

CORTE SUPREMA, CONSULTA INDÍGENA Y SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: UNA RELACIÓN QUE NO TERMINA DE ACLARARSE

EDESIO CARRASCO QUIROGA*

RESUMEN: El trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 14 de octubre de 2010 (Rol N° 4078-2010), que resuelve que la participación indígena reconocida en el Convenio N° 169 de la OIT, se encuadra plenamente en los artículos 26 y siguientes de la Ley N° 19.300 que regulan la participación ciudadana en el SEIA. El autor critica el razonamiento utilizado por el máximo tribunal por su criterio estrecho y formal al adoptar su decisión, pues no ayuda a avanzar en una senda que privilegie la flexibilidad y funcionalidad de la evaluación ambiental. Asimismo, el autor propone, a partir de un Estado unitario, vías de solución para que la participación indígena dentro del SEIA dé certeza a los titulares de proyectos y cumpla, también, con los compromisos internacionales asumidos por Chile, todo en base a la “diferencia esencial” que dicha consulta, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, posee.

SUMARIO: I. Introducción. II. Síntesis de la sentencia (el fallo). 2.1 Alegaciones. 2.2 Corte de Apelaciones. 2.3 Corte Suprema. 2.4 Voto de Minoría. III. Comentario. 3.1 Convenio N° 107 y N° 169: De la asimilación al reconocimiento. 3.2 Ley N° 19.253 de 1993 (Ley Indígena). 3.3 Tribunal Constitucional: Sentido y aplicación de la consulta establecida en el Convenio N° 169. 3.4 Decreto N° 124, de 15 de septiembre de 2009, de MIDEPLAN: Concepto y consecuencias de las “medidas administrativas”. 3.5 Participación Ciudadana en el SEIA: Aspectos esenciales. 3.6 Alternativas de solución. IV. Palabras Finales. Bibliografía Citada.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2010, buena parte de la discusión jurídico-ambiental giró en torno a la implementación de la nueva institucionalidad ambiental. Dicha reforma creó el Ministerio del Medio Ambiente

* Abogado P. Universidad Católica y Máster en Derecho (LL.M), Universidad de California, Berkeley.

(MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Como parte del mismo organigrama, durante el 2009 fue presentado el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales y a comienzos de 2011 fue ingresado al Senado de la República el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP). Ambos proyectos de ley son complementarios a la institucionalidad ambiental surgida a partir de la Ley N° 20.417 y comienzan a cerrar un proceso iniciado el año 2008.

Sin perjuicio de la importancia de esta nueva arquitectura ambiental, aunque algunos la catalogan de “enjambre ambiental”¹ por el nuevo “mapa burocrático” creado, lo concreto es que al margen de este proceso de reforma institucional, otros asuntos, también de relevancia ambiental, acapararon la agenda pública del país durante el año 2010. Uno de ellos es la situación de los pueblos indígenas. Si bien esta es una materia que escapa a lo estrictamente ambiental, pese al carácter sociocultural que el medio ambiente posee, no hay duda que de un tiempo a esta parte ha habido un aumento de la litigiosidad cuando las comunidades indígenas han sido parte de procesos seguidos ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Lo anterior se explica por varias razones, pero una de ellas tiene su origen en las normas que dispone el Convenio N° 169 de la OIT (el Convenio) sobre *Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* de 1989, cuya vigencia en Chile data del 15 de septiembre de 2009. Dichas normas se refieren, en lo que importa para efectos de este trabajo, a la forma de participación de las comunidades indígenas en aquellas decisiones que los incumban o puedan interesar, todo en relación a lo dispuesto en la consulta establecida en los artículos 6° N° 1 letra a) y N° 2; y, 7° N° 1 oración segunda del Convenio².

¹ PÉREZ (2010), p. 24.

² El Convenio dispone, en lo referido a dichas normas, que: “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”. Por su parte, el artículo 7° N° 1 dispone en su oración segunda que: “Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación,

Como bien lo manifiesta Maximiliano Prado, a diferencia de otros desafíos colectivos que nuestro país enfrenta, como la superación de la pobreza, el modelo de desarrollo económico y el perfeccionamiento de nuestro sistema democrático, en materia indígena no parece existir un grado de consenso que permita vislumbrar “alternativas posibles de solución”³. Existen visiones que se contraponen radicalmente, lo que unido a una ideologización extrema, a reduccionismos simplistas y a una creciente desinformación, hace difícil avanzar en una problemática que requiere una solución urgente de Estado.

Pese a lo anterior, en materia jurídica la cuestión indígena no es un asunto nuevo. Valiosos trabajos en el último tiempo han intentado, especialmente por las implicancias del Convenio en Chile y otros asuntos conexos, dar luces respecto a esta situación. Así, y a partir de visiones distintas, destacan los trabajos de Aylwin⁴, Contesse y Lovera⁵, Díaz⁶, Donoso⁷, Fernández⁸, González⁹, Montt y Matta¹⁰, Prado¹¹, Precht y Aylwin¹², Tallar¹³, Yáñez y Molina¹⁴, y el Informe de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato de 2003¹⁵. Estos y otros estudios, han contribuido a precisar los contornos del derecho de nuestros pueblos originarios en Chile y a dotar de cierta sustancia jurídica las pretensiones de las etnias en la toma de decisiones en diversos ámbitos de nuestro país.

La forma en que nuestro máximo tribunal entiende la participación de los pueblos originarios en el SEIA y cómo la evaluación ambien-

aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Hemos citado estas normas del Convenio pues son ellas las únicas que a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de agosto de 2000, Rol 309-2000, tienen el carácter de autoejecutables en nuestro derecho. Es decir, no necesitan de otra norma para producir sus efectos en el ordenamiento jurídico chileno.

³ PRADO (2004), p. 5.

⁴ AYLWIN Comp. (2001).

⁵ CONTESSE *et al.* (2010).

⁶ DÍAZ (2006).

⁷ DONOSO (2001) y (2008).

⁸ FERNÁNDEZ (2008) y (2011).

⁹ GONZÁLEZ (2010) .

¹⁰ MATTA *et al.* (2011).

¹¹ PRADO, ob. cit.

¹² GONZÁLEZ (2010).

¹³ PRECHT *et al.* (2010).

¹⁴ YÁÑEZ *et al.* (2008).

¹⁵ Disponible en http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/.

tal se adecua a una participación creciente de personas de origen indígena en asuntos de esta índole, cobra hoy, en virtud de la sentencia que se comenta, especial relevancia.

En efecto, en octubre de 2010, la Corte Suprema (CS) ha comenzado a delinear, no ajena a cierta confusión y duda, la forma en que los pueblos originarios, a la luz del Convenio, participan en los procesos seguidos ante el SEIA. El elemento central ha sido determinar cuándo y cómo procede la consulta a los pueblos indígenas en dicho contexto. No ha sido un asunto fácil. La dispersión de criterios exhibida por las Cortes de Apelaciones y el fundado voto de minoría de la sentencia que se comenta, es prueba de ello. Hay confusión en nuestras Cortes y eso se nota.

Intentando realizar un aporte a la clarificación de los conceptos que debieran seguir las Cortes en la interpretación del Convenio en lo relativo a la participación indígena en asuntos de carácter ambiental, comentaremos la sentencia de 14 de octubre de 2010, caratulada *Javier Nahuelpán y Otros con COREMA Región de Los Ríos*, Rol N° 4078-2010, que surge a raíz del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, cuyo titular es la empresa “Celulosa Arauco y Constitución S.A.”¹⁶.

El presente artículo hace una relación de la sentencia, concentrándose en sus aspectos esenciales. Adicionalmente, se aportan antecedentes previos que permiten contextualizar sobre qué bases jurídicas la sentencia se pronuncia, centrando el análisis en lo medular del fallo.

II. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA (EL FALLO)

Por medio del Recurso de Protección (RP) presentado ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, se impugnó la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 27, de la extinta Comisión Regional del

¹⁶ Pese a que la empresa cuenta con una resolución de calificación ambiental favorable, la construcción, instalación y operación del ducto se ha visto entrampada por otro conflicto, también de carácter indígena, el que recién empieza a gestarse y que está asociado a la Ley N° 20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios. En efecto, en marzo la CONADI no había “visado la venta de terrenos por los que pasará el ducto y en los que tiene injerencia, pues es superficie con presencia de comunidades mapuche lafquenche”, en *DIARIO FINANCIERO* (2011), p. 6.

Medio Ambiente (COREMA) de la Región de Los Ríos, de 24 de febrero de 2010.

2.1 Alegaciones

En dicha acción se argumentó la violación legal al deber de consulta a los pueblos originarios establecido en el Convenio, en relación al artículo 34 de la Ley N° 19.253. De la misma forma, se alegó la ilegalidad de la RCA al no considerar adecuadamente el uso consuetudinario del espacio costero marino de los pueblos originarios (institución creada por la Ley N° 20.249). Para los recurrentes, siguiendo lo dispuesto por la CS en el *caso Campiche*, habría “un vicio que impide que el acto de la recurrida se genere legítimamente pues hay un defecto originario que le resta validez”¹⁷ deviniendo el acto en ilegal y arbitrario, pues no habría razones que justificaran dicha omisión.

Los recurrentes añadieron que los hechos anteriores produjeron que la RCA infringiera la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2) al no reconocerse, en línea con lo establecido por la Corte de Apelaciones de Temuco meses antes, la calidad de grupo “*socialmente vulnerable*”¹⁸. De igual manera, los recurrentes añadieron que la RCA les privaba de la libertad de conciencia (artículo 19 N° 6) al impedirseles ejercer su religión y la manifestación de su culto. Sumaron, a dichos argumentos, que la RCA violaría el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8) y el derecho a desarrollar actividades económicas (artículo 19 N° 21) al alterarse la extracción de recursos hidrobiológicos y turísticos de las que los recurrentes hacen uso.

2.2 Corte de Apelaciones

Por unanimidad, la Corte de Apelaciones de Valdivia¹⁹ rechazó el RP. El argumento de la Corte se centró en que el artículo 34 del Convenio, que establece la naturaleza y alcance de las medidas que

¹⁷ Sentencia de la CS, Rol N°1219-2009, considerando 9°.

¹⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°1705-2009, de fecha 21 de enero de 2010, considerando 11.

¹⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 148-2010, de fecha 26 de mayo de 2010.

se adopten para dar efecto a este, deben determinarse con “flexibilidad”, teniendo en cuenta las “*condiciones propias de cada país*”²⁰.

El razonamiento tuvo como línea argumental el Decreto Supremo N° 124, de 15 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 y regula la consulta y participación indígena. En virtud del considerando 11 del citado decreto, que establece que es “*necesario adoptar un mecanismo que regule la consulta y la participación de los pueblos indígenas interesados, estableciendo procedimientos claros, transparentes y sistemáticos a fin de lograr una adecuada implementación de las respectivas normas del Convenio*”, la Corte concluyó, en base a un criterio asimilador, que el mecanismo de consulta ya estaba contemplado en el artículo 26 de la Ley N° 19.300²¹.

En línea con la idea anterior, el fallo aborda en base a los argumentos de la autoridad recurrida, la distinción entre medidas “legislativas” y “administrativas” que el artículo 14 del decreto aludido hace referencia. De allí, concluye que la RCA no tiene el carácter de “política”, “plan” o “programa” que caracteriza a las medidas administrativas. Por el contrario, la RCA sería simplemente un acto administrativo que no cumple con las características propias de “medida administrativa” por lo que no le es aplicable la consulta ya comentada²².

En materia de uso consuetudinario del borde costero, la Corte concluye que no hay ningún uso consuetudinario acreditado ante un órgano competente conforme al procedimiento establecido en la Ley N° 20.249, por lo que esta alegación carecería de sustento²³. Al terminar, el fallo desmenuza cada una de las restantes garantías constitucionales invocadas argumentando que no hay motivos que permitan concluir que la RCA las prive, perturbe o amenace.

2.3 Corte Suprema

La CS confirmó el fallo. Para nuestro máximo tribunal, en una argumentación mucho más directa que la de la Corte, la normativa contenida en el Convenio “*viene a concretar el derecho fundamental*

²⁰ Considerando 10.

²¹ Considerando 11.

²² Considerando 12.

²³ Considerando 14.

*de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional a participar con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible*²⁴, cuestión que nuestra Constitución, en su artículo 1º, reconoce.

La postura de la CS se ve complementada con la interpretación que se hace del Convenio, al expresar que este tiene por “*finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas*”, pero jamás constituirse “*en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina*”²⁵. Luego, en base al artículo 5º de la Constitución y a un criterio de igualdad que ella también protege, la CS manifiesta “*que los pueblos indígenas al igual que el resto de los habitantes de este país están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de soberanía*”²⁶.

Al interpretar el Convenio (revisando los artículos 8º, 9º y 34), nuestra autoridad judicial máxima arriba a la conclusión de que cada Estado “*deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones, tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de estos*”²⁷.

En base a todo lo anterior, la CS expresa en iguales términos que la Corte de Apelaciones de Valdivia que el “*deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental*”, ya se “*encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26º a 31º de la citada ley establecen*”²⁸.

Así, la CS expresa que en el proceso de participación ciudadana del proyecto descrito, se cumplió con las exigencias y propósitos que el Nº 2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, “*ejecutarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas*”²⁹.

²⁴ Considerando 1º.

²⁵ Considerando 2º.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Considerando 6º.

²⁸ Considerando 7º.

²⁹ Considerando 9º.

Lo anterior se vería corroborado, según la CS, por los talleres de información ambiental que la RCA menciona y por las diversas organizaciones escuchadas, incluidas las indígenas.

Al terminar, la CS manifiesta que el procedimiento de participación ciudadana contemplado en un EIA, *“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”*³⁰. Lo anterior, al parecer de la CS, ha sido claramente alcanzado *“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”*³¹.

2.4 Voto de Minoría

El fallo termina con el voto de minoría del Ministro Haroldo Brito. Su voto se funda en la *“particularidad”* –rechazando así la mirada asimiladora de la CS– de los pueblos originarios. Para Brito, debe obrarse de manera distinta con los indígenas, pues de lo contrario no llegarían a considerarse los intereses de tales minorías. En sus palabras, ello debe ser así pues *“es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida”*. A juicio del ministro disidente, *“informar no constituye un acto de consulta, porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”*. Para lograr dicho objetivo, el diálogo debe realizarse *“de buena fe”* y con *“la intención de alcanzar acuerdos”*. Para que ello ocurra, *“necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente”*, condiciones que, según Brito, *“no se encuentran acreditadas”* toda vez que de los antecedentes recogidos en el proceso no parece haber considerado elementos de análisis *“propios de la realidad por la que se reclama”*. Como resultado, la RCA *“incumple el deber general de fundamentación de los*

³⁰ Considerando 11.

³¹ Considerando 12.

actos administrativos”, pues no es consecuencia de un evidente “*proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere*”. Lo anterior tornaría arbitraria e ilegal la RCA lesionando la igualdad ante la ley que la Constitución ampara.

III. COMENTARIO

El fallo tiene un conjunto de aristas dignas de ser comentadas. Entre ellas destacan la forma en que el Convenio es interpretado por la CS y el modo en que nuestro máximo tribunal entiende la consulta indígena en relación al sentido que el Tribunal Constitucional (TC) le ha dado a las normas del Convenio el año 2000 y 2008. Se hace necesario, además, comentar la Ley N° 19.253 y el Decreto Supremo N° 124, de 15 de septiembre de 2009 del Ministerio de Planificación y el significado del concepto de “medidas administrativas” que este último cuerpo legal define en concordancia con la consulta establecida en el Convenio. Con estos antecedentes también se revisa el concepto de participación ciudadana en el SEIA y la forma de hacerlo compatible –dentro de un Estado unitario– con la propia “particularidad” (en lenguaje del Ministro Brito) que nuestros pueblos originarios reclaman.

3.1 Convenio N° 107 y N° 169: De la asimilación al reconocimiento

El Convenio N° 107 sobre *Sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes*, de 1957, constituye el primer intento por codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales. La mirada de este Convenio es integracionista, fruto del discurso desarrollista de aquellos años. En concreto, dicho Convenio parte del supuesto de que los pueblos indígenas son sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la “modernización”. De esta forma, dicho instrumento hace referencia al concepto de “poblaciones indígenas y tribales” y fomenta la asimilación, siendo la educación y el entrenamiento profesional los mecanismos que les permiten integrarse a la fuerza laboral de un país y superar su estado de segregación³².

³² MEREMINSKAYA (2011), p. 221.

En la década del setenta comienza a cuestionarse el enfoque integrador del Convenio N° 107 y en 1986 se convoca a una Comisión de Expertos que revisó el enfoque anterior, señalando que la visión integracionista debía reconsiderarse. En esos términos, se adopta el Convenio N° 169 de la OIT de 1989. Dicho instrumento, que pasa de las políticas a los derechos, coincide en que los pueblos indígenas constituyen “sociedades permanentes”, termina con el concepto de “poblaciones” y lo reemplaza por el de “pueblos indígenas y tribales” y sienta, en su espíritu y texto, un principio de reconocimiento y respeto a la diversidad étnica y cultural. En ese plano, la consulta y participación de los pueblos originarios plasmada en las normas ya citadas, constituye una de las piedras angulares sobre las que este se basa. En el mismo sentido, es importante señalar que el espíritu orientado al reconocimiento que inspira al Convenio, también incorpora un criterio de adaptabilidad al expresar como norma de clausura en su artículo 34 que la “naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”³³.

En materia de derechos, el Convenio reconoce el derecho de participación y consulta debiendo darse, por parte de los indígenas, un consentimiento previo, libre e informado en aquellas medidas, legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente. Teniendo la consulta plasmada en dicho Convenio el carácter de autoejecutable, cuestión que se comenta más adelante, puede señalarse, siguiendo a Montt y a Matta, que el Convenio establece la consulta como un trámite necesario no solo para los “servicios de la administración del Estado”, sino “además para el Congreso Nacional y todo otro órgano estatal. En su segundo lugar, el Con-

³³ Es importante dejar constancia que entre el 18 y 20 de enero de 2011, en Washington D.C., Estados Unidos, se llevó a cabo la ronda de negociaciones para la búsqueda de consensos para un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reunión en la que Chile estuvo presente. Dentro de los aspectos discutidos, los cuales tendrán también futuras implicancias en nuestro país, está, por ejemplo, el definición sobre el Derecho y la Jurisdicción Indígena (Título XXI); el Aporte de los Sistemas Legales y Organizativos Indígenas (Título XXII); y los Tratados, Acuerdos y Arreglos Constructivos (Título XXXIV). En el mismo sentido, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, por Resolución de la Asamblea General, dispone en su artículo 46 que ninguna interpretación de esta “puede quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

venio exige el consentimiento previo, libre e informado tratándose del traslado y reubicación de los pueblos indígenas en sus tierras. En tercer lugar, el Convenio otorga al derecho a la participación una fuerza y *connotación jurídica especial*, pues esta debe realizarse de “buena fe, por los procedimientos apropiados y, sobre todo, buscando llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas o lograr su consentimiento”³⁴.

La sentencia de la CS reconoce la vigencia del Convenio. Sin embargo, la interpretación que se hace de las normas en materia de consulta y participación está más en línea, al menos en materia de participación ambiental, con un criterio asimilador o integrador. De esta forma, lo que la CS sugiere, en términos políticos –radicando ahí parte de la importancia de la sentencia que se comenta–, pese al contexto ambiental en que se desarrolla el litigio, no es más que un llamado a la unidad política de la nación, donde la homogeneidad pareciera ser determinante a la hora de entender la relación entre chilenos que, unidos por un Estado unitario y bajo el vínculo de la nación chilena, tienen raíces culturales diversas.

3.2 Ley N° 19.253 de 1993 (Ley Indígena)

En 1993, a partir de la Ley Indígena, y según lo expresado en materia internacional, se fija un hito en nuestra historia legislativa: el Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura (artículo 1°).

En el mismo sentido, la ley crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Su objetivo es promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional (artículo 38 y 39).

En materia de participación indígena, el alcance de la ley está dado, principalmente, por el artículo 34. Este dispone que los servicios

³⁴ MONTT *et al.*, ob. cit., p. 195.

“de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”. Asimismo, en “aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, estos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar permanentemente representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”.

Esta normativa, que abarca un sinnúmero de asuntos de relevancia indígena, constituye el primer esfuerzo del Estado chileno en reconocer a los pueblos indígenas el “derecho a desarrollarse, a partir de sus propias identidades culturales”. Así, “esta normativa contribuye al perfilamiento de nuestra propia identidad nacional, pues reconoce nuestra naturaleza pluriétnica”³⁵, la que pretende, pese a sus limitaciones, hacerse cargo de una “deuda” que se arrastra desde nuestra independencia.

Como se aprecia, el artículo 34 de la ley no tiene la precisión normativa necesaria para ejecutar, como corresponde, una consulta idónea a las organizaciones que reconoce la ley en materias que tengan injerencia en cuestiones indígenas. En ese sentido, llama la atención que la sentencia de la CS, a diferencia del fallo de primera instancia, no haga ninguna referencia sobre la aplicabilidad de dicha norma ni tampoco del Decreto Supremo N° 124 de 15 de septiembre de 2009, que, en parte, lo interpreta. La CS se limita a señalar de manera opaca que, en materia de participación ciudadana en los EIA, rigen los artículos 26 y siguientes de la Ley N° 19.300. De este modo, para nuestro máximo tribunal no parece existir un diálogo funcional que integre de manera más armónica las normas del Convenio, la Ley Indígena (artículo 34), el Decreto Supremo N° 124 de 2009 (pese a la etapa de consulta en la que se encuentra) y lo establecido en la Ley N° 19.300 al ser evaluados los proyectos o actividades que tengan impactos ambientales en comunidades indígenas. En realidad, para la CS basta el artículo 1° inciso final de la Constitución para dar cabida a la participación de grupos culturalmente distintos en las instancias de participación

³⁵ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 443.

ciudadana que un EIA establece. Dicho artículo asegura a todos los integrantes de la comunidad nacional –incluidos los indígenas– el derecho a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional, siendo un EIA, a juicio de la CS, una de las cuantas instancias en que los habitantes de la nación se expresan y participan, todo, bajo un estricto régimen de igualdad, debiendo el Estado abstenerse de otorgar un trato diferenciado a una agrupación determinada en dicha instancia³⁶.

3.3 Tribunal Constitucional: Sentido y aplicación de la consulta establecida en el Convenio N° 169 de la OIT

Dos sentencias del Tribunal Constitucional (TC) se han pronunciado sobre la aplicabilidad del Convenio en nuestro derecho. La primera, de fecha 4 de agosto de 2000, Rol N° 309, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Convenio, determina que este no es autoejecutable, salvo en ciertas normas específicas (artículo 6 N° 1, letra a) y N° 2; 7° N° 1 oración segunda), cuya aplicación es directa, sin necesidad de una norma que las ejecute o implemente, artículos que, a juicio del TC, “*modifican normas propias de leyes orgánicas constitucionales*”³⁷. Más adelante, al referirse al tipo de consulta establecida en el Convenio, el TC añade que hay una “*diferencia esencial*” entre la consulta a que se refiere el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio “*con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo*”³⁸. No obstante, en términos institucionales el fallo morigeró parte de la anterior afirmación y declara que las disposiciones del Convenio no tienen “*la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental*”³⁹, siendo claro al estatuir que los pueblos indígenas “*al igual que sus conacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas. Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cier-*

³⁶ Es importante mencionar complementando la información señalada, que mediante Decreto N° 101, de 7 de junio de 2010, se eliminó el Consejo Ministerial para Asuntos Indígenas, creándose un Consejo de Ministros para tales efectos, lo que evidencia un cambio en la forma de encarar la problemática indígena.

³⁷ Considerando 8°.

³⁸ Considerando 7°.

³⁹ Considerando 6°.

to, un estatuto de poderes o potestades públicas”⁴⁰. En esos términos, el TC remata señalando que los pueblos indígenas “no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”⁴¹ y que los procedimientos de “consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena”⁴².

Casi ocho años más tarde, el 3 de abril de 2008, Rol N° 1050, el TC, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas del Convenio referidas a la participación y consulta, determinó que estas “vienen a establecer modos de participación de los pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de administración”. En el mismo sentido el TC agrega que la consulta establecida en el artículo 6 N°1 del Convenio “no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que la propia Constitución establece... De igual modo, al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante “en los actos de gobierno”, expresión que debe entenderse en un sentido amplio, como sinónimo de ejercicio de potestad pública no jurisdiccional, puede alterar procedimientos administrativos, hacer obligatorio consultar ciertas materias a los consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito municipal, lo que es materia de las leyes orgánicas constitucionales” (énfasis agregado)⁴³. A lo anterior agrega que la “forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución”⁴⁴.

Por último, en una escueta interpretación acerca de la forma en que dicha consulta debe realizarse, todo en relación al artículo 6 N° 2,

⁴⁰ Considerando 38.

⁴¹ Considerando 44.

⁴² Considerando 70.

⁴³ Considerandos 13 y 12.

⁴⁴ Considerando 13.

el TC concluye que dicha consulta “*constituye una forma de recabar opinión*”, siendo, dicho precepto, plenamente concordante “*con el artículo 1° de la Carta Fundamental*” referido a la “*participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”⁴⁵. El TC, pese a que se está en presencia de un grupo “*socioeconómicamente vulnerable*”, y que la consulta no tenga el carácter de “*vinculante*”, deduce que el régimen de consulta y participación del Convenio no es contrario a nuestra norma máxima pues se encontraría comprendida dentro del artículo 1° de la Carta Fundamental⁴⁶.

De esta forma, y tal como la profesora Mereminskaya lo expone, la consulta “es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos”⁴⁷.

Pese a que ambas sentencias son previas a la entrada en vigencia del Convenio, la sentencia de la CS está, en términos generales, en línea con lo dictaminado por el TC el año 2008. La similitud de criterios es tal, que la sentencia de la CS sigue, estructuralmente, el mismo razonamiento que la del TC, pero fundando su decisión asimiladora en los artículos 8°, 9°, 10 y 34 del Convenio en relación a la flexibilidad con que este debe ser interpretado. A juicio de la CS, dichos artículos demostrarían que la “*participación consultiva contemplada en el Convenio no conlleva dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas, sino consolidar el derecho que les asiste de ser consultados en las materias que les atañen*”⁴⁸. En este sentido, llama la atención lo lejos que la CS lleva el concepto de la consulta establecida en el Convenio. No se trata de otorgar “*poderes o potestades públicas*” a nuestros pueblos originarios tal como la expresa

⁴⁵ Considerando 15.

⁴⁶ Recientemente, con fecha 24 de junio de 2011, el TC, en la causa Rol N° 1988-11, determinó que por no haberse planteado “*la falta de consulta a los pueblos originarios como un vicio durante la aprobación legislativa del Convenio UPOV 91, ni durante su discusión en el Senado ni por parte de los senadores requirentes, y teniendo presente además que el abogado de los mismos, en estrados, frente a una pregunta al respecto, afirmó que sobre la materia existían opiniones diferentes entre sus mandantes*” no era procedente emitir un pronunciamiento sobre la consulta indígena. De esta forma, queda abierta la puerta para someter a consulta indígena un eventual proyecto de ley que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, cuestión que la minoría estimó que correspondía la consulta.

⁴⁷ MEREMINSKAYA, ob. cit., p. 233.

⁴⁸ Considerando 4°.

la CS, sino de reconocerles, tal como lo veremos más adelante, cuestión que también va en beneficio de los titulares de proyectos, un tipo de consulta pública distinta, diferenciada de aquella que, comúnmente, se otorga a la ciudadanía en materias ambientales, y así cumplir con el umbral que la consulta establecida en el artículo 6 N° 2 del Convenio dispone. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al señalar que el deber de consultar “*requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes*”⁴⁹. Es decir, se requiere una actitud activa del Estado que respete los tiempos y el modo de actuar de los pueblos originarios en la toma de decisiones cuando son consultados⁵⁰. Como se sabe, el Convenio dispone que la consulta debe realizarse 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”. En ese sentido, lo que la CS hace al interpretar el Convenio, que estaba vigente al momento de su dictación, es escabullir sus normas autoejecutables utilizando a este solo como un instrumento interpretativo de otras normas: artículo 26° y siguientes de la Ley N° 19.300. Es decir, la CS utiliza el Convenio, pero no aplica su estándar. Era una decisión difícil, qué duda cabe, pero la CS prefirió postergar un pronunciamiento de fondo al no otorgar la suficiente densidad argumentativa que se requería.

3.4 Decreto N° 124, de 15 de septiembre de 2009, de MIDEPLAN: Concepto y consecuencias de las “medidas administrativas”

Es curioso que la CS no dedique ni una letra a definir si una RCA es o no una medida administrativa, tal como lo hace el tribunal *a quo*. Sorprende que el tribunal no siga la lógica que determina la consulta, pues una premisa básica para que esta proceda es la existencia de una medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios (letra a) del 6 N° 1). En otras palabras, deben cumplirse ciertos requisitos para que esta

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Saramaka v. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 133, en CONTESSE *et al.*, ob. cit. (2010), p. 33.

⁵⁰ Ver Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, en *ibid.*

proceda: a) una medida legislativa o administrativa; b) susceptible de afectar a los pueblos originarios; y, c) que dicha afectación sea directa. Solo en ese caso la consulta será procedente, debiendo, si así se concluye, aplicarse el estándar del Convenio, esto es, efectuarse la consulta 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”. Pues bien, la CS no establece ninguna definición o mención acerca de lo que se entiende por medida legislativa o administrativa, pese a que nuestro ordenamiento jurídico sí lo hace y que una RCA, emanada de un órgano de la administración pública vigente a esa fecha (COREMA), así lo ameritaba. Tampoco se refiere con total claridad al concepto de afectación que las comunidades deben sufrir⁵¹. Simplemente, y al margen de las consideraciones anteriores (si la RCA es o no una medida administrativa), la CS razona que la consulta establecida en el artículo 26° y siguientes de la Ley N° 19.300 cumpliría con los estándares del Convenio, comprendiendo así, también, la consulta a las comunidades indígenas que pudiesen verse afectadas.

Un análisis como el anterior, carente de una lógica jurídica razonada (dado por actos que deben ser previamente calificados como medidas administrativas) está al margen de un criterio flexible y funcional ante una problemática de alta complejidad técnico-ambiental y que incluye un componente cultural étnico sumamente intrincado.

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico sí define, pese a que lo hace de manera reglamentaria –cuestión a todas luces extraña, pues debiese ser una ley la que interprete un Convenio internacional y haga efectivo el principio de reserva legal que el artículo 34 de la Ley N°19.253 dispone⁵² el concepto de medida administrativa. En esos términos, el artículo 14 párrafo segundo del Decreto Supre-

⁵¹ Solo en su considerando 8° la CS se refiere a ello, pero referido, en términos generales, a las personas afectadas y que pueden participar en el proceso de participación ciudadana.

⁵² No hay que olvidar que el contenido de dicho decreto abarca materias que pueden ser propias de ley, especialmente en relación al artículo 55 y 63 N° 18 de la Constitución. Respecto a este punto, ver VALDIVIA (2011), p. 68, quien manifiesta una opinión similar al argumentar que la entrada en vigencia del Convenio “es una ocasión valiosa para intentar poner remedio a esta situación, pero exige de la comunidad política una propuesta institucional que necesariamente debe provenir de la *ley*” (énfasis agregado).

mo N° 124/2009 define medida administrativa como “las nuevas *políticas, planes y programas*, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados” (énfasis agregado)⁵³.

La ex Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) definió política como “la formulación de lineamientos y directrices para responder a una necesidad social o generar mejores estados de desarrollo, con principios, objetivos y metas precisas” y plan “como el instrumento de carácter técnico político en que de forma coordinada se encuentran lineamientos, prioridades, metas, directivas, criterios, disposiciones, estrategias de acción, financiamiento e instrumentos con el fin de alcanzar las metas y objetivos propuestos”⁵⁴.

Es evidente que la RCA no se encuadra con la definición que el Decreto Supremo N° 124 ya citado hace, ni menos con el alcance que la propia CONAMA hizo, en su oportunidad, de los términos política y plan. Sin embargo, y siguiendo el criterio adoptado por la Contraloría General de la República (CGR), vale la pena detenerse y analizar lo resuelto últimamente por dicho órgano en relación a la materia. En efecto, con fecha 16 de junio de 2009, por medio del Dictamen N° 31.356 se dispuso –a propósito de la sentencia del TC referida a la píldora del día después– que “las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la *jurisdicción constitucional, en lo específico*, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, *la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho*” (énfasis agregado). Es decir, para la CGR

⁵³ La norma también define en su artículo 5° los proyectos de inversión. Dicho artículo dispone: “Proyectos de Inversión. Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la Ley N° 19.253, cuando corresponda, serán sometidos a los pronunciamientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la administración del Estado competente podrá, además, aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento. En este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial”.

⁵⁴ COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE – CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO (2010), p. 170.

los asuntos que resuelve el TC son una fuente de derecho más, teniendo el TC, en palabras de algunos, potestades “prácticamente ilimitadas”⁵⁵.

Lo resuelto por la CGR tiene relevancia para el asunto que comentamos. La razón de ello estriba en que el TC declaró el año 2000 y reinterpretó el año 2008, que los actos de gobierno en materia de consulta indígena “*deben interpretarse en sentido amplio*”, pudiendo alterar “*procedimientos administrativos*”, incluso a nivel regional y municipal (que tienen como fuente legal una ley orgánica constitucional). Así las cosas, y siguiendo el criterio contralor citado respecto al alcance de las sentencias del TC sobre la administración, ¿por qué no entender en sentido amplio la RCA? ¿No es acaso lo resuelto por la COREMA (hoy Comisión de Evaluación) el ejercicio de una potestad pública de carácter regional? ¿Por qué al estar en juego un derecho constitucional –el de participación– se interpreta restrictivamente⁵⁶ un acto administrativo? ¿Dónde queda la supremacía constitucional y la fuerza vinculante de las sentencias del TC? En el mismo orden de ideas, el año 2008 el TC dictaminó que la consulta puede, además, alterar *procedimientos administrativos*, tal como sería, por ejemplo, el del SEIA (D.S N° 95/2001). Por todo lo anterior, lo que resuelve el TC no solo es vinculante para la administración cuando es el derecho a la vida lo que se discute, también lo es el derecho de los pueblos indígenas a participar y ser consultados cuando los impactos ambientales de un proyecto o actividad son susceptibles de afectarles directamente.

La buena fe y una lógica de derechos que expande y que no limita derechos, debe ser la forma en que los fallos del TC del año 2000 y 2008 –pese a las limitaciones comentadas– deben ser interpretados, siendo una RCA, a la luz de los antecedentes comentados, una medida administrativa más⁵⁷. Esbozos de un criterio similar la CS ya ha manifestado⁵⁸, por lo que es de esperar que esta interpretación se

⁵⁵ CORDERO (2010), p. 187.

⁵⁶ Dicho derecho ha cobrado una vigencia que no se ha dimensionado al publicarse la Ley N° 20.500 sobre “Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública”.

⁵⁷ En términos similares se expresa PRECHT *et al.*, ob. cit. (2010), p. 452.

⁵⁸ Sentencia de la CS, de 23 de febrero de 2010, Rol 15-25-2010, se refiere a que las “*decisiones que atañen a estos pueblos no se tomen sin oírlos previamente*”. Es decir, para la CS la medida administrativa tendría, también, un carácter más amplio, dado por el concepto de “*decisiones*”. En el mismo sentido, la sentencia de la CS, de 4 de enero de

asiente y que el silencio exhibido por la CS en esta materia no sea más que una ratificación de dicho parecer.

En consecuencia, si un proyecto o actividad que ingresa al SEIA presenta efectos, características o circunstancias que produzca alguno de los impactos que el artículo 11 de la Ley N° 19.300 establece, tal como lo es el reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (letra c) del artículo 11° de la Ley N° 19.300) corresponderá realizar un EIA⁵⁹. Si los impactos o el reasentamiento descrito se refieren, por ejemplo, a pueblos indígenas, será necesario incorporar al procedimiento de evaluación no solo el régimen común de participación ciudadana que la ley N° 19.300 contempla, sino además el estándar de consulta que el Convenio dispone para aquellos pueblos indígenas que se vean afectados (o reasentados) por los impactos del proyecto o actividad.

Impresiona entonces que tanto la administración como la CS no hayan considerado lo dicho. Erró así, en igual sentido, la racionalidad de la administración o la “racionalidad burocrática” como lo llama Mashaw⁶⁰, y la de la judicatura. El *raciocinio* y el *expertise* al que alude Breyer⁶¹ y que caracteriza a los órganos de la administración con competencias técnicas, no parecen haber estado presentes al momento de considerar adecuadamente –en base al estándar del Convenio– a las comunidades indígenas ante un proceso de consulta en un EIA. Por su parte, la CS, como protectora de derechos, incluido el de la participación, también parece seguir ese camino. Esta, en vez de hacer una interpretación extensiva del derecho de

2011, Rol 6062-2010, confirma la tesis de que una RCA es una medida administrativa y que la consulta pública establecida en los EIA debe realizarse “de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y del Convenio 169”. Como contrapartida, la CS empieza a confirmar, también, escasa deferencia técnica y política hacia la administración en decisiones de carácter ambiental, lo que abre otro flanco digno de ser comentado, pues cuando asuntos ambientales han sido resueltos por una autoridad ambiental competente, tanto los jueces de letras como los tribunales superiores de justicia habían exhibido una excesiva deferencia, la que, desde el caso *Campiche*, ya comienza a atenuarse.

⁵⁹ Para una revisión de los criterios de la evaluación ambiental referida al reasentamiento de personas o grupos humanos, ver GUÍA DE CRITERIOS PARA EVALUAR LA ALTERACIÓN SIGNIFICATIVA DE LOS SISTEMAS DE VIDA Y COSTUMBRES DE GRUPOS HUMANOS EN PROYECTOS O ACTIVIDADES QUE INGRESEN AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (2007).

⁶⁰ En BREYER *et al.* (2006), p. 680.

⁶¹ BREYER (1992), pp. 61-62.

participación compatible con nuestro andamiaje constitucional y legal⁶², decide reducir su mirada y subsumir la consulta indígena dentro de un esquema asimilador. Es lamentable que no se haya comprendido que una fusión de los distintos intereses bajo el estándar único de la consulta establecida en la Ley N° 19.300 (artículo 26 y siguientes) distorsiona los bienes jurídicos y los fines perseguidos por esta. La sensatez, a la luz del caso concreto, ameritaba una participación y un umbral diferenciado en relación a los indígenas al existir comunidades indígenas afectadas por los impactos del proyecto, cuestión en la que no profundiza suficientemente la sentencia comentada. Desgraciadamente, la interpretación estrecha de la CS fue otra, lo que da espacios para que continúe la discusión jurídica y el debate político. La CS prefirió navegar en aguas superficiales en vez de resolver en profundidad el conflicto en cuestión, dejando sin solución el problema esencial: cómo se aplica el estándar del Convenio y en qué casos corresponde su aplicación.

3.5 Participación ciudadana en el SEIA: Aspectos esenciales

De acuerdo al artículo 26 de la Ley N° 19.300 corresponde a las Comisiones de Evaluación (artículo 86 de la Ley N° 19.300) o al Director Ejecutivo del SEA, según el caso, establecer los mecanismos que *aseguren* la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los EIA y de las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) cuando corresponda⁶³.

Es decir, dichos órganos tienen un deber legal consistente en asegurar que la comunidad participe de manera informada durante el proceso de evaluación. Así, cualquier persona, natural o jurídica, “puede imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados” (artículo 27). Con la finalidad de dar publicidad al proyecto o actividad que se someterá a la evaluación ambiental, se ordena que el titular de un proyecto publique a su costa, en el *Diario Oficial* y en un diario o periódico de la capital

⁶² El 16 de febrero de 2011, la Ley N° 20.500, reformó distintos cuerpos legales, incluido la LOC N° 18.575, de Bases de la Administración del Estado, estableciendo un *estándar* de consulta más exigente en nuestro derecho en materia de consultas públicas.

⁶³ En los párrafos siguientes nos referiremos solo a aquellos aspectos legales que regulan la participación ciudadana de los EIA, pues el fallo comentado está sujeto a dichas reglas y no a las de las DIA.

de la región o de circulación nacional, un extracto que deberá contener una serie de requisitos exigidos por el artículo 28 de la ley. Se contempla, además, un plazo de sesenta días para que cualquier persona pueda formular observaciones al EIA ante el organismo competente. En términos prácticos, el SEA muchas veces optimiza sus procedimientos de manera tal que las observaciones ciudadanas que requieran mayor información sean incorporadas al Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA) de forma que el titular del proyecto entregue dicha información y la Comisión de Evaluación respectiva pueda pronunciarse fundadamente respecto a ellas. Se considerarán las observaciones como parte del proceso de calificación y la Comisión de Evaluación deberá hacerse cargo de estas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución final, pudiendo reclamar ante el Comité de Ministros⁶⁴ cualquier persona cuyas observaciones no hubiesen sido consideradas en los fundamentos de la RCA, no suspendiéndose los efectos de la resolución (artículos 20 y 29 de la Ley N° 19.300). Quienes participan del SEIA y hacen sus observaciones, no solo tienen el derecho a participar de este, sino, y de ahí el derecho que les asiste para reclamar ante el Comité de Ministros, para que su mirada se considere adecuadamente. Además, siguiendo a Bermúdez, la participación permite “balancear y ponderar el interés público comprometido, el interés particular concernido y el estándar de decisión recomendado a partir del acopio de información”⁶⁵.

De lo dicho se desprende que la participación ciudadana “de manera informada, responsable y oportuna –que considere los diversos enfoques, intereses y opiniones– constituye un instrumento *potencioso para la prevención y resolución de conflictos ambientales originados por acciones emprendidas en un determinado territorio por la aplicación de diversos instrumentos de gestión*” (énfasis en el original)⁶⁶. En otras palabras, lo que una instancia como esta pretende, y ahí la importancia de incluir a las comunidades indígenas en un rol más protagónico (previniendo y resolviendo los conflictos que se presenten), es que se revelen externalidades que el titular del pro-

⁶⁴ Instancia integrada por los ministros del Medio Ambiente, Salud, Economía, Agricultura, Energía y Minería.

⁶⁵ BERMÚDEZ (2005), p. 27, en DE LA FUENTE *et al.* (2007), p. 577.

⁶⁶ ESPINOZA *et al.*, en MORENO (2004), pp. 45-46.

yecto no logra percatarse, disminuir los costos de transacción al ampliar la información disponible, hacer realidad el principio de la justicia ambiental y disminuir el riesgo de captura regulatoria. De lo dicho se concluye, querámoslo o no, que la evaluación ambiental también tiene un componente político que se expresa no solo por considerar la opinión de la ciudadanía –la que no necesariamente es técnica– sino también por la composición de quienes conforman las Comisiones de Evaluación. Si bien el factor político no es el único ni el más relevante, debe reconocerse que tampoco ha sido del todo excluido de nuestra institucionalidad ambiental, aunque sí morigerado por medio de la Ley N° 20.417⁶⁷.

Todo el esquema descrito es fruto de lo dispuesto en la Ley N° 19.300 de 1994 y la Ley N° 20.417 de 2010. Lo anterior también es regulado por el Decreto Supremo N° 95/2001 que establece el Reglamento del SEIA. La remisión a los pueblos indígenas en dichas normas es escasa. Solo el reciente inciso segundo del artículo 4° de la Ley N° 19.300 se refiere a este punto. Este dispone que los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales, deben, por medio de los instrumentos de gestión ambiental (como lo es el SEIA), “*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*” (énfasis agregado).

⁶⁷ Es común escuchar en el discurso público que la evaluación ambiental debe ser estrictamente técnica, pero una cuota de realismo no nos puede llevar a olvidar la composición de las Comisiones de Evaluación, quienes son las que finalmente califican ambientalmente las actividades o proyectos sometidos al SEIA. Estas son presididas por el Intendente e integradas por los seremis de Medio Ambiente, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Agricultura, Vivienda, Transportes, Minería, Planificación y el director regional respectivo del SEA. En ese sentido, llama la atención la escasa literatura jurídica chilena que aborda esta arista en la evaluación ambiental de proyectos. Por lo anterior y no siendo *per se* un atributo negativo, se recomienda revisar lo planteado por dos portentos jurídicos americanos que explican y dan razones de por qué el factor político es uno más de los componentes que un órgano con competencias técnicas considera en su decisión. Los nombres de CHRISTOPHER F. EDLY JR., ex asesor del presidente Clinton, coordinador del equipo de transición del presidente Obama, profesor de derecho administrativo y actual Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de California, Berkeley (1990), p. 190; y ELENA KAGAN, ex Decana de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard y actual ministra de la Corte Suprema de los Estados Unidos (2001), pp. 2246-2248, son buenos ejemplos para explicar dicha dimensión.

Como se aprecia, la ley configura un concepto amplio de indígenas, incluyendo tanto a pueblos, comunidades y personas de dicho origen cuya identidad debe propenderse y fortalecerse. Lo prescrito en la norma anterior es sumamente relevante pues vino a llenar un vacío en nuestra legislación ambiental que incluso, el ex Consejo Directivo de la ex CONAMA, en su política ambiental para el desarrollo sustentable en 1998, no incluía en materia de participación y consulta ambiental⁶⁸. Si a lo anterior sumamos las disposiciones autoejecutables del Convenio, el deber para la administración del Estado se hace mucho más intenso. Sin embargo, la relevancia de la disposición citada radica, institucionalmente, en que el Estado, al igual como debe “propender al fortalecimiento” de la familia (inciso final del artículo 1° de la Constitución) y al “desarrollo equilibrado y una adecuada canalización de la participación ciudadana” en unidades vecinales (inciso séptimo del artículo 118 de la Constitución) debe también “propender” a que los indígenas desarrollen su identidad, idioma, instituciones, tradiciones sociales y culturales de manera apropiada. Para alcanzar dichos objetivos, una participación ciudadana dentro del SEIA que incorpore una consulta diferenciada para aquellos pueblos, comunidades y personas indígenas va en la dirección adecuada si lo que se pretende es apoyar y estimular lo que la ley mandata. El legislador ha hecho una opción y le ha impuesto un deber legal al Estado. Ha decidido obligarlo a procurar y fomentar la conservación, desarrollo y fortalecimiento de la cultura indígena en Chile. Ha tomado una decisión política de apoyar, con mayor fuerza que a otras comunidades o grupos, a los indígenas, imponiendo un deber al Estado. El fundamento de lo anterior lo expresa magistralmente el premio Nobel de Economía de 1998, Amartya Sen, quien señala que “la democracia debe ser juzgada no por las instituciones que formalmente existen, sino por la extensión en que las diferentes voces pueden ser en realidad escuchadas”⁶⁹. Esto ha hecho tanto el Convenio como el legislador chileno: le ha otorgado una voz robusta a las comunidades indígenas para ser escuchadas y participar cuando “medidas”, legislativas o administrativas (como lo es una RCA en este último caso) les afecten directamente. Si el Estado no cumple con dicho mandato, una eventual

⁶⁸ CONAMA (1998). Disponible en http://www.sinia.cl/1292/articles-26000_pdf_politica.pdf

⁶⁹ SEN (2009), p. xiii.

responsabilidad de este podría derivarse si lesiona o genera daño (inciso segundo del artículo 38° de la Constitución). En consecuencia, si el espacio democrático es nuestro foco, debemos optar por decisiones que explícitamente maximicen ese horizonte, en vez de dejar asuntos institucionales (como lo es la participación indígena) sin resolver⁷⁰.

En tal sentido, y siendo el SEA un órgano del Estado, este debe, por medio de los instrumentos de gestión ambiental que administra (EIA o DIA)⁷¹ propender, tal como lo ley lo mandata, a la conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones, tradiciones sociales y culturales de los indígenas (en sentido amplio). Por lo anterior, una forma de poner en ejecución ese mandato legal es el mecanismo de participación ciudadana que los EIA (y hoy las DIA en ciertos casos) contemplan. Es decir, el legislador ha mandatado, por medio de una señal política clara, a partir de la propia identidad indígena, a que los órganos de la Administración del Estado se inclinen y apoyen el fortalecimiento de la identidad indígena, vigorizando así y no debilitando la “integración armónica de todos los sectores de la Nación” y asegurando “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (inciso final del artículo 1° de la Constitución).

Por último, tampoco puede olvidarse la reciente Ley N° 20.500 sobre “*Asociaciones y Participación en la Gestión Pública*”. Esta dispone, en su artículo 32, al modificar el artículo 69 de la Ley N° 18.575 que el “Estado reconoce a las personas el derecho de *participar en sus políticas, planes, programas y acciones*”, siendo contraria a las normas establecidas en este Título toda conducta destinada a *excluir o discriminar, sin razón justificada*, el ejercicio del derecho de participación ciudadana señalado en el inciso anterior”. Asimismo, la ley citada establece en el mismo artículo que “los órganos de la Administración del Estado, de oficio o a petición de parte, deberán señalar aquellas materias de interés ciudadano en que se requiera conocer la opinión de las personas, en la forma que señale la norma

⁷⁰ Ver VERMULE (2006), pp. 230-288, en SUNSTEIN (2010), p. 1084.

⁷¹ Nada impide que en otros procesos de participación ciudadana en materia ambiental los indígenas puedan participar, tales como la dictación de normas de calidad ambiental, normas de emisión, planes de descontaminación y el fondo para la protección ambiental, situación que ocurre frecuentemente.

a que alude el artículo 70”, debiendo, dicha consulta, ser realizada de “manera *informada, pluralista y representativa*”. En el mismo sentido, la norma establece que por el solo ministerio de la ley tienen carácter de interés público las comunidades y asociaciones indígenas reguladas en la ley N° 19.253 (artículo 15°).

Como vemos, la norma citada refuerza aún más que las consultas, como lo es la contemplada en el SEIA y la indígena, no pueden efectuarse excluyendo grupos sin razón justificada, debiendo cumplir con nuevos estándares (aparte del de la *buena fe* en el caso indígena). Estos estándares se refieren a que la consulta debe ser informada, pluralista y representativa. Es decir, las consultas deben ser difundidas antes y durante su realización; ser diversas culturalmente en cuanto a sus destinatarios; y considerar una representación adecuada (ojalá amplia) del asunto que se esté consultando, lo que hace que los procesos de participación ciudadana, en general; y los indígenas, en particular, se tornen mucho más exigente. Si a lo anterior sumamos el carácter de interés público que tienen las comunidades indígenas que regula la ley indígena esta problemática se torna aún más compleja⁷².

3.6 Alternativas de solución

La pregunta es cómo realizar una consulta indígena, dentro del SEIA, que cumpla con el estándar del Convenio. La exigencia descrita, analizada bajo el mismo criterio expresado por la CGR en relación a los alcances que tienen las sentencias del TC, lleva, inevitablemente, a considerar lo señalado por este el año 2000. En dicha ocasión, el TC dictaminó que la consulta indígena tiene una

⁷² La consulta indígena no solo ha generado discusión respecto a proyectos de ley o actividades sometidas al SEIA, sino también respecto a la modificación de instrumentos de planificación territorial. Tal es el caso de lo ocurrido con la modificación del plano regulador comunal de San Pedro de Atacama. Con fecha 13 de julio de 2011, la CS estableció que “*las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha*”, pues “*desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese escenario, no tiene posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras a la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad*”.

“diferencia esencial” con aquellas *“otras”* que nuestro ordenamiento jurídico dispone. El fallo añade además que la consulta *“sí tiene una connotación jurídica especial”*. Nada más, ni nada menos. Así, no estamos hablando que los indígenas tengan potestades públicas como lo aventura la CS. Simplemente, y siendo coherentes con la supremacía constitucional, en caso de existir una consulta indígena, ella debe contener ciertas características que la hacen diferente, pues, como bien lo resuelve el TC, ella tiene una *“diferencia esencial”*. Es decir, es una consulta que tiene cualidades que la distinguen (que la hacen única) de todas aquellas otras que el derecho chileno contempla, habiendo, incluso, dentro de los propios pueblos originarios, diferencias que debiesen considerarse. Por lo demás, diversas políticas de Estado, en materias de salud intercultural, educación, bilingüismo, fomento de las culturas han reconocido la diferenciación que comentamos, todo dentro de un estado unitario y con la finalidad de no esconder nuestras propias raíces indígenas. Los indígenas son individuos que tienen una lengua, estilos de trabajo, costumbres, reglas de convivencia, religión, etc. que difieren no solo entre ellos –como lo es, por ejemplo, entre el pueblo atacameño y el mapuche– sino muchas veces con el resto de los ciudadanos, lo que genera que los pueblos indígenas hayan recibido y reciban, muchas veces, un trato discriminatorio que les impide sobreponerse a dicha situación y que los desplaza a un estado de marginalidad⁷³. De acuerdo al Censo de 2002, la población indígena representaba en Chile el 5% de la población, correspondiendo un poco menos del 90% a la etnia mapuche⁷⁴. Dicha etnia, tal como lo señala Rodrigo Cerda tomando en consideración la encuesta CASEN de 2006, tiene, en la Región de la Araucanía, “cerca de 3,5 años menos de escolaridad comparado con el resto del país, 2 años menos que otros habitantes de la IX Región y un año menos que mapuches en otras regiones”⁷⁵.

⁷³ Ver WALDMAN (2004).

⁷⁴ En DONOSO, ob. cit. (2008), p. 3.

⁷⁵ CERDA (2009), p. 4. El mismo autor expresa que en materia de analfabetismo “los mapuches de la IX Región tienen tasas de analfabetismo mayores al 10% (llegando a cerca del 15% en 1996) mientras que el resto de Chile tiene tasas solo del orden del 4%.”, p. 5. En el mismo sentido, el autor compara la calidad de la educación recibida por los mapuches del sector rural de la IX Región –lugar en que principalmente se encuentran– y estos muestran resultados inferiores al país y al resto de la IX Región.

Bajo la misma lógica de la diferencia esencial a la que alude el TC, es perfectamente compatible una consulta diferenciada a los indígenas cuando la participación ciudadana proceda dentro del SEIA. En esos términos, a la luz de un estado unitario y sin afectar el derecho a la igualdad ante la ley que la Constitución reconoce⁷⁶, se pueden contemplar mecanismos realistas, respetuosos y deferentes que permitan a las comunidades indígenas cumplir requisitos distintos para participar en las instancias de participación ciudadana que la institucionalidad ambiental prevé (tanto a nivel informativo como participativo)⁷⁷. Lo buscado es una instancia que permite aplicar las normas autoejecutables del Convenio, logrando, en la medida de lo posible, acuerdos con las comunidades indígenas de “buena fe”.

Con todo, no debe olvidarse que si bien hay apariencias de similitud entre quienes sufren los impactos ambientales de un proyecto o actividad, en la práctica hay una diferencia inconfundible que permite identificar particularidades propias cuando estos ocurren sobre los pueblos indígenas. Prueba de ello es el hecho que el SEA, contemple, actualmente, guías de explicación del SEIA tanto en lengua *Mapudungun* y *Quechua*⁷⁸. Cualquier propuesta en este sentido debiese incorporar aspectos comunes con la ciudadanía, pero que se diferencien, entre otras materias, en asuntos tales como el lenguaje (ojalá con intérpretes) y la forma en que sus observaciones serán ponderadas en la RCA que aprueba o rechaza un EIA o una DIA (siempre que en este último caso corresponda aplicar un proceso de participación ciudadana). Esta propuesta no altera la unidad del Estado, ni otorga un privilegio especial a favor de un grupo, simplemente ejecuta un compromiso internacional y un deber impuesto legalmente, en donde en base a un procedimiento común, se incorporan distinciones con la finalidad de cumplir con un cometido es-

⁷⁶ Tal como la sostuvo el TC hace más de veinte años, la “igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición”. Rol N° 53-1988, 5 de abril de 1988.

⁷⁷ El TC en la sentencia de 2008 comentada ya definió que la consulta no tiene un carácter vinculante.

⁷⁸ Disponible en <http://www.sea.gob.cl/contenido/que-entendemos-por-participacion-ciudadana-en-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambienta>

tatal en relación a nuestros pueblos indígenas. Para que lo anterior se materialice, las autoridades ambientales deben avanzar en ello.

Una propuesta como la que planteamos creemos que puede dar legitimidad, representatividad, transparencia y ojalá resultados positivos, tanto para titulares de proyectos como para los pueblos indígenas. Esta propuesta puede traer mayores costos (aunque no necesariamente mayores plazos), pero tiene la ventaja que se internaliza, desde un comienzo, la opinión de las comunidades indígenas bajo estándares más acordes a los del Convenio.

No se puede seguir imponiendo una carga a los titulares de proyectos o actividades en base a un problema que el Estado chileno no ha solucionado. La obligación es del Estado y este, junto a los organismos que lo componen (incluidos los Tribunales de Justicia) debe otorgar grados altos de predictibilidad. Si esta situación se perpetúa en el tiempo, regiones de alta densidad indígena (como la de La Araucanía y la de Los Ríos, por ejemplo) verán fuertemente resentidos sus índices de desarrollo, pues los particulares –ante dicha incerteza– preferirán invertir en otras regiones, lo que también repercute en el desarrollo final del país. Actualmente, dicha situación está ocurriendo. De hecho, y tal como lo informó la prensa en marzo de este año, la empresa Noruega SN Power, que pretendía construir cuatro centrales hidroeléctricas por un total de 646 MW en la Región de Los Ríos, ha desistido de aquello, y pretende cederlas por un monto avaluado en US\$1.500 millones debido a la oposición indígena de la zona⁷⁹.

En tal sentido, aspectos como la redefinición del concepto de “*reasantamiento de comunidades humanas y la alteración significativas de vida y costumbres de grupos de humanos*” (letra c del artículo 11° de la Ley N° 19.300) debiese contemplar que dentro de dichos grupos se haga una mención expresa a los pueblos indígenas, todo en relación al artículo 1° de la Ley N° 19.253, derivando en componentes especiales de la consulta⁸⁰.

En la misma línea, podría considerarse, si el proyecto o actividad genera impactos sobre el patrimonio cultural (letra d) del artículo

⁷⁹ Diario EL MERCURIO, ECONOMÍA Y NEGOCIOS (2011), p. 8.

⁸⁰ Para mayor información sobre esta problemática, que incluye, también, los restos humanos indígenas, ver GONZÁLEZ (2001).

11 de la Ley N° 19.300), que este último comprenda los lugares en que se llevan a cabo manifestaciones propias de una cultura, sea o no indígena. De igual manera, se debiese tener una particular sensibilidad con la notificación de la RCA con aquellas comunidades indígenas que hayan o no participado del proceso de evaluación ambiental y que puedan afectarles la actividad o proyecto.

Ignacio Toro, Director Ejecutivo del SEA; y Sebastián Donoso, hasta junio de 2011 Asesor Especial del Gobierno para Asuntos Indígenas, corroboran la postura planteada. En el caso de Donoso, este manifestó que el “nuevo reglamento del SEIA va a contemplar cierta flexibilidad para recoger las particularidades de cada grupo”. Por otra parte, Toro ha señalado que “vamos a reglamentar la consulta porque hoy, no lo está”⁸¹.

Así, la integración diferenciada que se plantea en materia de SEIA no resiente la unidad institucional del país. Simplemente se ejecuta un mandato legal al que el Estado está obligado, pues a un grupo de chilenos (indígenas), por ley y de manera justificada, se les ha decidido apoyar para propender su adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales (inciso segundo artículo 4°).

Creemos que una interpretación en esta dirección es sensata pues resguarda distintos bienes jurídicos. Por una parte, asegura razonablemente que los titulares de proyectos cuenten con la certeza que las comunidades indígenas serán consultadas en base a un umbral más exigente que el que actualmente se utiliza. En el mismo sentido, se asegura el derecho de los pueblos y comunidades indígenas de que sus observaciones serán consideradas con mayor deferencia

⁸¹ TORO *et al.* (2011), en entrevista en el DIARIO FINANCIERO, 14 de marzo de 2011, p. 33. El actual reglamento del SEIA sometido a consulta pública establece en sus artículos 7° (Criterio de reasentamiento de comunidades humanas y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos), 8° (criterio de localización y de valor ambiental del territorio), 10 (criterio de alteración del patrimonio cultural), 18 (Contenidos mínimos de los EIA en materia indígena), 59 (Notificación de la resolución de calificación ambiental), 83 (Participación indígena) y 84 (Período de información y difusión a grupos humanos indígenas) disposiciones normativas que incorporan de manera mucho más intensa la cuestión indígena dentro de la evaluación de proyectos o actividades sometidos al SEIA. De la misma forma, dicho reglamento cuenta con un proceso de consulta pública especial para la población indígena, cumpliendo así con el espíritu del Convenio. Disponible en <http://www.sea.gob.cl/contenido/consulta-indigena-reglamento-seia>.

que antes. Si todo lo anterior se plasma en una voluntad decidida por parte del Estado (por medio de las Comisiones de Evaluación y otras autoridades) de realizar esfuerzos que permitan escuchar con mayor atención a las comunidades indígenas que intervienen ante el SEIA, se podrá avanzar decididamente en alcanzar acuerdos de “buena fe” a la luz del estándar del Convenio. El generar “instancias plenas de participación”⁸² debe darse, asimismo, bajo un contexto de antelación debida y por medio de una orgánica que represente a los pueblos indígenas, lo que no obliga, como lo ha planteado el TC, a que la consulta sea vinculante ni que se llegue a acuerdos concretos en función de las demandas o preferencias indígenas. No hay que olvidarlo, el “alcanzar acuerdos de buena fe” es un estándar, lo que se traduce en una orientación de cómo el Convenio debe ser cumplido, dando espacios flexibles de decisión y discreción para ejecutarlo.

La compatibilidad entre las normas del SEIA y las del Convenio es posible. Para que ello surta efectos, un rol más activo en esta materia es esperable por parte de la autoridad ambiental. Ella debe, al considerar la participación de comunidades indígenas, tal como lo hemos repetido, considerar el inciso segundo del artículo 4° de la ley N° 19.300 que ordena fomentar la cultura indígena, al participar, también, del SEIA, evitando así una prolongación de los conflictos judiciales que por este vía se suscitan.

Una vez que la autoridad ambiental defina criterios uniformes de actuación en materia indígena –cuestión en la que está empeñada–, mayor dignidad para los pueblos indígenas podrá alcanzarse y los niveles de certeza para los titulares de proyectos se acrecentarán ostensiblemente.

IV. PALABRAS FINALES

Es difícil aventurar cuáles serán las consecuencias del fallo, pero su escuálida fundamentación lleva a presumir que la litigiosidad continuará. No hay duda que este asunto no ha sido resuelto y que la participación indígena ante el SEIA sigue siendo un asunto problemático. Lo concreto es que un criterio estrecho y formal, como el adoptado por la CS (al avalar la asimilación total e irrestricta que la

⁸² Sentencia de la CS, Rol N° 1525-2010, considerando 12.

COREMA realizó) no ayuda a caminar en una senda que privilegie la flexibilidad y funcionalidad del SEIA.

Con la finalidad de evitar lo anterior y dar certeza tanto a los titulares de proyectos como a las comunidades indígenas que intervienen ante el SEIA, es necesario un mayor compromiso y elasticidad de parte de las Comisiones de Evaluación para que se incorpore, desde el comienzo, a las comunidades indígenas en sus procesos de evaluación ambiental, todo en conformidad a lo dispuesto en el Convenio, la Ley N° 19.253, lo resuelto por el TC y los plasmado últimamente en la Ley N° 20.417. Para que ello ocurra, el nuevo reglamento del SEIA, la interpretación que de este hagan los tribunales de justicia y de una ley general que regule la forma en que se realizará la consulta indígena en todas sus formas será esencial.

En base a la “diferencia esencial” que el TC determinó que tiene la consulta establecida en el Convenio, se podrá, probablemente, reducir la alta litigiosidad (costo de transacción altísimo), internalizar desde un inicio sus demandas y así dar cumplimiento al deber del Estado de propender a la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de un conjunto de aspectos propios de los pueblos, comunidades y personas indígenas. Lo anterior permitirá una sociedad más inclusiva y un diálogo genuino que contribuirá al fortalecimiento de la paz social.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Libros

AYLWIN, José (Comp.) (2001): *Políticas Públicas y Pueblo Mapuche* (Concepción: Escaparate Ediciones), 153 pp.

BREYER, Sthepen (1992): *Breaking the Vicious Circle. Toward Effective Risk Regulation* (Cambridge, Harvard University Press), 127 pp.

BREYER, Sthepen; STEWARD, Richard; SUNSTEIN, Cass R.; y, VERMULE, Adrian: (2006): *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases* (Sexta Edición, New York, Aspen Publishers), 1.024 pp.

DÍAZ, Eduardo (2006): *Los Araucanos y el Derecho* (Editorial Jurídica) 110 pp.

- EDLY, Christopher F. Jr. (1990): *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy* (New Haven, Yale University Press), 270 pp.
- MORENO, Carlos (2004): *Participación Ciudadana en la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente* (Santiago, LexisNexis) 203 pp.
- PRADO, Maximiliano (2003): *La Cuestión Indígena y las Exigencias del Reconocimiento* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado), 100 pp.
- SEN, Amartya (2009): *The idea of Justice* (Cambridge, Harvard University Press), 496 pp.
- VERMULE, Adrian (2006): *Judging Under Uncertainty. Institutional Theory of Legal Interpretation*. (Cambridge, Harvard University Press), 333 pp.
- YAÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl (2008): *La Gran Minería y los Derechos Indígenas en el Norte de Chile* (Santiago, Ediciones LOM), 234 pp.

2. Artículos de revista y otros documentos de publicación periódica

- BERMÚDEZ, Jorge (2005): “Función y tipología del procedimiento administrativo” (Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Ediciones Universitarias de Valparaíso, PUCV).
- CERDA, Rodrigo (2009): “Situación económica de los mapuches” (Centro de Estudios Públicos. 314 Puntos de Referencia) pp. 1-8.
- CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo (2010): “Pueblos Indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional” (Anuario de Derecho Público 2010, Universidad Diego Portales) 21 pp.
- CORDERO, Luis (2010): “La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre el legislador positivo y el juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después” (Anuario de Derecho Público 2010, Universidad Diego Portales) 165 pp.
- DE LA FUENTE, Osvaldo y MORA, Rodrigo (2008): “Grupos de interés y participación ciudadana en el SEIA: Un enfoque

económico” (Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Valentina Durán M. Sergio Montenegro A. Pilar Moraga S. Editores. Universidad de Chile) 569 pp.

DONOSO, Sebastián (2001): “Políticas de Tierras bajo la Ley Indígena: Un Análisis Crítico” (5 Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae) 195 pp.

_____ (2008): “Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones de un desencuentro” (Pontificia Universidad Católica Vice-rectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos. Temas de la Agenda Pública. Año 3 N° 16, abril 2008.) 14 pp.

ESPINOZA, Guillermo; ESPINOZA, Ximena; y, SALAZAR, Oriana (1998): “Instrumentos de Gestión Ambiental y Participación Ciudadana” (Santiago, Casa de la Paz) 90 pp.

FERNÁNDEZ, Andrés (2008): “Aspectos ambientales del reconocimiento de derechos a pueblos indígenas y triviales: Caso del Convenio Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 169” (Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Valentina Durán M. Sergio Montenegro A. Pilar Moraga S. Editores. Universidad de Chile) 591 pp.

_____; y, DE LA PIEDRA, Cristhian (2011): “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169. Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias”. (Estudios Públicos 121, verano 2011) 71 pp.

GONZÁLEZ, Paola (2001): “Evaluación ambiental sobre componentes socio-culturales: su incidencia en la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas” (Primeras Jornadas de Derecho Ambiental. 28 y 29 de noviembre de 2001. Comisión Nacional del Medio Ambiente y Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) 316 pp.

_____ (2010): “Pueblos indígenas y afectación de recursos naturales situados en su territorio en un nuevo contexto: Convenio N° 169 de la OIT, jurisprudencia y normas IFC” (Derecho Ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental. Valentina Durán M. Sergio Montenegro

A. Pilar Moraga S. Daniella Ramírez S. Ana Lya Uriarte R. Editores. Universidad de Chile) 425 pp.

MEREMISKAYA, Elina: “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas” (Estudios Públicos 121, verano 2011) 213 pp.

MONTT, Santiago; y, MATTA, Manuel: Una visión panorámica al convenio OIT 169 y su implementación en Chile” (Estudios Públicos 121, verano 2011) 133 p.

KAGAN, Elena (2001): “Presidential Authorization” (114 Harvard Law Review) 2.253 pp.

PÉREZ, Clemente (2010): “El enjambre Ambiental” (Santiago, *La Tercera*, 2 de agosto de 2010) 24 pp.

PRECHT, Alejandra y AYLWIN, Sebastián (2010): “Entrada en vigencia del Convenio N° 169: el proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA” (Derecho Ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental. Valentina Durán M. Sergio Montenegro A. Pilar Moraga S. Daniella Ramírez S. Ana Lya Uriarte R. Editores. Universidad de Chile) 445 pp.

SUNSTEIN, Cass (2009): “Trimming” (122 Harvard Law Review), 1051 pp.

VALDIVIA, José Miguel: “Alcances Jurídicos del Convenio 169” (Estudios Públicos 121, verano 2011) 35 pp.

WALDMAN, Gilda (2004): “Chile: indígenas y mestizos negados” (Política y Cultura, primavera). 97 pp.

3. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de abril de 1988, Rol N° 53-1988. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 28 de marzo 2011].

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de agosto 2000, Rol N° 309-2000. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2011].

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de abril de 1988, Rol

N° 53-1988. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2011].

Sentencia de la Corte Suprema, de 8 de febrero de 2009, Rol N° 1.219-2009. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2011].

Sentencia de la Corte Suprema, de 23 de febrero de 2010, Rol N° 1.525-2010. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2011].

Sentencia de la Corte Suprema, de 14 de octubre de 2010, Rol N° 4.078-2010. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta 28 de marzo de 2011]

Sentencia de la Corte Suprema, de 4 de enero de 2011, Rol N° 6.062-2010. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2011].

Sentencia de la Corte Suprema, de 13 de julio de 2011, Rol N° 258-2011. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 19 de julio de 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1.705-2009, de 21 de enero de 2010, Rol N° 1.705-2009 Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 26 de mayo de 2010, Rol N° 148-2010. Disponible en www.poderjudicial.cl [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2011].

4. Jurisprudencia Administrativa

Dictamen del Contraloría General de la República N° 31.356, de 16 de junio de 2009.

5. Otras Fuentes

BORRADOR DEL REGLAMENTO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, disponible en <http://www.sea.gob.cl/contenido/consulta-publica-reglamento-seia>

Diario EL MERCURIO, ECONOMÍA Y NEGOCIOS, 27 de marzo de

2011, p. 8.

COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (1998): *Una Política ambiental para el desarrollo sustentable*. Disponible en http://www.sinia.cl/1292/articles-26000_pdf_politica.pdf [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2011].

COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE – CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO (2010): *Marco Conceptual para la Implementación de la EAE en Chile. Informe Final*.

INFORME COMISIÓN DE VERDAD Y NUEVO TRATO (2003). Disponible en http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/. [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2011].

TORO, Ignacio y DONOSO, Sebastián (2011): “Entrevista Diario Financiero”, 14 de marzo de 2011, 33 pp.

GUÍA DE CRITERIOS PARA EVALUAR LA ALTERACIÓN SIGNIFICATIVA DE LOS SISTEMAS DE VIDA Y COSTUMBRES DE GRUPOS HUMANOS EN PROYECTOS O ACTIVIDADES QUE INGRESEN AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (2007).