entrega de terrenos y generación de sectores*

*de pastoreo alternativo de veranadas únicamente a estas tres familias de crianceros, desconociéndose a las personas integrantes de la comunidad agrícola. Este desconocimiento se ha mantenido en el informe reseñado de la recurrida en cuanto se acepta que la comunidad agrícola fue escuchada en diversas reuniones pero sus integrantes no fueron considerados como indígenas, como 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 (...)*”.

La decisión de la Corte Suprema no se fundamentó entonces en la falta de consulta –de hecho el mismo fallo señala que los recurrentes participaron en diversas reuniones–, sino en una inadecuada evaluación del impacto del proyecto sobre miembros de la Comunidad Agrícola los Huascoalinos que tienen la calidad de indígenas.

Como se puede apreciar, la afirmación en cuanto a que los fallos de la Corte Suprema han sido erráticos o inconsistentes no se sostiene al revisar en conjunto tanto los fallos que se han pronunciado sobre RCA recaídas en procesos de evaluación ambiental realizados a través de DIA, como los fallos que han sentenciado impugnaciones referidas a procesos realizados por medio de EIA. En ambos casos la Corte Suprema ha sostenido invariablemente que el procedimiento de participación ciudadana permite cumplir con la consulta indígena del Convenio 169. Tal vez la única duda que dejan los fallos de la Corte Suprema, en particular aquellos que revocan RCA recaídas en DIA, es qué significa exactamente que el procedimiento de participación ciudadana de un EIA deba conformarse con los estándares del Convenio 169.

### 3. Fundamentos del Voto de Minoría

Corresponde ahora revisar los argumentos que se han esgrimido para establecer que la participación ciudadana del SEIA no es apta para cumplir con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169, y en particular los fundamentos del voto de minoría reiterados por el Ministro de la Corte Suprema Haroldo Brito en tres sentencias (*Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia; Exploración Minera Catanave; y Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía*<sup>9</sup>), que en lo sustancial sostienen que la participación ciudadana del

---

<sup>9</sup> Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, Recurso de Protección Rol N° 1608-2011 interpuesto contra el decreto del Ministerio de Obras Públicas que adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”.

SEIA no es apta para cumplir con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169 por las siguientes razones:

- Los procesos (administrativos) que puedan afectar a los pueblos indígenas deben considerar las particularidades propias de estos grupos humanos y por tanto las resoluciones que recaigan en dichos procesos deben dar cuenta de esa “especialidad”.
- La consulta indígena del Convenio 169 es obligatoria.
- La consulta indígena debe realizarse de buena fe y con la intención de alcanzar un acuerdo.
- Informar no constituye un acto de consulta, *“porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”*.
- La consulta indígena debe hacerse a través de organismos representativos (indígenas) y libremente.
- La RCA debió dar cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169, pues al momento de su dictación este último se encontraba vigente.
- La RCA incumplió el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta *“aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere”*.
- La RCA es arbitraria y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, ya que al no aplicarse la consulta indígena del Convenio 169, *“niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”*.

En forma previa a analizar los argumentos del voto de minoría, es importante esclarecer si su razonamiento apunta a que el proceso de participación ciudadana del SEIA es *per se* inadecuado para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169, o si esa es una cuestión que los tribunales de justicia deben dilucidar caso a caso, dependiendo de la forma en que se hayan ejecutado los respectivos procesos de evaluación ambiental y participación ciudadana. Sobre el particular, del análisis del voto de minoría resulta claro que la opinión del Ministro Brito es que el proceso de participación ciudadana del SEIA es *per se* inadecuado para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169.

## 4. La Consulta Indígena según el Convenio 169 y la OIT

Enunciados ya los argumentos sobre cuya base el voto de minoría sostiene que el procedimiento de participación ciudadana del SEIA es inadecuado para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169 o, dicho de otra forma, para cumplir los estándares de dicho convenio, es oportuno revisar los elementos del artículo 6 del Convenio 169 y luego mencionar los criterios que la propia OIT ha establecido respecto a la consulta indígena y en particular en relación a dicha disposición.

### 4.1 La consulta indígena según el artículo 6 del Convenio 169

Señala el artículo 6:

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

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

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

Como es evidente, el artículo 6 delinea los contornos de la consulta indígena en términos muy generales y amplios. Si entramos a la literalidad de la norma, los principales elementos de la consulta indígena son los siguientes:

- Es una obligación de los “gobiernos”<sup>10</sup>;
- Se consultan medidas administrativas y legislativas;
- Susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas;
- Cada vez que se “prevean” dichas medidas;
- Mediante procedimientos apropiados;

---

<sup>10</sup> Con ocasión de su visita a Chile en diciembre de 2010, la Directora de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, Cleopatra Doumbia-Henry, aclaró a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que cuando el artículo 6 ocupa la voz “gobiernos” se está refiriendo al órgano ejecutivo.

- A través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas;
- De buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias; y
- Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

## 4.2 La consulta indígena según la OIT

Hasta aquí la consulta indígena según el propio Convenio 169. Debe resaltarse nuevamente que los elementos recién enunciados delimitan los estándares de la consulta indígena en términos muy genéricos. Aunque parezca innecesario decirlo, el Convenio 169 no fija un modelo único o formato tipo para realizar la consulta indígena, ni entra en los detalles de cada uno de sus elementos o principios básicos. Tampoco lo hace la OIT, como se verá a continuación.

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

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

En efecto, el artículo 6 no escapa a dicha norma que constituye un principio general para la aplicación del Convenio 169, de modo que cada país debe determinar la forma de implementar la consulta indígena según sus particularidades propias.

Ahora bien, el órgano interpretativo del Convenio 169, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR o “Comisión de Expertos”), sí entrega observaciones y recomendaciones respecto a cada una de las disposiciones del Convenio 169, las que van delineando una cierta doctrina respecto a los elementos ya mencionados.

Entre las recomendaciones de la Comisión de Expertos, la más reciente y atinente es la Observación General 2011 sobre la obligación de consulta del Convenio 169 (“Observación General 2011”), la cual permite “rellenar”, si se nos permite la

expresión, los elementos de la consulta indígena que establece el propio artículo 6 del Convenio 169. Dice la Observación General 2011<sup>11</sup>:

*“1. Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;*

*2. Tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;*

*3. Tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;*

*4. Deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.*

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

En síntesis, la CEACR delinea los contornos de la consulta indígena del siguiente modo:

- Debe ser previa a la dictación de la respectiva medida administrativa o legislativa;
- Debe ser formal, plena y llevarse a cabo de buena fe;
- Debe realizarse a través de mecanismos apropiados y de una forma adaptada a las circunstancias;
- Debe llevarse a cabo a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales;
- Debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;

---

<sup>11</sup> CEACR (2011).

- Debe llevarse a cabo con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre la medida propuesta. Por lo mismo, una consulta “pro forma” o la simple entrega de información no cumplen con el Convenio 169; y
- No implica un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. En otras palabras, si bien la consulta indígena debe estar inspirada por el “deseo sincero” de llegar a un acuerdo, la falta de dicho acuerdo no invalida el proceso de consulta en cuestión.

Los elementos ya vistos del artículo 6 y estas recomendaciones de la Comisión de Expertos de la OIT conforman en su conjunto lo que se podría denominar como los “estándares” del Convenio 169 y particularmente de la consulta indígena.

Resta ahora, en consecuencia, escudriñar los elementos del proceso de participación ciudadana del SEIA para determinar si se conforman o no con los estándares antes mencionados.

## 5. La Participación Ciudadana en el SEIA

La participación ciudadana del SEIA está regulada en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y en los artículos 49 a 54 del Reglamento del SEIA. Sin embargo, antes de entrar de lleno al análisis de estas disposiciones, es indispensable citar la norma que sirve de sustento último a la obligatoriedad de evaluar el componente indígena de un proyecto.

En efecto, el artículo 4 de la Ley N° 19.300 establece que:

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

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



Como se puede apreciar, el inciso segundo contiene un mandato que –salvo por la jerarquía de la norma– en nada se distingue de mandatos similares que encontramos en las bases de la institucionalidad de nuestra Constitución. Esta disposición refleja así un consenso social en cuanto a que la preservación de los pueblos indígenas es una prioridad, lo que le da además consistencia y coherencia con los mandatos de protección, fomento y desarrollo de los indígenas contenidos en la Ley N° 19.253 de 1993 (Ley Indígena).

### 5.1 Consulta indígena: la mirada del Tribunal Constitucional

Antes de entrar de lleno en el análisis de las disposiciones de la Ley N° 19.300 y del Reglamento del SEIA, es pertinente revisar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su fallo del 4 de agosto de 2000<sup>12</sup> sobre la consulta indígena del Convenio 169 y su relación con el SEIA.

En lo que es más relevante para este trabajo, el considerando 7° del fallo sostiene que hay una “diferencia esencial” entre la consulta indígena del Convenio 169 y aquellas otras consultas que se establecen en nuestro ordenamiento positivo. Agrega que la respuesta a la consulta indígena, si bien “*no tiene un carácter vinculante stricto sensu sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2 del mismo artículo 6°*”, refiriéndose con ello al principio de buena fe que debe animar las consultas y a su finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

A primera vista, entonces, esta “diferencia esencial” y “connotación jurídica especial” de la consulta indígena parecerían alejar a esta última de todo intento por subsumirla en el procedimiento de participación ciudadana del SEIA. Sin embargo, para sopesar adecuadamente el alcance de esta parte del fallo, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional respondía así a la argumentación del Presidente de la República en cuanto a que este tipo de consultas (a indígenas) ya se encontraba establecido en nuestra legislación, para lo que había citado en su abono los artículos 34, 39 letra j) y 48 de la Ley Indígena. Por consiguiente, la “diferencia esencial” a que se refería el tribunal era aquella existente entre las normas recién citadas y la consulta indígena del Convenio 169. Adicionalmente, no puede olvidarse que el considerando en comento se inserta en el análisis de la inconstitucionalidad de forma alegada por los requirentes, por lo que la argumentación del tribunal estaba claramente dirigida a concluir que el artículo 6°

---

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 04 de agosto de 2000, Rol N° 309, la cual fue pronunciada en requerimiento formulado por diversos diputados de la entonces oposición para que el tribunal resolviera la inconstitucionalidad de forma y de fondo del Convenio 169.

en cuestión modificaba normas propias de leyes orgánicas constitucionales y, por ende, tenía el carácter de esa clase de leyes.

Demostración clara de lo anterior es que todas las demás alusiones que contiene el fallo a la consulta indígena tienen un tenor muy distinto. En efecto, en el considerando 44° el tribunal expresa tener la convicción que la expresión “pueblos indígenas” debe ser considerada *“como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte”* (el destacado es de los autores). Luego, el considerando 46° reafirma los conceptos anteriores al señalar que las disposiciones del Convenio 169 *“son suficientemente claras como para concluir que los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas propias”* (el destacado es de los autores). Y reitera: *“Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas”*.

No puede extrañar, entonces, que en su considerando 70° el fallo haya concluido *“que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna”*, citando como ejemplo a los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300.

En su fallo del 3 de abril de 2008<sup>13</sup>, el Tribunal Constitucional se encargaría de precisar el alcance de la “connotación jurídica especial” que le había atribuido el fallo de 2000 a la finalidad envuelta en la consulta indígena del Convenio 169. Al respecto, el considerando 14° señala que al disponer el artículo 6 N° 2 *“que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”*.

De todo lo anterior queda en evidencia que no hay contradicción en afirmar que la consulta indígena tiene una “connotación jurídica especial”, por una parte, y por otra concluir que dicha consulta ya se encuentra incorporada en nuestra legislación interna y particularmente en los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300 que regulan la participación ciudadana en el SEIA. En efecto, el Tribunal Constitucional es claro en señalar que la consulta indígena procede “con estricta sujeción a la Ley Suprema

---

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 3 de abril de 2008 sobre control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio del Convenio 169, Rol N° 1050-08.

del respectivo Estado” y sometida al ordenamiento constitucional vigente. Por lo demás, no pueden interpretarse de otra forma las continuas referencias<sup>14</sup> que hace el tribunal al ya citado artículo 34 del Convenio 169 –norma de clausura–, que establece el principio general de flexibilidad en la aplicación de sus cláusulas.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional afirma que la consulta indígena puede y debe insertarse armónicamente en nuestro sistema jurídico, aprovechando las normas que ya existen y respetando siempre nuestra Carta Fundamental. Ese es, por lo demás, el espíritu del propio Convenio 169 tal como fluye de su artículo 34. Fernández (2011, p. 302) pone de relieve este punto al afirmar que “*los derechos especiales reconocidos a los pueblos indígenas deben ser ejercidos en el contexto de la institucionalidad legal establecida en el ordenamiento jurídico vigente*”.

Sin embargo, algo agregaremos más adelante sobre aquella “diferencia esencial” a que hacía alusión el tribunal.

## 5.2 La participación ciudadana en la Ley N° 19.300 y en el Reglamento del SEIA

El artículo 26 de la Ley N° 19.300 fija la carta de navegación al proceso de participación ciudadana al establecer que “*Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan*” (el destacado es de los autores).

Es necesario entonces examinar los principales elementos de esta “participación informada” para determinar si cumplen o no con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169. Estos elementos los encontramos tanto en la Ley N° 19.300 como en el Reglamento del SEIA, que aterriza los derechos y obligaciones que aquella establece:

- a. Obligación de la autoridad ambiental de “establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad” en el proceso de calificación de los proyectos (artículo 49 Reglamento del SEIA).
- b. Obligación de la autoridad ambiental de establecer dichos mecanismos “en forma específica para cada caso, dependiendo de las características propias del proyecto o actividad” (artículo 49 Reglamento del SEIA).

---

<sup>14</sup> Considerandos 45° y 48°, entre otros.

- c. Facultad de la autoridad ambiental de solicitar la participación de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental o con competencia en materia de desarrollo comunitario o social, y/o de participación ciudadana, para la implementación de los mecanismos en cuestión (artículo 49 Reglamento del SEIA).
- d. Derecho a imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados (artículo 27 Ley N° 19.300).
- e. Obligación del interesado de realizar y financiar publicaciones y avisos radiales que contengan todos los antecedentes del proyecto que se exigen en la ley y que son necesarios para satisfacer el derecho de información recién mencionado (artículos 28 y 30 ter Ley N° 19.300).
- f. Obligación de la Comisión de Evaluación Ambiental o del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de remitir a las municipalidades respectivas una copia del extracto del proyecto “para su adecuada publicidad” y para “garantizar la participación de la comunidad” (artículo 31 Ley N° 19.300).
- g. Derecho a formular observaciones al proyecto (artículo 29 Ley N° 19.300).
- h. Obligación del SEA de considerar las observaciones, hacerse cargo de ellas y pronunciarse fundadamente a su respecto (artículo 29 Ley N° 19.300).
- i. Obligación del SEA de dar publicidad anticipada a su pronunciamiento sobre las observaciones (artículo 29 Ley N° 19.300).
- j. Derecho a presentar recurso de reclamación cuando las observaciones “no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental” (artículo 29 Ley N° 19.300).

Como queda en evidencia, el procedimiento de participación ciudadana se compone de cargas tanto para el titular de un proyecto de inversión como para la autoridad ambiental, destinadas a satisfacer el derecho de participación de cada ciudadano en el proceso de evaluación ambiental. El cumplimiento de estas cargas se traduce en que los ciudadanos tienen derecho, en lo sustancial:

- a. A ser informados oportuna y exhaustivamente sobre el contenido de los proyectos;
- b. A efectuar observaciones a los proyectos, sin que exista restricción respecto al tipo de observaciones ni al formato en que se presenten; y
- c. A que dichas observaciones sean debidamente consideradas por la autoridad ambiental en la calificación ambiental de los proyectos.

De todo lo anterior se desprende que el procedimiento de participación ciudadana no corresponde a un proceso de mera entrega de información, ni tampoco a un proceso participativo en que solo se reciben opiniones sin que estas tengan respuesta. Por el contrario, el derecho a recurrir de reclamación cuando las observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental refleja claramente que la participación ciudadana del SEIA corresponde a un estadio de participación que supera largamente la simple información o recepción de opiniones.

Por otra parte, es importante resaltar que los distintos instrumentos de apoyo con que cuenta el SEIA –como las guías de apoyo–, ya han incorporado criterios de pertinencia socio-cultural y consideran las particularidades propias de los grupos humanos indígenas. Carrasco (2011, p. 214) cita como ejemplo de lo anterior el hecho que el SEA contemple actualmente guías de explicación del SEIA en lengua mapuche y quechua.

La participación ciudadana del SEIA contiene entonces los elementos fundamentales que permiten afirmar que cumple con los estándares establecidos por el Convenio 169 y por la OIT para la consulta indígena. Ahora bien, y como toda institución humana, naturalmente es perfectible. Esta perfectibilidad, tratándose de los pueblos indígenas, está relacionada precisamente con aquellos elementos que les permitan participar en el proceso de evaluación ambiental de un modo más apropiado a sus características culturales.

### 5.3 El Nuevo Reglamento del SEIA

La entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 de 2010 y la implementación de la nueva institucionalidad ambiental implicaron, entre otras cosas, la dictación de un Nuevo Reglamento del SEIA que reemplazará al actual. El Nuevo Reglamento del SEIA (Decreto N° 40 de fecha 30 de octubre de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente) fue tomado de razón con fecha 6 de agosto de 2013 y publicado en el Diario Oficial el lunes 12 de agosto de 2013. De acuerdo a su artículo 170, entrará en vigencia en 90 días contados desde dicha publicación.

Desde que se inició el trabajo de elaboración del Nuevo Reglamento del SEIA, el propio SEA fue claro en señalar que su dictación era una buena oportunidad para perfeccionar sus procedimientos con miras a contar con un sistema de evaluación ambiental que asegure la protección ambiental de manera eficaz y garantice una adecuada participación ciudadana e indígena en particular.

Adicionalmente, y desde la óptica de la participación de los pueblos indígenas en el SEIA, se hacía necesario modificar el actual Reglamento del SEIA para incorporar los criterios agregados a la Ley N° 19.300 por la Ley N° 20.417. Por lo mismo, el SEA *“ha realizado un trabajo de mejora de procedimientos que permite la incorporación de elementos referidos a los pueblos indígenas en el nuevo Reglamento del SEIA, tanto en lo que se refiere a la evaluación de impactos ambientales como en la elaboración y ejecución de los procesos de participación ciudadana en el SEIA”*<sup>15</sup>. Como lo explicó el propio SEA, este “trabajo de mejora” del procedimiento de participación ciudadana estaba dirigido a recoger adecuadamente las particularidades de los diversos grupos humanos del país, y no solo de los pueblos indígenas.

El Nuevo Reglamento del SEIA incorpora vigorosamente criterios de pertinencia indígena en el proceso de participación ciudadana, con vistas a generar espacios de participación que permitan a los pueblos indígenas informarse adecuadamente e influir efectivamente en el proceso de evaluación ambiental de los proyectos. En palabras del SEA:

*“ Para ello, se han considerado como fundamentales las siguientes condiciones:*

- *Generar espacios de conversación adecuados según las características de los distintos grupos humanos indígenas, por ejemplo disponiendo la presencia de intérpretes de las lenguas indígenas cuando sea requerido, contribuyendo así a fomentar la identidad indígena.*
- *Contar con mayor y mejor información, de forma pertinente para la población indígena involucrada en procesos de participación ciudadana en el SEIA.*
- *Establecer interlocutores válidos, ya sean económicos, políticos, jefaturas originadas en la tradición del grupo, representantes de los grupos de interés comunitario, como asociaciones deportivas o de mujeres. Sin perjuicio de lo anterior, se deberá considerar siempre a las comunidades y asociaciones indígenas, creadas en conformidad a la Ley N° 19.253.*
- *Establecer coordinaciones estratégicas con distintos actores en torno a los temas sensibles asociados al proyecto, por ejemplo a nivel regional (Comisión de Evaluación, CONADI, Consejos Consultivos Regionales) y a nivel local (Municipios)”*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Minuta explicativa sobre la consulta de parte del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y guías de procedimiento de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. (2011): pág. 2. <http://www.consultaindigena.cl/munitas/ME-Participacion-Indigena-SEA.pdf>

<sup>16</sup> En Minuta Explicativa (2011), ob. cit.: pág. 10.

Esta voluntad de generar un espacio de participación que permita una mejor comunicación y diálogo se traduce en que el Nuevo Reglamento del SEIA incorpora y regula la realización de una consulta indígena como parte del proceso de participación ambiental ciudadana. La regulación de la consulta indígena sigue en lo medular los elementos delineados por el artículo 6 del Convenio 169, evidencia de lo cual es el artículo 85 del Nuevo Reglamento del SEIA:

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

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

En síntesis, el Nuevo Reglamento del SEIA regula expresamente la consulta y permite una vigorosa participación indígena que atraviesa todo el proceso de evaluación ambiental, como se aprecia en varios aspectos:

Modifica los artículos que especifican cuándo hay impacto sobre pueblos indígenas (artículos 5 a 10 en correspondencia con letras (a) a la (f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300);

- i) Modifica los artículos que estipulan cuál debe ser el contenido mínimo de los EIA y DIA (artículos 18 y 19) en relación con el impacto sobre pueblos indígenas;

- ii) Establece y regula la consulta indígena como parte de la participación ambiental ciudadana (artículos 85 y 92) como un proceso de participación ad-hoc, en que intervienen en forma exclusiva los pueblos indígenas afectados; y
- iii) Considera las particularidades culturales de los pueblos indígenas al establecer que es obligación del Servicio de Evaluación Ambiental diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe que “*contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo*”, por ejemplo, a través del uso de intérpretes y material traducido a sus respectivos idiomas.

De esta forma, el Nuevo Reglamento del SEIA viene a confirmar los elementos fundamentales del procedimiento de participación ciudadana ya establecido en el actual reglamento, regulando expresamente la consulta indígena e introduciendo una serie de modificaciones y mejoras destinadas a ponerlo a tono con la nueva institucionalidad ambiental y con las mejores prácticas internacionales en materia ambiental e indígena.

## **6. Comentarios a la Jurisprudencia de la Corte Suprema y al Voto de Minoría**

Como ya se ha visto, la Corte Suprema ha mantenido su criterio mayoritario en cuanto a validar la participación ciudadana del SEIA como apta para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169, criterio con el que los autores están de acuerdo y que se ve reafirmado con el análisis que precede.

Al respecto, Valdivia (2011, p. 61) sostiene que “*es cierto que en el sistema de evaluación de impacto ambiental, los proyectos en general de mayor complejidad o envergadura deben someterse a un trámite exigente, en que la comunidad debe tener ocasión de ser oída. La pregunta fundamental que se han hecho los jueces persigue evaluar si esa audiencia sustituye a la consulta. En la medida que esta audiencia ofrece también a los indígenas ocasión de ser oídos (y a condición de que se la ofrezca), no debiese haber inconveniente en conformarse con ese único trámite, sin necesidad de establecer un mecanismo específicamente destinado a recoger las observaciones de los pueblos indígenas*”.

Por su parte, Fernández (2011, p. 302) señala que tanto los pronunciamientos del Tribunal Constitucional como los diversos fallos de la Corte Suprema “*han reconducido el derecho de consulta indígena al estatus de participación aplicable a todos los chilenos, sin distinción de origen étnico*”.



Debe aclararse, eso sí, que el actual reglamento del SEIA y en particular el Nuevo Reglamento del SEIA permiten dicha “reconducción” precisamente porque permiten recoger las particularidades propias de los pueblos indígenas y generar –en el caso del nuevo reglamento– un espacio de “participación indígena” que responda a aquella “diferencia esencial” que el Tribunal Constitucional tempranamente le atribuyó a la consulta indígena.

## 6.1 Comentarios al voto de minoría

Resta entonces analizar si los argumentos del voto de minoría se sostienen luego del análisis detenido que se ha hecho de las bases normativas y características operativas del procedimiento de participación ciudadana. Para dicho análisis se enunciarán nuevamente los argumentos de dicho voto de minoría y se acompañará una reflexión para cada uno de ellos.

**Argumento 1.** *Los procesos (administrativos) que puedan afectar a los pueblos indígenas deben considerar las particularidades propias de estos grupos humanos y por tanto las resoluciones que recaigan en dichos procesos deben dar cuenta de esa “especialidad”.*

Del examen de las disposiciones legales y reglamentarias que se ha hecho, más las exigencias que establecen las guías de apoyo a que también se hizo referencia, queda en evidencia que el SEIA y la participación indígena ya consideran las particularidades propias de los grupos humanos indígenas, y por lo mismo las resoluciones que recaen en estos procesos dan cuenta de la “especialidad” a que se refiere el voto de minoría. La propuesta de Nuevo Reglamento del SEIA profundiza esa “especialidad” al regular expresamente la consulta indígena con las características ya vistas, reforzando así la pertinencia cultural de la participación indígena.

**Argumento 2.** *La consulta indígena del Convenio 169 es obligatoria.*

Debe clarificarse que la consulta indígena –de acuerdo al propio Convenio 169– es obligatoria en la medida que concurra “afectación directa” a los pueblos indígenas. Si no hay tal afectación directa, la consulta indígena no es obligatoria.

Al respecto, los proyectos que causan impactos sobre pueblos indígenas según se detallan en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y en los artículos 5 a 10 del Nuevo Reglamento del SEIA se deben evaluar por medio de un EIA y estos siempre tienen participación ciudadana y por tanto consulta indígena, por lo que la obligatoriedad a que se refiere el voto de minoría está plenamente cumplida.

**Argumento 3.** *La consulta indígena debe realizarse de buena fe y con la intención de alcanzar un acuerdo.*

El marco normativo del SEIA y de la participación ciudadana en particular establece un proceso participativo en que la buena fe de todos los involucrados (autoridades, evaluados, ciudadanos) es pieza fundamental. Adicionalmente, las exigencias de información, las reuniones obligatorias con espacio para el diálogo, la posibilidad de los ciudadanos de hacer observaciones y la obligación de la autoridad ambiental de considerarlas, configuran en su conjunto un mecanismo que permite a los pueblos indígenas influir en la medida consultada e incluso generar puntos de encuentro y, eventualmente, de acuerdo, sin perjuicio que es habitual que no se produzcan acuerdos sobre variadas materias comprendidas en el EIA. Esto último, sin embargo, es permitido por el Convenio 169 y por la OIT, pues lo más relevante en definitiva es la finalidad y la buena fe.

**Argumento 4.** *Informar no constituye un acto de consulta, “porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”.*

Del análisis que se ha hecho queda en evidencia que la participación ciudadana del SEIA supera largamente la mera información o entrega de antecedentes, y que los ciudadanos tienen efectivamente la posibilidad de influir en la decisión de la autoridad ambiental a través de sus observaciones, pudiendo incluso ejercer recursos en caso que estas últimas no sean consideradas.

Ahora bien, es oportuno aclarar que si bien la participación ciudadana del SEIA supera con creces el estándar de un simple acto de información y conlleva la posibilidad real de los pueblos indígenas de influir en la decisión, ello no equivale (ni debe equivaler) a un proceso de negociación. Sobre el particular debe recordarse lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su fallo de 2008, al señalar que la finalidad de la consulta indígena (llegar a un acuerdo acerca de la medida propuesta) no importa una negociación obligatoria y más bien constituye una forma de recabar opinión que no es vinculante ni afecta las atribuciones privativas de la autoridad respectiva.

De igual modo debe interpretarse lo señalado por la Comisión de Expertos de la OIT en la Observación General 2011 en cuanto a que si bien –por una parte–, las consultas pro forma o la simple información no cumplen con el Convenio 169, dichas consultas tampoco implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento, como se podría esperar de un proceso de negociación.

**Argumento 5.** *La consulta indígena debe hacerse a través de organismos representativos (indígenas) y libremente.*

La cuestión de la representatividad es ciertamente de gran complejidad. Quizás precisamente porque la administración del Estado no está en condiciones de determinar qué o quién es representativo en el contexto cultural de los pueblos indígenas, es que lo relevante en definitiva es que el proceso de participación ciudadana no tenga ningún tipo de barreras de entrada a autoridades tradicionales, organizaciones de hecho y en general cualquier persona o institución que se arroge representatividad de los pueblos indígenas.

Sobre el particular, si se revisan las disposiciones de la Ley N° 19.300 y del Reglamento del SEIA (y con mayor razón las del Nuevo Reglamento del SEIA), es claro que dichas barreras no existen. Desde luego pueden participar no solo las organizaciones indígenas reconocidas por el Estado, sino cualquier organización representativa de grupos humanos indígenas, independientemente de si aquella se arroga la representatividad de un pueblo indígena en particular, de una identidad local, o de tal o cual sensibilidad, y con independencia también de si se trata de una organización de hecho sin registro estatal.

**Argumento 6.** *La RCA debió dar cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169, pues al momento de su dictación este último se encontraba vigente.*

Ciertamente no se discute lo segundo, pero el análisis que precede permite concluir que las resoluciones de calificación ambiental en todos los casos involucrados sí dieron cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169.

**Argumento 7.** *La RCA incumplió el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta “aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere”.*

Del análisis precedente resulta evidente que las respectivas RCA no pueden haber incumplido el deber general de fundamentación.

Como se sabe, la fundamentación o motivación de los actos administrativos constituye un elemento esencial que hace posible el control judicial de los mismos, de tal forma que la denominada “fundamentación” del acto –en este caso la RCA–, es la expresión formal de los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de fundamento. Esta fundamentación debe ser suficiente y adecuada, dando plena razón del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, de tal forma que el acto se justifique a sí mismo.

En los casos que nos ocupan, y de acuerdo con las exigencias de motivación de los actos administrativos, las respectivas RCA se han fundado en un procedimiento

ajustado a la normativa vigente y armónico con los estándares exigidos por el Convenio 169, puesto que, tal como se ha demostrado en los párrafos anteriores, ellas fueron el fruto de un proceso en que participaron los pueblos indígenas con posibilidad real de influir en la decisión, para usar los términos del propio voto de minoría. Más aún, incluso se fue más allá de lo exigido por la Ley N° 19.300 y se propiciaron instancias de participación de las comunidades en las cuales se les instruía sobre cómo ejercer de mejor manera sus derechos dentro del procedimiento de evaluación ambiental, de modo que se produjese una verdadera instancia de diálogo entre las partes.

Por consiguiente, la afirmación que las RCA en cuestión no fueron consecuencia de un “claro proceso de consulta” no es otra cosa que un juicio de valor del voto de minoría basado en la visión de su autor sobre el tema, y no puede entonces servir de base para resolver que aquellas carecen de fundamentación y menos que son arbitrarias e ilegales.

Es más, la fundamentación o motivación del acto también puede remitirse a los antecedentes previos que le sirven de base, tales como informes, oficios, actas de reuniones, etc., en la medida que tales antecedentes efectivamente fundamenten la resolución final o la decisión del órgano administrativo, y siempre que los interesados hayan tenido acceso oportuno a ellos. En este sentido, el artículo 41 inciso 6° de la Ley N° 19.880 señala que *“la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”*, todo lo cual fluye de la lectura y revisión de las respectivas RCA y de los procesos de participación ciudadana ejecutados.

**Argumento 8.** *La RCA es arbitraria y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, ya que al no aplicarse la consulta indígena del Convenio 169, “niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”.*

Sobre este punto, desde el momento en que se estima que la participación ciudadana sí ha dado aplicación a la consulta indígena, la RCA ya no puede ser arbitraria ni lesionar la garantía de igualdad ante la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe pasarse por alto la afirmación del voto de minoría en cuanto a que la supuesta omisión de la consulta indígena lesionaría la igualdad ante la ley al negar el trato de iguales a las comunidades reclamantes, en el entendido que dicha omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver. La necesidad de “igualar” a que se refiere el voto de minoría podría interpretarse de dos formas: a) porque los pueblos indígenas no tendrían garantizada su participación en el SEIA con iguales derechos que los ciudadanos no indígenas; y b) porque las particulares características culturales de los pueblos indígenas requieren

un trato distinto, sin el cual no hay verdadera igualdad en su participación en el SEIA. En ambas hipótesis, sin embargo, la respuesta es la misma: los pueblos indígenas sí tienen garantizada su participación en el SEIA al igual que el resto de los ciudadanos y, además, los procedimientos de participación ciudadana indígena sí consideran esa especificidad cultural, de modo que en uno u otro caso no hay lesión a la garantía de igualdad ante la ley.

Más aún, bien se podría argumentar que el procedimiento de participación ciudadana lesiona la garantía de igualdad ante la ley de los ciudadanos no indígenas, pues discrimina positivamente a favor de los pueblos indígenas al establecer una serie de medidas excepcionales cuyo objetivo es permitir un mejor proceso participativo. Sin embargo, no debe perderse de vista que lo proscrito no es la discriminación, sino la discriminación arbitraria e ilegal. En efecto, así lo ha entendido el mismo Tribunal Constitucional, el cual en autos Rol 986-2007 expuso: *“Que en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad <en la ley>, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”.*

Ahora bien, si el argumento del voto de minoría apunta a que “no puede darse trato de iguales a quienes son desiguales”, entonces estaría afirmando que el problema no es la existencia de discriminación negativa (es sabido pues que los ciudadanos indígenas pueden participar con plenos derechos en los procedimientos del SEIA), sino la falta de discriminación positiva o, dicho de otro modo, la falta de pertinencia cultural de la participación ciudadana del SEIA, lo que como hemos visto no ocurre ni en el actual procedimiento ni en el Nuevo Reglamento del SEIA.

## 7. Conclusiones

No cabe duda que el proceso de participación ciudadana es uno de los hitos más relevantes para el desarrollo de una actividad o proyecto de inversión, pues a través de aquella las personas y organizaciones comunitarias que se consideran afectadas directamente ejercen el derecho de participación establecido en nuestra legislación ambiental y, en lo que respecta a la consulta indígena, en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido la adecuación de nuestra legislación ambiental para subsumir y dar cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169. Lo anterior, sumado a los elementos que emanan de las recomendaciones de la propia OIT sobre la consulta indígena, permite afirmar que los argumentos de quienes estiman lo contrario, y en particular del voto de minoría a que se ha hecho referencia antes, no se sostienen. En este escenario, el Nuevo Reglamento del SEIA viene a introducir los ajustes y acomodos necesarios para perfeccionar los mecanismos de participación indígena, de modo de facilitar que esta última tenga la debida pertinencia y consideración por las particularidades culturales de los grupos humanos indígenas, conformándose así con los estándares del Convenio 169.

Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema como el Nuevo Reglamento del SEIA vienen a configurar así un escenario en que existe mayor certeza jurídica ya sea para los pueblos indígenas –al regularse la consulta indígena como parte del procedimiento de participación ciudadana del SEIA–, como para los titulares de proyectos, al acotarse la judicialización de los mismos, todo lo que permite transitar hacia una mayor armonización entre la protección de los derechos indígenas y la toma de decisiones, tanto a nivel privado como gubernamental.

## 8. Referencias Bibliográficas

CARRASCO QUIROGA, Edesio (2011): “Corte Suprema, Consulta Indígena y Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: una Relación que no Termina de Aclararse”, *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias Destacadas 2010, una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, pp. 187-223.

CEACR OIT, *Observación General 2011 sobre la Obligación de Consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm.169). Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Organización Internacional del Trabajo*, (2011).



CONTESSE SINGH, Jorge y LOVERA PARMO, Domingo (2011). “El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia Chilena: Prólogo del Incumplimiento”, *Universidad Diego Portales, Anuario de Derecho Público*, N°1, pp. 127-151.

DONOSO, Sebastián (2008). “Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un Desencuentro”. Tema de AGENDA Pública Año 3 / N°3, abril 2008.

FERNÁNDEZ ALEMANY, Andrés (2011). “Jurisprudencia Judicial y otras Fuentes relacionadas con el Convenio OIT N° 169, en especial sobre la Evolución del Derecho de Consulta Indígena”, *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias Destacadas 2010, Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas*, pp. 269-304.

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2012). “Corte Suprema y Medio Ambiente: Casos para el Análisis”. Ideas & Propuestas N° 107, 22 de agosto de 2012.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2008). Convenio 169: ¿Un Paso Hacia Adelante? Temas Públicos N° 860.

TAPIA, Daniela. “Algunos Inversionistas tienen Doble Estándar”, *Revista Nueva Minería*, edición N° 46, Santiago de Chile.

VALDIVIA, José Miguel (2011). “Alcances Jurídicos del Convenio 169”, *Centro de Estudios Públicos, Estudios Públicos*. N° 121, pp. 35-70.

## **SERIE INFORME SOCIEDAD Y POLÍTICA**

### **Últimas publicaciones**

- N° 135**                    **Seminario: “Descentralización:  
Instrumento Clave para el Desarrollo”**  
Agosto 2013
- N° 134**                    **Encuesta de Corrupción 2013.  
Disminución Leve para Alcanzar  
el Mínimo Histórico**  
Álvaro Bellolio  
Junio 2013
- N° 133**                    **Transparencia y Control en el Uso  
de los Recursos Públicos para  
el Financiamiento de la Cultura Chilena**  
Cristián Antoine F., Dana Brablec S. y  
Daniel Montalva A.  
Marzo 2013