

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

DERECHO Y MEDIO AMBIENTE

Segunda época año II, N°2-2014

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra
Jorge Baraona | Universidad de los Andes
Mario Fernández | Universidad de Chile
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile
Luis Ortiz | Universidad de Chile
Fernando Barros | Abogado
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal
Corrección de texto y estilo:
Eduardo Guerrero

Administración:

Av. Pedro de Valdivia 1646
(56-2) 2420 7416
www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año II, N°2-2014

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

Registro de Propiedad Intelectual N° 267.760

ISSN 0717-716X

Santiago de Chile

Año 2014

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 9 José Ignacio Vásquez Márquez
TRIBUNALES Y JURISDICCIONES AMBIENTALES ESPECIALIZADOS
EN AMÉRICA
- 35 Enrique Navarro Beltrán
RECURSO DE PROTECCIÓN Y MEDIO AMBIENTE
- 49 Alejandro Canut de Bon L.
DERECHO DE LA SOSTENIBILIDAD
- 59 Rodrigo Benítez Ureta
LA POTESTAD INVALIDATORIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE
CARÁCTER AMBIENTAL
- 77 Sebastián Avilés Bezanilla
LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECLARACIONES DE
IMPACTO AMBIENTAL
- 101 Ávaro Durán Soto
EL DERECHO A CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA
DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL CHILENO, SU ESTÁNDAR A LA
LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL
- 163 Joanna Rojas Irisch
ANÁLISIS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS PERMISOS AMBIENTALES
SECTORIALES APLICABLES A PROYECTOS MINEROS

| | |
|-----|--|
| 193 | Paula Gajardo Matthews EL REASENTAMIENTO DE COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL |
| 217 | ACTIVIDADES 2014 |
| 225 | NORMAS DE PUBLICACIÓN |

EDITORIAL

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

SEGUNDA ÉPOCA, AÑO II, N°2-2014

El presente número se encuentra dedicado especialmente al estudio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, tanto desde el punto de vista constitucional, procesal como administrativo.

En primer lugar, el ex Presidente del Segundo Tribunal Ambiental y actual Ministro del Tribunal Constitucional, José Ignacio Vásquez Márquez, efectúa un exhaustivo análisis de las distintas jurisdicciones ambientales en América, diferenciándose entre tribunales administrativos, ordinarios y especializados, tal como ocurre en Chile.

Luego, el profesor Enrique Navarro Beltrán analiza la procedencia del recurso de protección en materia ambiental, especialmente en los últimos años como consecuencia de la creación de tribunales ambientales especializados, los que tienen una competencia específica en la materia.

Por su parte, Alejandro Canut se refiere al concepto denominado “Derecho de sostenibilidad”, efectuando una evolución histórica del principio y los elementos que lo configuran en la actualidad.

El profesor Rodrigo Benítez, por su lado, estudia la potestad invalidatoria de los actos administrativos de carácter ambiental, de acuerdo a la legislación y principal jurisprudencia.

La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental es abordada por Sebastián Avilés, mientras que Álvaro Durán profundiza en el derecho a consulta de los pueblos indígenas en el sistema de evaluación de

impacto ambiental chileno, su estándar a la luz de jurisprudencia nacional y extranjera.

A su vez, vinculado al Derecho de Minería, Joanna Rojas se expone en la evolución de los permisos ambientales sectoriales aplicables precisamente a proyectos mineros.

Finalmente, Paula Gajardo se detiene en el reasentamiento de comunidades indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental.

Tal como señalamos en números anteriores, la *Revista de Derecho* de la Universidad Finis Terrae, en su segunda época, es continuadora de una publicación anual que se efectuó ininterrumpidamente desde 1997, habiendo reiniciado con nuevos bríos su edición desde el año pasado, en

dos ejemplares anuales, habiéndose dedicado a los temas de transparencia (1/2013), jurisdicción tributaria y aduanera (2/2013) y derechos y garantías fundamentales (1/2014).

Es nuestro deseo próximamente ajustarnos a las exigencias propias de los procesos de indexación modernos, de manera que en el mediano plazo se pueda tener acceso a la misma a través del espacio cibernético en soporte electrónico además de papel, por lo que invitamos no sólo a los profesores de la Facultad de Derecho sino a todos los investigadores y juristas del país y del extranjero a enviar sus colaboraciones, de manera de formar parte de esta nueva época de la publicación.

Enrique Navarro Beltrán
Director *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*

TRIBUNALES Y JURISDICCIONES AMBIENTALES ESPECIALIZADOS EN AMÉRICA

JURISDICTIONS IN ENVIRONMENTAL LAW IN AMERICA

JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ¹

Sumario: En el presente artículo se sistematizan las diversas jurisdicciones existentes en materia ambiental en América, diferenciándose entre tribunales administrativos, ordinarios y especializados, tal como ocurre en Chile.

Palabras clave: Jurisdicción Ambiental. Competencia. Derecho Comparado Americano.

Summary: In this article the various existing jurisdictions in environmental matters in America are systematized. Differentiating between administrative, ordinary and specialized courts, such as in Chile.

Key words: Environmental jurisdiction. Jurisdiction American Comparative Law.

¹ Ex Presidente del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Chile.

Aun cuando los tribunales ambientales creados en Chile por la Ley n° 20.600, vigente desde junio de 2012, constituyen una novedad en el sistema jurídico y judicial de nuestro país, es preciso advertir que no lo es en el resto del mundo.

En efecto, desde hace varios años, antes de esa fecha, ya existían en el mundo tribunales especializados u órganos jurisdiccionales con competencia ambiental. Entre los más antiguos se pueden señalar, por ejemplo, el Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur en Australia, con sede en Sidney, creado en 1980, siendo el primero de esta naturaleza en el mundo; asimismo, Nueva Zelandia cuenta desde 1996 con una Corte itinerante con sedes en varias ciudades, creada a partir del tribunal de planeamiento de ciudad y tierras existente desde los años 50 y actualmente con competencia amplia respecto de recursos naturales. En muchos otros lugares del mundo, ya existen desde hace algún tiempo tribunales ambientales u órganos públicos con competencias jurisdiccionales o fiscalizadoras en materia medioambiental. Desde 1995 existe una corte en Trinidad y Tobago, denominada Comisión Medio Ambiental, integrada por especialistas en la materia.

Más aún, a la fecha de promulgación de la Ley n° 20.600, en 41 países existían tribunales o cortes ambientales, sumando un total de 354 órganos de esta naturaleza, ya fueran judiciales o administrativos².

Con la entrada en vigencia de la Ley n° 20.600 y la creación de tres tribunales ambientales en el país, habiéndose establecido hasta la fecha sólo dos, primero el de Santiago y luego el de Valdivia, se hace efectivo el principio de acceso a la justicia ambiental que tuvo su consagración en la Declaración de Río de 1992 y aparece concordante con la Convención de Aarhus de 1998 que, aun cuando no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, se reconoce como un instrumento importante al formular el principio de acceso a la información, participación pública en el proceso de toma de decisiones y justicia medioambientales, tal es así que la Unión Europea la ha ratificado.

Interesa en esta oportunidad destacar los diversos modelos o formas de organización y atribución jurisdiccionales especiales, que han adoptado los distintos países de América, del norte, centro, sur y el Caribe, para resolver los conflictos medioambientales. Conviene señalar que la mayoría de los

2 PRING, George y PRING, Catherine, *Greening Justice, Creating and improving Environmental Courts and Tribunals, The Access initiative*, World Resources Institute, 2009, p.1.

países del continente americano cuentan con legislación de protección del medioambiente y de sus recursos naturales, así como una institucionalidad pública con diversos grados de perfeccionamiento. Sin embargo, la existencia de órganos jurisdiccionales ambientales especiales es menos frecuente.

En una visión panorámica de la jurisdicción ambiental en América y el Caribe, es posible distinguir, en general, tres o cuatro modelos de jurisdicción con competencias ambientales:

- i) el modelo norteamericano, con la existencia de tribunales y cortes administrativas, esto es, que forman parte no del poder judicial, sino de la Administración del Estado, incluyendo entre estos a Canadá, al Tribunal Administrativo Ambiental de Costa Rica y al Tribunal de Solución de Controversias Ambientales del Perú;
- ii) luego están aquellos países que a través de sus tribunales ordinarios de justicia, conocen y resuelven asuntos medioambientales, ya sean civiles, penales o contencioso-administrativos, agrarios o de tierras. Esta forma de ejercicio de competencias ambientales, a través de los tribunales ordinarios, sigue siendo mayoritaria en los países latinoamericanos;
- iii) entre estos, también, se encuentran aquellos países que han especializado algunos tribunales y cortes de la jurisdicción común, como es el caso de Brasil y este año se añadirá El Salvador; y
- iv) finalmente, nos encontramos el modelo de tribunales especializados, independientes de todos los poderes y con integración mixta de magistrados (abogados y científicos), entre los cuales cabe señalar en orden cronológico, la Comisión Medio Ambiental de Trinidad y Tobago y Chile con sus tres tribunales ambientales.

Cabe señalar que aquellos países que no han creado tribunales medioambientales especiales, ya sean administrativos o independientes, cuentan con fiscalías especializadas proscutores o promotores de acciones de protección ambiental ante la respectiva justicia ordinaria.

Se destacarán, en este estudio, aquellos países que cuentan con órganos jurisdiccionales especiales, ya sean administrativos o jurisdiccionales ordinarios o especializados.

A continuación, a partir de un cuadro elaborado por la Cepal y actualizado y complementado por el autor de este artículo, se puede visualizar el panorama del marco institucional y ambiental en América.

América y el Caribe: instancias especializadas con jurisdicción ambiental³

| País | Instancia especializada con jurisdicción ambiental |
|----------------------|---|
| Argentina | Unidad Fiscal Federal de investigación de delitos contra el ambiente |
| Bolivia | Fiscalías ambientales y tribunales agroambientales |
| Brasil | Juzgados Federales Ambientales de primera instancia. Juzgados Ambientales Estatales de Primera Instancia. Tribunal de Justicia de São Paulo Cámara Especial del Medio Ambiente. |
| Canadá | Environmental Review Tribunal. Environmental Appeals Board |
| Chile | Tribunales ambientales |
| Colombia | Procurador para temas ambientales y agrarios |
| Costa Rica | Fiscalías ambientales y Tribunal Ambiental Administrativo |
| Ecuador | Fiscalías ambientales |
| El Salvador | Juzgados Ambientales y en Segunda Instancia, de una Cámara Ambiental. |
| E.U.A. | Environmental Protection Agency, Environmental Appeals Board, Corte Ambiental del Estado de Vermont |
| Guatemala | Fiscalías ambientales |
| Honduras | Fiscalías ambientales |
| Jamaica | Oficina del Director del Ministerio |
| México | Procuraduría Federal de Protección al Ambiente y algunas fiscalías a nivel estatal |
| Nicaragua | Procuraduría Ambiental |
| Panamá | Fiscalías ambientales |
| Paraguay | Fiscalías ambientales |
| Perú | Fiscalías ambientales y Tribunal de Solución de Controversias Ambientales |
| República Dominicana | Procuraduría para la Defensa del Medio Ambiente y Recursos Naturales |
| Trinidad y Tobago | Environmental Commission |
| Venezuela | Fiscalías ambientales |

³ http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/9/49429/2013-246_pr10_acceso_a_la_informacion.pdf. Pág. 40.

I. TRIBUNALES Y CORTES AMBIENTALES ADMINISTRATIVOS

1. Canadá

El sistema judicial de Canadá contempla en cada uno de los territorios y provincias federales, un tribunal inferior y otro superior, para resolver asuntos de derecho consuetudinario y legales determinados, creados por leyes de esas divisiones político-administrativas. Existe también un tribunal de apelación en cada una de estas. Finalmente, la revisión de las resoluciones de los anteriores tribunales, la realiza la Corte Suprema con sede en Ottawa⁴.

Los tribunales ordinarios poseen atribuciones amplias en materia ambiental, de daños al medioambiente, penales y revisión de decisiones tanto de organismos públicos como de órganos administrativos con potestades jurisdiccionales.

Algunos ordenamientos federales y provinciales de medioambiente han creado por ley tribunales administrativos para conocer asuntos medioambientales, como la evaluación de impacto ambiental de los proyectos y apelaciones respecto de decisiones ministeriales federales o provinciales en relación con requisitos, autorizaciones y permisos, entre otros. En caso de no existir esos tribunales administrativos, se considera que los ministerios federales y provinciales tienen potestades jurisdiccionales y sus relaciones pueden ser revisadas judicialmente o apeladas.

Además, tanto los tribunales generales como los administrativos especializados existentes en algunas provincias creados para conocer asuntos medioambientales, aplican los denominados Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), entre los cuales se encuentra la mediación, frecuentemente empleada para solucionar las controversias ambientales. Seis tribunales en Canadá emplean algún Medio Alternativo de Solución de Conflictos Ambientales⁵.

Tres de las más grandes provincias de Ontario, Alberta y British Columbia, poseen tribunales especializados en lo ambiental. Tienen el carácter de tribunales administrativos establecidos por la legislación provincial. No tienen vinculación con el sistema de Cortes. Sin perjuicio de ser entidades

⁴ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2954/70.pdf>. Pág. 522

⁵ <http://ceja.org.mx/IMG/pdf/Tribunales.pdf>

de la Administración y financiadas por esta, posee independencia respecto de las autoridades gubernamentales, cuyas resoluciones pueden ser apeladas ante dichos tribunales. Dos de los tres mencionados tribunales tiene la potestad de generar decisiones vinculantes. Se trata del Ontario Environmental Review Tribunal (ERT) y el British Columbia Environmental Appeal Board.

Estos tribunales poseen jurisdicción sobre muchas materias que normalmente habrían sido resueltas por cortes ordinarios. Una de las típicas materias incluye las apelaciones de las decisiones de la autoridad relativas a autorizaciones para desarrollo de proyectos.

El Environmental Review Tribunal de Ontario es de naturaleza cuasi-judicial, independiente e imparcial en la aplicación de la legislación provincial. El Tribunal tiene audiencias públicas para conocer de los recursos de apelación de las decisiones relativas a la entrega, modificación o revocación de una autorización, licencia o permiso⁶.

En cuanto a la competencia, el Tribunal de Ontario tiene entre sus funciones el otorgamiento los siguientes permisos:

Permiso para extraer agua de determinado lugar.

- Autorización para efectuar emisiones.
- Autorización para vaciar desechos a ciertas aguas.
- Permisos para construir en la reserva mundial de biosfera en el Niágara.
- Aprobación para construir proyectos relativos a energías renovables.

En cuanto a las causas que le llegan en apelación, principalmente se trata de: órdenes de limpieza de contaminación; órdenes de prevención de polución y órdenes que imponen multas.

El Tribunal de Apelación de la provincia Alberta es el más antiguo de Canadá, habiendo sido creado en 1993, por la Ley Provincial de Protección Ambiental y se le reconoce independencia para fiscalizar las decisiones de las autoridades ambientales de la provincia. Este Tribunal actúa solamente como órgano consultivo, sin perjuicio que la gran mayoría de las recomendaciones de la misma, han sido acatadas por la Administración.

⁶ http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/14-15/09_justicia_ambiental_canada.htm

2. Estados Unidos

No cuenta con tribunales ordinarios ni especializados que formen parte del poder judicial norteamericano, sino que se trata de una jurisdicción ambiental administrativa, la llamada Environmental Appeals Board (EAB), dependiente de la Environmental Protection Agency (EPA), un órgano del gobierno federal, encargado de proteger el medioambiente y la salud humana; dirige la investigación, educación y evaluación en materia ambiental.

El EAB es el órgano decisivo final respecto de las apelaciones originadas en decisiones que toma la EPA relativas a la legislación ambiental. Es un órgano independiente, creado en 1992, en reconocimiento a la creciente importancia que fue teniendo la Agencia del Medio Ambiente (EPA), la cual se constituyó en un eficaz mecanismo para el cumplimiento de las leyes medioambientales. Está compuesto de tres miembros y las decisiones se adoptan por la mayoría.

La mayor carga de trabajo del EAB tiene relación con apelaciones sobre autorizaciones y también relativas a multas civiles. Otro porcentaje importante de lo que atiende, corresponde a petición de reembolso de costos incurridos en el cumplimiento de las denominadas “órdenes de limpieza”, dictadas por la autoridad bajo el Acta 1980, sobre Responsabilidad, Compensación del Medio Ambiente (CERCLA).

Sin perjuicio de lo anterior, existe una Corte Ambiental en el Condado de Shelby (Shelby County Environmental Court, Memphis, EE.UU), creada en 1991 por ley del Estado de Tennessee y que ha servido de ejemplo para numerosas cortes ambientales a nivel de condado en EE.UU. y la Corte Ambiental del Estado de Vermont, creada en 1989, que en el año 2010 se transformó en una división de la Corte Superior del Estado. Cuenta con dos jueces.

Cabe señalar que, en la actualidad, la Corte de Vermont tiene las siguientes competencias, entre las principales:

- 1) Ejecutar y hacer cumplir las leyes ambientales del Estado;
- 2) Apelaciones respecto de los planes municipales y asignaciones de zonas de uso del suelo;

- 3) Apelaciones respecto de decisiones del Servicio Estatal de Medioambiente, conocida también como Agencia de Recursos Naturales, relativas a un sinnúmero de resoluciones relativas a las emisiones al aire, eliminación de residuos, aguas pluviales, la explotación forestal pesada y otros permisos ambientales; y
- 4) Apelaciones de las resoluciones de la Comisión Regional Distrital del Medio Ambiente, todo ello de conformidad con la norma del uso del suelo en dicho estado, conocida como Acta 250.

3. COSTA RICA

Costa Rica cuenta con un Tribunal Ambiental Administrativo⁷, como órgano desconcentrado del Ministerio de Ambiente y Energía. Fue creado el año 1995 por la Ley n° 7554, Orgánica del Ambiente y posee competencia exclusiva y con independencia funcional sobre todo el territorio nacional.

Está integrado por tres ministros titulares y tres suplentes, designados por el Consejo Nacional Ambiental. Duran en sus funciones seis años. Para ser miembro del tribunal se requiere ser profesional con experiencia en materia ambiental y uno de los titulares y uno de los suplentes, deberá ser abogado.

De acuerdo al artículo 106 del título XXI, de la Ley n° 7554, Orgánica del Ambiente, el Tribunal Ambiental Administrativo deberá realizar sus funciones sujeto a los principios de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediación de la prueba. Deberá ajustar su actuación al procedimiento y las normas de funcionamiento establecidos en el presente código y, supletoriamente, a la Ley General de la Administración Pública, Libro Segundo, Capítulo “Del Procedimiento Ordinario”.

El Tribunal Ambiental Administrativo tiene competencia para conocer y resolver:

- a) denuncias contra personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación del ambiente y los recursos naturales;

⁷ http://www.minae.go.cr/dependencias/desconcentradas/tribunal_ambiental_administr

b) denuncias referentes a comportamientos activos y omisos que violen o amenacen las normas de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales; y

c) determinar las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación ambiental y de los recursos naturales.

Al recibir la denuncia, el Tribunal identificará al denunciante y siempre oír a la persona a quien pueda afectar el resultado de la denuncia, salvo si la gravedad del hecho denunciado amerita tomar medidas inmediatas. Posteriormente, podrá notificar el resultado. El Tribunal Ambiental Administrativo recabará la prueba necesaria para averiguar la verdad real de los hechos denunciados.

Las partes o sus representantes y sus abogados tendrán acceso a las actuaciones relativas a la denuncia tramitada ante el Tribunal Ambiental Administrativo, inclusive a las actas donde consta la investigación de las infracciones. Podrán consultarlas sin más exigencia que la justificación de su identidad o personería.

El trámite ante el Tribunal Ambiental Administrativo no estará sujeto a ninguna formalidad. La denuncia podrá presentarse por cualquier medio de comunicación, incluso oral. Cuando no sea escrita, deberá ratificarse durante los siguientes ocho días naturales.

Presentada la denuncia ante una autoridad que no sea el Tribunal Ambiental Administrativo, esta deberá remitírsela al Tribunal para su atención y trámite en un término no mayor de tres días.

Contra las resoluciones del Tribunal no proceden recursos y de esta forma se da por agotada la vía administrativa.

4. Perú

En virtud del Decreto Legislativo n° 1013 de 2008, se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar y facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos para apoyar la competitividad económica y el aprovechamiento del Acuerdo, siendo una de las materias del mismo, el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental. Considerando que esta y la estructura organizacional presentaban

limitaciones que dificultaban una respuesta eficiente a los desafíos ambientales se dispuso la creación de un Ministerio del Ambiente (MINAM).

En la orgánica del Ministerio del Ambiente, se establece un Tribunal de Solución de Controversias Ambientales. Este órgano ejercerá la función de última instancia administrativa, resolviendo los recursos impugnativos interpuestos contra resoluciones o actos administrativos relacionados con el ambiente, según lo dispone la letra h) del artículo 4º de la Ley del Consejo Nacional del Ambiente. Por su parte, el inciso d) al artículo 5º de La Ley N° 26.410 del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), establece que este se integra, entre otros, por un órgano jurisdiccional, denominado Tribunal de Solución de Controversias Ambientales. Este tribunal actúa como instancia previa extrajudicial obligatoria. Los conflictos ambientales que no logran conciliar en esta etapa, deben ser conocidos y resueltos por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Las funciones y la organización del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales se rigen por lo establecido en la Ley N° 28.245, Marco del Sistema de Gestión Ambiental y por el Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Ambiente.

Como ya se señaló, el objeto de este órgano es resolver los conflictos de competencia en materia ambiental, siendo la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos. Asimismo, es competente para resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental. Este mecanismo alternativo será el regulado en el Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Ambiente y se aplicará de forma supletoria, la Ley No 26.872, de Conciliación y su Reglamento, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las presentes normas específicas y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia. De acuerdo a lo dispuesto por la Ley General del Ambiente, deberán someterse a resolución por el mecanismo de Conciliación las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales, u otros que sean de libre disposición por las partes.

De acuerdo al artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Ambiente, el Tribunal también es competente para resolver:

- i) conflictos de competencia en materia ambiental entre dos o más entidades, cuando en un caso particular estas se atribuyan, positiva o negativamente, funciones ambientales de carácter normativo, fiscalizador o sancionador sobre una misma actividad, con excepción de los conflictos cuya resolución sea competencia de otros órganos del Estado;
- ii) conflictos de competencia en materia de certificación ambiental de proyectos de inversión pública, privada y de capital mixto y de aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental complementarios, previa opinión técnica y legal del órgano administrador del SEIA.

El Tribunal es competente sólo si la función o atribución específica en conflicto no ha sido asignada por la Constitución o por sus respectivas Leyes Orgánicas, en cuyo caso la controversia la resuelve el Tribunal Constitucional.

Según lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley n° 28611, General del Ambiente, las resoluciones del Tribunal son de observancia obligatoria y agotan la vía administrativa.

El Tribunal podrá establecer precedentes obligatorios, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27.444 sobre Procedimiento Administrativo General

De acuerdo al artículo 5º, del Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Ambiente, el Tribunal estará conformado por cinco vocales designados de la siguiente manera:

- a) Un vocal será designado a propuesta del ministro del Ambiente, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente.
- b) Cuatro vocales que serán designados entre los elegidos mediante concurso público de méritos.

La designación de los vocales será efectuada por Resolución Suprema refrendada por el ministro del Ambiente, a través de concurso público de méritos y durarán en sus cargos por un período de tres años, renovables por un período similar. La designación de los primeros vocales tuvo lugar el año 2013.

El Tribunal podrá contar con Salas Especializadas. Cada una de ellas estará integrada por tres profesionales titulares y uno alterno y serán resueltas por la Presidencia del Tribunal.

De acuerdo al artículo 22 del Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Ambiente, contra los actos administrativos de carácter ambiental emitidos por las Direcciones Generales del MINAM, se interpondrá el recurso de apelación. Será legitimado para apelar la persona natural o jurídica con derecho o interés legítimo afectados por un acto administrativo emitido por alguna de las Direcciones Generales del MINAM, en los procedimientos administrativos de carácter ambiental.

II. TRIBUNALES ORDINARIOS CON COMPETENCIA AMBIENTAL ÚNICA

1. El Salvador⁸

Con fecha 9 de junio de 2014, la Asamblea Legislativa de El Salvador, mediante el Decreto N° 684, estableció la jurisdicción ambiental, la cual estará a cargo, en primera instancia, de tres juzgados ambientales con sedes en San Salvador, Santa Ana y San Miguel. En segunda instancia, habrá una Cámara Ambiental. Esta jurisdicción tendrá competencia exclusiva para conocer y resolver las acciones civiles de cualquier cuantía en las que se deduzca la responsabilidad civil derivada de actos que atenten contra el medio ambiente. Realizarán su función jurisdiccional sujeto a lo establecido en la Constitución de la República, tratados y convenciones internacionales sobre la materia ratificados por El Salvador, la legislación ambiental, las leyes afines y los principios doctrinarios del derecho ambiental.

De acuerdo a las disposiciones transitorias del Decreto citado, el Juzgado Ambiental con sede en San Salvador se creará dentro de los seis meses de entrada en vigencia de la ley, y conocerá de las acciones en las que se deduzca la responsabilidad civil derivada de actos que atenten contra el medioambiente en todo el territorio nacional, mientras no se integren

⁸ http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/creanse-los-tribunales-ambientales/archivo_documento_legislativo

los restantes juzgados establecidos en el artículo 99 de la Ley del Medio Ambiente, los cuales deberán crearse en el plazo de un año.

La Cámara Ambiental, con sede en San Salvador, tendrá competencia a nivel nacional para conocer la apelación de las sentencias y los autos que pongan fin al proceso en los juzgados ambientales, así como de las resoluciones que la ley señale expresamente. Deberá conocer en primera instancia, además, de las demandas que se interpongan en contra de los funcionarios públicos y del Estado como garante subsidiario.

Cabe tener presente que el Artículo 99 de la Ley de Medio Ambiente de El Salvador, contenida en el Decreto Legislativo n° 233 de 1998, había dispuesto que la jurisdicción ambiental para conocer y resolver las acciones a través de las cuales se deduzca la responsabilidad civil derivada de actos que atenten contra el medioambiente, correspondería a Tribunales Agroambientales de Primera Instancia y a las Cámaras Agroambientales de Segunda Instancia con asiento en la ciudad de San Salvador, para que conocieran en grado de apelación de las sentencias de los Tribunales Agroambientales de Primera Instancia. Estos órganos jurisdiccionales nunca se crearon hasta la dictación del Decreto n° 684 del 2014.

En cuanto al procedimiento aplicable por los nuevos juzgados ambientales recientemente creados, será el ordinario en materia civil, sin perjuicio que el artículo 2° del referido Decreto n° 684 dispone en materia de recursos que: *“Corresponderá a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia conocer del recurso de casación; así como conocer en grado de apelación de los asuntos a que se refiere la Ley del Medio Ambiente, en los casos en que la Cámara Ambiental de Segunda Instancia conozca en Primera Instancia. Será la Corte Suprema de Justicia en Pleno, la que conocerá del recurso de casación en los casos que la Sala de lo Civil conozca del recurso de apelación”*.

Asimismo, la ley autoriza la aplicación de medidas cautelares para prevenir que se ocasionen daños irreparables a las personas o a la población y al medioambiente.

2. Bolivia⁹

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, establece en su artículo 180, que la función judicial es única y se ejerce a través del Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales, los tribunales de sentencia y los jueces, administra justicia ordinaria.

En el capítulo tercero de esa Constitución, se encuentra consagrada la jurisdicción agroambiental, disponiéndose en el artículo 186, que el Tribunal Agroambiental es el máximo Tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Este Tribunal tiene como antecedente el Tribunal Agrario Nacional.

De acuerdo al artículo 189 de la Constitución, el Tribunal Agroambiental tiene ahora nuevas funciones que se refieren a la resolución de recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, a la atención de problemas no solamente relativos a tierras, sino también concernientes al medioambiente, biodiversidad, fauna, flora y recursos naturales como el agua, demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales. Así, también, en el conocimiento y resolución en única instancia de las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales. De igual manera, tendrá competencia respecto de los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y los demás actos y resoluciones administrativas, para finalmente referirse a la organización de los juzgados agroambientales.

El artículo 4º de la Ley nº 025 de 2010, que reconoce los distintos tipos de jurisdicciones, estableció la estructura, organización y funcionamiento del referido Tribunal. Al referirse al ejercicio de la función judicial señala que esta se ejerce a través, entre otras, por la jurisdicción agroambiental, constituida por el Tribunal Agroambiental y los Juzgados Agroambientales. Asimismo, establece los principios que los rigen, que son los mismos del órgano judicial y los específicos de la función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad, interculturalidad, precautorio, de responsabilidad ambiental, de equidad y justicia social, de imprescriptibilidad y de defensa de los derechos de la madre tierra.

⁹ <http://www.tribunalagroambiental.gob.bo/Content/wfAtribuciones.aspx>

El Tribunal Agroambiental está integrado por siete magistrados y estará dividido en dos salas de tres miembros cada una. Serán elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia. Para ser elegido Magistrado del Tribunal Agroambiental serán necesarios los mismos requisitos que los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, además de contar con especialidad en estas materias y haber ejercido con idoneidad, ética y honestidad la judicatura agraria, la profesión libre o la cátedra universitaria en el área, durante ocho años. El período de su mandato será de seis años, computables a partir del día de su posesión, y no podrán ser reelegidas ni reelegidos. Las resoluciones que adopte el Pleno del Tribunal Agroambiental serán por mayoría absoluta de votos de la totalidad de sus miembros.

Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley:

- Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad.
- Demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medioambiente.
- Demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales.
- Conocer y resolver en única instancia las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales.
- Conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas.
- Organizar los juzgados agroambientales.

Las Salas del Tribunal Agroambiental, de acuerdo a las materias de su competencia, tienen las siguientes atribuciones:

- Resolver los recursos de casación y nulidad en las causas elevadas por los juzgados agroambientales;
- Conocer y resolver en única instancia las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales en materia agraria;

- Conocer y resolver en única instancia los procesos contenciosos administrativos que resulten de los contratos y negociaciones sobre autorizaciones y otorgación de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, de aguas, biodiversidad y su componente intangible asociado, así como de la autorización de la ejecución de actividades, obras y proyectos otorgados por la Autoridad Ambiental Competente;
- Conocer y resolver en única instancia procesos contenciosos administrativos respecto de actos y resoluciones administrativas que definan derechos en materia agraria, forestal, ambiental, de aguas, biodiversidad y su componente asociado, así como de las autorizaciones que otorgue la Autoridad Ambiental Competente;
- Conocer y resolver en única instancia procesos contenciosos administrativos respecto de actos y resoluciones administrativas que afecten o reviertan derechos de propiedad agraria respecto de predios que no cumplan la función económico-social, impliquen tenencia improductiva de la tierra o en los que exista sistemas de relaciones de servidumbre, esclavitud o semi esclavitud;
- Conocer y resolver en única instancia procesos contenciosos administrativos, respecto de resoluciones administrativas que sancionen el incumplimiento de la gestión ambiental y el uso no sostenible de los recursos renovables.

3. Brasil

El derecho a un medioambiente equilibrado es una garantía colectiva establecida en el art. 225 de la Constitución Política de 1988. El medioambiente es considerado patrimonio común de todos y, por tanto, cometido un ilícito ambiental, al Estado le compete reaccionar a fin de procurar la reparación del daño, pudiendo establecerse la responsabilidad administrativa, civil y penal del infractor.

Después de la creación del Consejo Nacional del Medio Ambiente, la responsabilidad por daño ambiental obtuvo más importancia dentro del marco jurídico con la Ley N° 9.605 del 12 de febrero de 1998, sobre las sanciones penales y administrativas derivadas de las conductas y actividades que dañan el ambiente.

Los tribunales encargados de conocer estas situaciones, son los ordinarios, ya sean civiles o penales. Sin embargo, existe una primera iniciativa de

juzgado ambiental establecida en la ciudad de en Cuiabá, creado el año 1996, a iniciativa del Tribunal de Justicia de Mato Grosso llamado Juzgado Volante Ambiental. Posteriormente, en 1997, el Tribunal de Justicia de Amazonas creó un juzgado ambiental y de cuestiones agrarias con competencia penal y civil, incluyendo también un Juzgado Volante Ambiental.

Desde el año 2005, la justicia federal posee en tres regiones juzgados federales ambientales de primera instancia: los juzgados ambientales y agrarios de Amazonas, Maranhao, Pará y Rondonia; el juzgado ambiental federal de Corumbá en Mato Grosso, especializado en derecho ambiental, indígena y agrario, sin perjuicio de otras competencias; y tres Juzgados semi especializados en derecho ambiental y agrario, creados por el Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, todos localizados en las tres capitales del sur del país, el de Curitiba en Paraná (de ejecución fiscal y de investigación penal), los de Florianópolis en Santa Catarina y Porto Alegre en Rio Grande do Sul (civiles y penales)¹⁰. Estos tribunales no son exclusivamente ambientales; se encargan de materias agrarias y también tienen una competencia residual en procesos civiles. En el caso del juzgado federal ambiental de Porto Alegre, como se señaló, es semi especializado en derecho ambiental y agrario, sin perjuicio de la competencia parcial residual civil.

Existen también juzgados itinerantes, a la manera del primer tribunal ambiental del mundo en Australia, desplazándose los jueces a lugares en los que se verifiquen daños a la naturaleza, a fin de cumplir tanto funciones jurisdiccionales como impartir educación ambiental a la comunidad. Por ejemplo, en 1997, el Tribunal de Justicia de Mato Grosso estableció el llamado Juzgado Volante Ambiental, con sede en Cuiabá.

En segunda instancia, existe una iniciativa novedosa y pionera en Río Grande do Sul, que semi especializó su Cuarta Cámara Criminal en el juicio de casos relacionados con delitos ambientales.

En virtud de la Resolución n° 240/2005, el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, consideró la relevancia del derecho ambiental equilibrado y la necesidad de asegurar el desarrollo económico y social y procedió a crear la Cámara Especial del Medio Ambiente. Ella está compuesta por cinco magistrados desembargadores que conocen de las causas ambientales.

¹⁰ El Poder Judicial y el Derecho ambiental en Brasil. Pasos de Freitas, Vladimir.

Dicha cámara resuelve recursos relacionados con acciones ambientales de naturaleza civil.

Esta Cámara tiene competencia respecto de los procesos de naturaleza civil, medidas cautelares que involucren intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos ligados al medioambiente, independientemente de la pretensión de la naturaleza constitutiva, declaratoria y de condena a indemnizaciones o a la obligación de hacer o no hacer. La competencia se extiende a las acciones de indemnización por daños personales, promovidas en virtud del Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como por los procesos sancionatorios administrativos y los procesos sobre cumplimiento de medidas necesarias para la preservación o corrección de las afectaciones o daños causados por la degradación de la calidad ambiental, de acuerdo a la Ley nº 6.938.

Se espera que, en el futuro, tal cámara asuma el juicio de los delitos ambientales estrechamente relacionados a las acciones civiles y administrativas, que no deban ser sometidos a magistrados de otras cámaras.

Asimismo, la Comisión Permanente del Medio Ambiente del Estado de Sao Paulo propuso el año 2012 la creación e instauración de juzgados ambientales en la capital y en las doce regiones del Estado, encargados de resolver conflictos ambientales de naturaleza cultural, artificial (sobre espacio urbano), salud ambiental y medioambiente natural ante conductas o actividades lesivas, sometiendo a los infractores a sanciones penales, obligaciones de hacer y reparar por los daños causados.

Por otra parte, de acuerdo a la Ley nº 126, de 2009, se dispuso la instalación hasta este año 2014 de 230 juzgados federales en Brasil con diversas competencias, 20 de los cuales deberán ser juzgados federales ambientales.

III. CORTES Y TRIBUNALES AMBIENTALES ESPECIALES E INDEPENDIENTES

1. Trinidad y Tobago

Ha establecido una corte especializada en asuntos ambientales, la Comisión de Medio Ambiente de Trinidad y Tobago (Environment Commission of Trinidad and Tobago), con competencia para conocer de las denuncias de

violaciones a la Ley de Gestión Ambiental (Environmental Management Act de 1995 y del 2000).

Esta Comisión está conformada por tres jueces con experiencia en temas ambientales, ingeniería y ciencias naturales y sociales. La Comisión tiene algunas limitaciones de jurisdicción, como la de no poder oír las quejas relativas a apelaciones por los solicitantes de un Certificado de Autorización Ambiental (Certificate of Environmental Clearance-CEC), las cuestiones relativas a la aplicación de las normas ambientales contenidas en la Ley de Gestión Ambiental y las apelaciones relativas a la designación de un área ambientalmente sensible.

Cualquier persona o grupo de personas puede iniciar una acción civil ante la Comisión de Medio Ambiente, por la violación de una obligación ambiental contemplada en la Ley de Gestión Ambiental. La acción no puede ser instituida hasta sesenta días después de la notificación de la infracción a la Ley de Gestión Ambiental y siempre que la autoridad no haya tomado acción legal.

La jurisdicción o competencias de la Comisión del Medio Ambiente, establecidas en la Ley de Gestión Ambiental (Environmental Management Act 2000), son las siguientes:

- Las apelaciones de las decisiones o acciones de la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente (EMA) como específicamente autorizado bajo la Ley de Gestión Ambiental;
- Las solicitudes de aplazamiento de las decisiones de la Autoridad Gestión del Medio Ambiente para llevar a cabo ciertas actividades de respuesta de emergencia, en virtud del artículo 25 de la Ley;
- Las solicitudes de aplazamiento de las resoluciones de la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente que establezcan “especies ambientalmente sensibles” o “zonas ambientalmente sensibles”, en el artículo 41 de la Ley;
- Solicitudes de la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente para la ejecución y cumplimiento forzado de cualquier Acuerdo de Consentimiento o cualquier orden administrativa final bajo la Sección 67 de la Ley;
- Evaluación administrativa civil en relación a daños y perjuicios, en virtud del artículo 66 de la Ley;

- Las apelaciones de la designación por la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente de “zonas ambientalmente sensibles” o “especies ambientalmente sensibles”, del artículo 41 de la Ley;
- Las apelaciones de las decisiones de la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente en virtud del artículo 36 de la Ley, en las que se niegue a expedir un certificado de autorización ambiental o el otorgamiento de tal certificado bajo ciertas condiciones;
- Las apelaciones relativas a la determinación de la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente de divulgar la información catalogada como un secreto comercial o información comercial confidencial bajo la sección 23 (3) de la Ley;
- Las reclamaciones presentadas por personas de conformidad con el artículo 69 de la Ley, también conocidas como acciones de partes directas;
- El recurso contra una orden administrativa emitida por la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente, bajo la sección 65 (2) de la Ley;
- Apelación cuando la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente ha dejado de cumplir con el requisito de la participación ciudadana, en virtud del artículo 28 de la Ley;
- El recurso contra la decisión de la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente que rechaza la reclamación en virtud del Certificado de Reglas de Autorización Ambiental de 2001, basado en que la información proporcionada en la solicitud es un secreto comercial o información comercial confidencial y, por tanto, debe ser excluido del Registro Nacional de Certificados de Autorización Ambiental ;
- El recurso contra la decisión de la Autoridad de Gestión del Medio Ambiente en relación a las reglas de contaminación acústicas, ya sea negándose a renovar una variación, revocar una variación, imponer las condiciones de una variación o rechazar una reclamación en que se sostiene que la información proporcionada en la solicitud es un secreto comercial o información comercial confidencial y debe ser excluido del Registro de Variación de Ruido;
- Las demás cuestiones que establezcan la Ley de Gestión Ambiental o cualquier otra ley escrita que entregue competencias a la Comisión.

2. Chile

Como se señaló al inicio de este artículo, en junio de 2012 entró en vigencia la Ley nº 20.600, la cual vino a crear tres tribunales ambientales

en Chile. Las características de estos órganos jurisdiccionales es que son independientes no sólo de los poderes Ejecutivo y Legislativo, sino, además, del propio Poder Judicial, es decir, no forman parte de este, sin perjuicio de quedar sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Asimismo, cada uno de los tres tribunales está integrado por tres ministros titulares, de los cuales dos deben ser abogados y uno científico, y dos ministros suplentes, uno abogado y otro científico. Duran en sus cargos seis años. Los candidatos deben ser profesionales que se hayan destacado en el ejercicio de sus profesiones o en la académica.

La forma de designación de los ministros es compleja, pues se inicia mediante un concurso de oposición de antecedentes ante el Servicio Civil. El Consejo de Alta Dirección Pública debe proponer, a la Corte Suprema, una nómina por cada cargo, compuesta por seis u ocho candidatos seleccionados. Aquella debe oír a los seleccionados en audiencia pública, para luego proceder a votar y formar una quina con las más altas mayorías y remitirla al Presidente de la República, quien procederá a designar a quien estime más apto, previo haber obtenido del Senado su acuerdo con un quórum de los tres quintos de los senadores en ejercicio.

Los tres Tribunales Ambientales tendrán asiento en cada una de las siguientes comunas del país, con la jurisdicción territorial que en cada caso se indica:

- a) Primer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Antofagasta, y con competencia territorial en las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, de Atacama y de Coquimbo.
- b) Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Santiago, y con competencia territorial en las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y del Maule.
- c) Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Valdivia, y con competencia territorial en las regiones del Biobío, de La Araucanía, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Respecto de la competencia de estos tribunales, el artículo 17 de la Ley nº 20.600 establece las siguientes:

Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad

ambiental y las normas de emisión, los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley N° 19.300.

- Conocer de las demandas para obtener la reparación del medioambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300.
- Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Autorizar las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3° de esa ley, y las resoluciones de la Superintendencia que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta.
- Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300.
- Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley.
- Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados.
- Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental.
- Conocer de los demás asuntos que señalen las leyes.

Respecto de la demanda por daño ambiental, el procedimiento se iniciará por demanda o por medida prejudicial. En ella sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de este a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente. En la audiencia, si es procedente, el Tribunal propondrá bases para la conciliación. Si esta no se produce, se recibirá la prueba de las partes. La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado.

Pueden ser partes en estos procedimientos, los organismos de la Administración del Estado, y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17.

Se establece la participación de la figura del Amicus Curiae, admitiéndolo tanto en la reclamación como la demanda por daño ambiental. De esta forma, cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias. La presentación de la opinión escrita no conferirá a quien la haya emitido la calidad de parte, ni le otorgará ninguna posibilidad de actuación adicional en el proceso.

El tribunal, con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, podrá decretar de oficio o a petición de parte, medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente.

En estos procedimientos, serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. Conocerá de la apelación, la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.

En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos de competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7) y 8) del artículo 17, procederá sólo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

CONCLUSIÓN

El panorama de la jurisdicción ambiental en nuestro América demuestra los progresivos avances que los Estados americanos han venido dando para garantizar no sólo los derechos de las personas y pueblos a un medioambiente libre de contaminación y el acceso a la justicia ambiental, sino también la preservación y conservación de la naturaleza en sí misma. De diversas formas y grados de avance, los Estados han incorporado y perfeccionado la institucionalidad ambiental, especialmente a través de órganos jurisdiccionales con competencias ambientales.

Sin perjuicio de ello, parece de la mayor conveniencia para el futuro de la justicia ambiental, concebir y crear instancias judiciales, integrantes de la judicatura ordinaria o especiales autónomas, con competencias exclusivamente ambientales y sobre materias afines. Lo anterior resulta conveniente si se considera que esta competencia reviste caracteres de gran complejidad y de análisis no sólo jurídicos, sino también, sociales, económicos, técnicos y científicos, por lo cual la integración de sus jueces o magistrados debe cumplir con exigencias de especial idoneidad, dedicación y especialidad. Asimismo, el respeto al principio del debido proceso en términos de un justo y racional procedimiento, así como el derecho al acceso al juez natural y a la justicia ambiental, hacen necesario

la concepción e instalación de tribunales ambientales especiales en los respectivos países.

Más aún y resultando concordante con lo anteriormente expresado, es posible afirmar que el ideal de órganos jurisdiccionales ambientales, es el de los modelos de tribunales especializados, independientes y de composición mixta, con competencias exclusivas y amplias, tanto en materias administrativas como civiles y eventualmente penales, salvo que el sistema de procesamiento penal tenga una organicidad y coherencia propias.

RECURSO DE PROTECCIÓN Y MEDIO AMBIENTE

WRIT OF PROTECTION AND ENVIRONMENTAL LAW

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN¹

Sumario: En el artículo se analizan las características que presenta en la actualidad la acción de protección en materia ambiental. Especialmente, su compatibilidad con el sistema jurisdiccional especializado ambiental.

Palabras clave: Derecho Ambiental. Recurso de Protección. Jurisdicción Ambiental.

Summary: In this article the features found in today's writ of environmental protection are analyzed. Especially, its compatibility with the jurisdictional environmental system.

Key words: Environmental law. Writ of Protection. Environmental.

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae.

1. NATURALEZA JURÍDICA CAUTELAR DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Como lo ha resaltado el Tribunal Constitucional (en adelante, indistintamente, el “TC”), al revisar el auto acordado que regula su tramitación, *“este recurso ha sido concebido por el constituyente como una acción cautelar de los derechos que la Carta Fundamental reconoce y asegura. Pretende ser una acción rápida y eficaz que restablezca el imperio del derecho y garantice la debida protección del afectado”*².

En palabras de la Corte Suprema (en adelante, indistintamente, la “CS”), *“el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio”*³. De esta forma, se trata de *“una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a menoscabos que se pueden experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de autoridades o particulares. Se estableció como mecanismo urgente para amparar un derecho indubitado, esto es, que no sea disputado para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado”*⁴.

Así, como se ha fallado, en general, *“la acción de amparo constitucional procede al existir un acto u omisión arbitrario o ilegal, esto es, carente de fundamento racional o contrario a la ley. Otro requisito exigido para su procedencia estriba en una conculcación de determinados derechos fundamentales que se busca proteger por esta vía, suficiente para provocar la actividad jurisdiccional, que se traducirá en la adopción de medidas destinadas a restablecer el imperio de esos derechos amagados o perturbados en su legítimo ejercicio y a dispensar protección a la persona agraviada. De este modo, si dicha afectación o conculcación de derechos no existe, en una relación causa-efecto con los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que se denuncian, o bien la Corte no se encuentra en situación de adoptar medida alguna para los efectos antes indicados, el recurso carecerá de su objetivo”*⁵.

² TC, Rol N° 1557/2009, 25 de noviembre de 2009, c. 30. Vid. Enrique Navarro B. y Carlos Carmona S., “Recopilación de jurisprudencia 1981-2011”, Cuadernos del TC, N° 45, 2011.

³ C.S, Rol N° 4755/2012, 26 de octubre de 2012, c.1°.

⁴ ICA de Santiago, Rol N° 5776/2012, 26 de junio de 2012, c. 2°.

⁵ C.S., Rol 1827/2010, 24 de mayo de 2010.

2. LA ILEGALIDAD COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA SU INTERPOSICIÓN

Desde los inicios de su vigencia, la Corte Suprema ha enfatizado que el recurso de protección “no tiene otro objetivo que el de mantener, como ya se ha notado, el statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren el orden jurídico”⁶. De esta manera, “atendida la naturaleza de este recurso, lo que se persigue es la mantención regular del orden jurídico, es decir, el tribunal debe realizar las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, como lo ha señalado la jurisprudencia respectiva de las Cortes del país, reparar de inmediato la juridicidad quebrantada”⁷.

Como consecuencia de lo anterior, “dada la naturaleza del recurso y el hecho de que deje subsistentes las vías legales que existan para discutir el asunto contenciosamente, debe tratarse de hechos ostensiblemente arbitrarios o ilegales, que pueden establecerse sumariamente en el procedimiento que para el efecto se ha establecido en el respectivo auto acordado”⁸.

En el caso específico del artículo 19 N° 8⁹, la acción de protección sólo es procedente, tratándose de una acción u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. De este modo, a partir de la reforma constitucional de 2005¹⁰, si bien se puede dirigir respecto de un acto u omisión, se ha limitado su ámbito de aplicación exclusivamente a la ilegalidad, “entendida así como todo acto contrario a la ley”. Por esta razón, la revisión acerca de la procedencia de esta particular acción de amparo

⁶ C.S, 7 julio 1980, RDJ 77, sec. 1ª, p. 53. Vid. Eduardo Soto Kloss, *Recurso de protección*, 1982. Más recientemente, Gastón Gómez B., *Derechos fundamentales y recurso de protección*, 2005.

⁷ Pueden citarse, entre otras, diversas sentencias de la CS, entre otras: 7 julio 1980, RDJ 77, sec. 1ª, p. 53; 21 julio 1983, RDJ 80, sec. 5ª, p. 153; 19 marzo 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 103; 17 mayo 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 178; 19 julio 1984, F.M. N° 308, p. 328; 16 abril 1985, RDJ 82, sec. 5ª, p. 72; 31 julio 1985, RDJ 82, sec. 5ª, p. 201; y 30 septiembre 1985, RDJ 82, sec. 5ª, p. 301.

⁸ C. S, 25 marzo 1982, RDJ 79, sec. 5ª, p. 12.

⁹ Enrique Navarro B., “El Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista Chilena de Derecho* 20, 1993, Tomo II, p. 595 y ss. Con posterioridad, Raúl Bertelsen R., “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, examen de 15 años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho* 25 N° 1, 1998, p. 139 y ss.

¹⁰ Enrique Navarro B., “Reformas constitucionales 2005”, *Revista de Derecho Público* 69, 2007, p. 17 y ss. Fue el senador Viera-Gallo quien presentó una indicación para eliminar la expresión “arbitrario”, de modo de mantener vigente, para la procedencia del recurso, sólo la exigencia de que se trata de un acto “ilegal” (Emilio Pfeiffer U., *Reformas constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 106).

“debe circunscribirse a la determinación de la existencia de un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, que vulnere el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”¹¹. Como ha señalado recientemente la Corte Suprema, “en esas condiciones el acto materia de los diversos recursos acumulados en autos sólo puede ser impugnado por ilegalidad y, en consecuencia, una acción de cautela de derechos fundamentales como las intentadas en la especie no puede sostenerse en la arbitrariedad del acto en cuya contra se dirige, desde que ha sido el propio constituyente quien ha rechazado este argumento como fundamento del recurso en lo que dice relación con esta específica causal”¹².

3. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN SUPONE LA AFECTACIÓN DE DERECHOS CONCRETOS Y NO HIPOTÉTICOS. AMENAZA SERIA Y REAL

Nuestro máximo tribunal ha insistido que aquel que pide protección o en cuyo favor se solicita debe estar privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de un derecho, vale decir, *“que aquel que lo impetra tenga el pleno y legal ejercicio de él, sin que pueda caber duda acerca de si lo tiene o no, pues de lo contrario la protección no sería un recurso sino un juicio y, todavía más, un juicio sumarísimo mediante el cual se declara la existencia de un derecho”¹³.*

Por ello, la Corte Suprema ha sentenciado que *“en las condiciones expresadas, no resulta posible el acogimiento del recurso, al no haber ningún acto que amague derecho alguno, y la presente cautela, por su propia naturaleza, es de derechos preexistentes y no discutidos, y se ha establecido para reprimir los resultados gravosos de actos u omisiones ya consolidados y no futuros, que pueden o no ocurrir y que pueden o no tener los efectos perjudiciales para los derechos de las personas en cuyo favor se dice recurrir. El recurso de autos tiene por base meras conjeturas basadas en el temor de*

¹¹ C.S., Rol N° 6397/2008, de 8 de enero de 2009.

¹² C.S., Rol N° 6563-2013, 17 de enero de 2014.

¹³ C.S., 25 julio 1984, F.M. N° 308, p. 339. Así, no es cualquier ejercicio de los derechos fundamentales el que se encuentra amparado por el recurso de protección, sino únicamente aquel que sea legítimo, esto es, cuyo ejercicio se realiza de acuerdo con el orden jurídico vigente, debiendo estar la víctima del agravio en una situación jurídica conforme a derecho (C.S., 17 octubre 1985, RDJ 82, sec. 5ª, p. 280; 26 mayo 1986, RDJ 83, sec. 5ª, p. 69; 25 agosto 1987, RDJ 84, sec. 5ª, p. 176; 24 septiembre 1987, RDJ 84, sec. 5ª, p. 295; 21 abril 1988, RDJ 85, sec. 5ª, p. 53; 15 septiembre 1988, RDJ 85, sec. 5ª, p. 299; y 19 octubre 1988. R., t. 85, sec. 5ª, p. 270).

*que se realicen determinados actos y los efectos que ellos pudieren producir*¹⁴. Por eso, uno de los requisitos principales de esta acción cautelar es “*la existencia de un derecho indubitado*”, desechándose la misma si “*el que se invoca no está definido ni determinado*”¹⁵.

Esto resulta fundamental, tratándose del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. En tal sentido, la Corte Suprema ha desechado una acción en la cual “*de la mera lectura del libelo interpuesto por los actores, se constata que no se explica en parte alguna cuáles son los elementos contaminantes que se generarán en el ambiente a consecuencia del proyecto aprobado por el acto administrativo que se recurre y que puedan constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental, tal como lo exige el constituyente y el legislador para la tutela jurisdiccional del referido derecho*”¹⁶.

En materia de amenaza a los derechos, la Corte Suprema ha sentenciado que “*para ser acogida requiere que se haya privado o amenazado al recurrente en el ejercicio de un derecho indubitado y al amparo de una garantía constitucional, circunstancia que no se encuentra demostrada en este caso*”¹⁷. En efecto, para la procedencia de la acción cautelar se requiere “*la existencia de una omisión en implementar mecanismos básicos para la prevención de riesgos por parte de la empresa propietaria del edificio en construcción; omisión que (...) en si misma encierra una amenaza seria, directa y actual para los derechos esenciales de los actores*”¹⁸.

Por eso, por ejemplo, recientemente la Corte Suprema rechazó un recurso de protección, estimando que “*no existe antecedente alguno en autos del que se desprenda que con motivo de dicho proyecto se verán conculcadas las garantías constitucionales de los habitantes del sector en el que dicha Central se ubicará*”¹⁹. Por eso, el máximo tribunal debe “*con los elementos acompañados a la causa*” el “*verificar si en el caso concreto existe una afectación los derechos constitucionales*”²⁰. Así también lo ha resaltado la doctrina²¹.

¹⁴ C. S., Rol N° 764/2002, 19 de junio de 2002.

¹⁵ C.S., Rol N° 1695/2008, 29 de abril de 2008. En el mismo sentido, C.S., Rol 3237/2008, 24 de julio de 2008.

¹⁶ C. S., Rol N° 6397/2008, 8 de enero de 2009.

¹⁷ C.S., Rol N° 2973/2012, 15 de junio de 2012.

¹⁸ C.S., Rol N° 7562/2008, 26 de enero de 2009.

¹⁹ C.S., Rol N° 6563/2013, 17 de enero de 2014.

²⁰ C.S., Rol 7099/2012, 23 de noviembre de 2012.

²¹ Eduardo Soto Kloss, *Recurso de protección*, 1982, ob. cit.

4. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN NO ES UNA ACCIÓN POPULAR. LEGITIMACIÓN ACTIVA

En tal sentido, carece de legitimación procesal para solicitar protección *“quien no demuestre un derecho fundamental comprometido”*²².

De esta forma, la legitimidad para obrar *“no constituye un requisito meramente formal, sino que importa una calidad sustancial que es consecuencia de los derechos que emanan de las acciones que se ejercitan en el recurso”*²³. En otras palabras, para que sea procedente esta acción *“es indispensable que quien la utiliza tenga el derecho a ella mediando un interés personal concreto actualmente comprometido, en forma que la restauración de ese derecho resulte posible y efectiva”*²⁴. Debe existir, por tanto, un *“interés directo e inmediato en la protección de la garantía que se invoca”*²⁵.

De esta forma, resulta evidente que la acción de protección no es una acción popular o general, *“sino una acción dirigida a proteger un lesionado concreto, específico, individualizado, víctima de un acto u omisión ilegal o arbitrario, ya perturbándolo, ya amenazándolo, en el ejercicio legítimo de un derecho reconocido en la propia Constitución. No se trata, en fin, de un recurso establecido para la sola vanguardia de un ordenamiento dado”*²⁶. Siempre es necesario que *“la persona titular del derecho sea cierta o probable en el momento de hacerse efectiva la amenaza”*²⁷.

Como consecuencia de lo anterior, se ha desechado una acción puesto que *“desde este punto de vista no cabe duda que la acción así ejercida corresponde, en cuanto a sus características, a una de tipo “popular”, desde que no existe en los antecedentes expuestos por el recurrente una singularización más o menos determinada de aquellas*

²² C.S., 27 abril 1989. RDJ 86, sec. 5ª, p. 20; 17 enero 1991. RDJ 87, sec. 5ª, p. 210; 8 octubre 1991. RDJ 88, sec. 5ª, p. 110.

²³ C.S., 15 octubre 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 240; 27 abril 1989, RDJ 86, sec. 5ª, p. 20; y 19 julio 1989. RDJ 86, sec. 5ª, p. 121.

²⁴ C.S., 2 junio 1981, RDJ 78, sec. 5ª, p. 77; 7 junio 1982., RDJ 78, sec. 5ª, p. 311; 29 julio 1982, RDJ 79, sec. 5ª, p. 135; 19 diciembre 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 232.

²⁵ C.S., Rol 7677/2013, 7 de enero de 2014. En el mismo sentido, C.S., Roles 9464/2009, 4777/2011, 8213/2011 y 2463/2012.

²⁶ C.S., 25 abril 1983. RDJ 80, sec. 5ª, p. 34; 24 mayo 1983, RDJ 80, sec. 5ª, p. 107; 15 marzo 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 51; 9 agosto 1984, F.M. N° 309, p. 393; 19 diciembre 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 232; 19 agosto 1987, RDJ 84, sec. 5ª, p. 162; 19 julio 1989, RDJ 86, sec. 5ª, p. 121; y 19 julio 1989, RDJ 86, sec. 5ª, p. 121.

²⁷ CS., Rol 2186/2001, 30 de agosto de 2001.

personas que se verían afectadas por la acción supuestamente arbitraria e ilegal que se le imputa a los recurridos. Que constituye un presupuesto para ejercer la presente acción cautelar que exista un interés actual comprometido que se pueda ver amagado por una conducta que se estima ilegal o arbitraria, interés que en el presente caso no se encuentra determinado, por lo que el presente recurso de protección no podría prosperar. Refuerza lo anterior la circunstancia que esta acción cautelar, como lo ha fallado invariablemente este Tribunal, no constituye una acción de tipo popular”²⁸.

Igualmente, se ha sentenciado que *“el recurso de protección contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República se concede al que por actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías allí indicadas, lo que importa que esta acción requiere de un interés directo e inmediato de parte de una persona específica y determinada, un agraviado concreto en el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que este recurso no constituye una acción popular, que cualquiera pueda interponer ante los tribunales defendiendo intereses de grupos o personas indeterminados de la sociedad. El recurrente no ha acreditado que tenga mandato para efectuar las peticiones que realiza (...) y, aun cuando el recurso de protección puede ser interpuesto por el propio afectado o por cualquiera a su nombre, debe ser deducido por persona hábil para ello y además con la anuencia o asentimiento de quienes sufren el agravio e individualizar a cada uno de los que recurre, por lo que el actor carece de legitimación procesal activa para comparecer y requerir protección respecto de las organizaciones antes señaladas”²⁹.*

En materia ambiental, ha señalado más recientemente la Corte Suprema que *“para la procedencia de la acción cautelar de protección es menester que exista un perjudicado o agraviado, esto es, alguna persona que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de...”*, requisito que en la especie no concurre, puesto que una persona jurídica, como lo es la recurrente, no es susceptible de verse afectada por la vulneración de las garantías que en este caso preciso se han invocado, por cuanto una persona jurídica no puede por su propia naturaleza ver afectada su vida o ser víctima de alguna forma de contaminación que no incida directamente en su giro, proceso productivo o patrimonio, como su competencia o funciones, en su caso. Y en lo que se refiere al propio recurrente, quien se declara agraviado porque tiene su domicilio en el sector de Cara pangué *“próximo a tres kilómetros al sur del lugar de emplazamiento del proyecto”*, no ha demostrado de qué manera el depósito de cenizas en cuestión puede ocasionarle

²⁸ C.S., Rol 9464/2009, 24 de mayo de 2010.

²⁹ C.S., Rol N° 1.577/2011, 6 de abril de 2011.

un detrimento a sus derechos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, atendido que no existe antecedente alguno en los autos para demostrar que la acción del viento norte pueda llevar las cenizas desde el lugar de emplazamiento de la obra hasta esa distancia”³⁰.

En concordancia con lo anterior, la Corte Suprema ha fallado que *“una persona jurídica, como lo es la recurrente, no es susceptible de verse afectada por la vulneración de la garantía que en este caso preciso se ha invocado; esto es, una persona jurídica no puede, por su propia naturaleza, verse afectada por alguna forma de contaminación”³¹.*

Para accionar en este tipo de materias, se exige la concurrencia de un interés actual, legítimo y razonable por parte de quien inicia la correspondiente acción, interés que debe entenderse como *“una lesión personal o del grupo que demandado por quien se demanda, única forma de poner pronto remedio al mal que amenaza o aqueja”*. De este modo, *“ni la importancia, objeto o alcance de la materia reclamada, ni aun la justicia de la pretensión, pueden alterar o sustituir la antes aludida exigencia”*. Así las cosas, *“al no estar determinadas las personas o grupo en favor de las cuales los recurrentes han presentado el amparo constitucional, resulta imposible establecer el interés de quienes se dice afectados por los actos que se atribuyen a la recurrida, lo que –como se dijo– constituye un presupuesto esencial de la acción que se deduce, al no poderse constatar la existencia de alguna amenaza o lesión concreta a un interés actual, legítimo y razonable que amerite que esta Corte adopte alguna medida cautelar en su beneficio”³².*

De este modo, en relación a la falta de legitimación activa, se ha puntualizado que *“la acción constitucional de protección tal como lo argumenta la recurrida no es una acción popular, sino que, según se establece en la Carta Fundamental y en el Auto*

³⁰ C.S., Rol 4755/2012, 26 de octubre de 2012. De igual forma, ya se había sostenido que *“para la procedencia de la acción cautelar de protección es menester que exista un perjudicado o agraviado, esto es, alguna persona que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de...”*, requisito que en la especie no concurre, puesto que una persona jurídica, como lo es la recurrente, no es susceptible de verse afectada por la vulneración de las garantías que en este caso preciso se han invocado, por cuanto una persona jurídica no puede, por su propia naturaleza, ver afectada su vida o ser víctima de alguna forma de contaminación. Que como se advierte en el recurso no se individualiza a ninguno de los supuestos afectados por los actos que motivan su interposición, circunstancia que resulta necesaria para efectos de la presente acción cautelar, ya que no se trata de una acción popular y que las garantías que se dicen conculcadas deben referirse o afectar a alguna persona en particular, desde que la norma constitucional referida usa los términos “El que...”, lo que implica la identificación de al menos un afectado. Que de acuerdo con lo antes reflexionado y en armonía con los antecedentes recopilados, el recurso de autos no puede prosperar y debe ser desestimado”. (CS, Rol N° 4777/2011, 6 de octubre de 2011).

³¹ C.S., Rol 1117/2012, 25 de abril de 2012.

³² C.S., Rol 14.937/2013, 31 de enero de 2014.

*Acordado de esta Corte sobre la materia, puede ser deducida por cualquier persona natural o jurídica en nombre del o los afectados, debiendo para ello expresarse en forma precisa y determinada a nombre de quién o quiénes se recurre, lo que se constata en la especie*³³.

En otro caso, se expresa que *“en el caso de autos los actores carecen de legitimación activa para accionar de protección toda vez que ambos se domicilian para estos efectos en la ciudad de Iquique, distante más de cincuenta kilómetros hacia el Sur del lugar en que funcionarían las termoeléctricas, de manera que no son personalmente afectados por las resoluciones impugnadas(...) cabe señalar en primer término que la acción de protección no es una acción popular, de manera que resulta indispensable la individualización de los afectados por quien se interpone y, enseguida, que tales comunidades se ubican a gran distancia del lugar en que se emplazarán y funcionarán las centrales, (...) de manera que tampoco puede entenderse que sean afectados por las resoluciones que son materia de autos*³⁴.

5. LA ACCIÓN DEBE DIRIGIRSE CONTRA LA PERSONA QUE HA CAUSADO EFECTIVAMENTE LOS SUPUESTOS ACTOS ILEGALES

En tal sentido, se ha rechazado una acción dirigida contra una persona al existir falta de legitimación pasiva *“toda vez que como persona natural no ha incurrido en ningún acto ni emitido resolución alguna que afecte o vulnere alguna garantía del recurrente*³⁵. Porello, debe dirigirse respecto del que efectivamente ha ocasionado los hechos contrarios a la Carta Fundamental³⁶.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema en estos días, rechazó una acción en atención a que *“en el caso de autos los antecedentes aportados por las partes y los que ha hecho acompañar el tribunal, principalmente las inspecciones practicadas por la autoridad con competencia ambiental, ponderados conforme a las reglas de la sana crítica, no son suficientes para acreditar en esta sede cautelar que la recurrida haya desplegado una conducta arbitraria o ilegal, puesto que más allá de las deficiencias en el manejo de la instalación, se ha visto que el funcionamiento del relleno sanitario no produce en la actualidad olores molestos que se perciban*

³³ C.S., Rol N° 2463/2012, 11 de mayo de 2012.

³⁴ C.S., Rol N° 8213/2011, 18 de octubre de 2011.

³⁵ ICA de Santiago, Rol 35.338/2012, 21 de enero de 2013.

³⁶ ICA de Santiago, Rol 28.333/2013, 11 de octubre de 2013.

en los inmuebles aledaños. Tampoco se encuentra suficientemente justificado de un modo objetivo que otras posibles o supuestas falencias del proyecto afecten la vida o la integridad física o psíquica de las personas que pueden vivir cerca del relleno sanitario, ni que la situación constatada pueda revertirse por la sola modificación de las condiciones climáticas, de modo que lo que se sostiene sobre esa base no ha sido debidamente comprobado. Menos todavía considerando que se evidencia de autos que las autoridades ambientales han tomado la iniciativa de fiscalizar permanentemente el funcionamiento del relleno sanitario”, concluyendo que “por consiguiente, si no consta que la recurrida haya afectado las garantías invocadas por los recurrentes por no haberse establecido las actuaciones planteadas para fundamentar la acción cautelar, el recurso no puede prosperar”³⁷.

6. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEBE PRESENTARSE DENTRO DEL PLAZO DE TREINTA DÍAS

Sabido es que el plazo para interponer el recurso de protección es de treinta días hábiles, lo que debe interponerse razonablemente, pues de lo contrario dicha acción no tendría plazo, como lo ha señalado la Corte Suprema³⁸. El Auto Acordado señala expresamente que debe interponerse “*dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de estos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos*”³⁹.

Como lo ha sentenciado reiteradamente dicho máximo tribunal, “*el plazo para recurrir de protección es objetivo, sin que pueda quedar librado a la voluntad de las partes*” y es que “*estimar lo contrario llevaría a dejar entregado a los particulares o recurrentes la fijación del mencionado plazo, lo que resulta impropio, pues este debe ser objetivo*”⁴⁰. De esta manera, el mencionado plazo “*tiene carácter objetivo, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes (...) estimarlo de otra forma, importaría en la práctica, entregar a los particulares o recurrentes la posibilidad de determinar dicho término, lo que resulta inapropiado por todo lo señalado, esto es, su*

³⁷ C.S., Rol 105/2014, 5 de marzo de 2014.

³⁸ C.S., Rol 1853/2005, 30 de mayo de 2005.

³⁹ Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección, Artículo N° 1. Vid. Enrique Navarro B., “35 años del recurso de protección”, *CECOCH* 10 N° 2, 2012, p. 617 y ss.

⁴⁰ C.S., Rol 3923/2003.

*naturaleza objetiva, circunstancia que posibilita que haya certeza jurídica en cuanto a las fechas pertinentes*⁴¹.

Específicamente, en materia ambiental, la Corte Suprema desechó una acción, habida consideración que los actos administrativos *“se verificaron en el mes de noviembre del año 2008, por lo que no resulta procedente que ahora se denuncien por medio de las acciones constitucionales de protección presentadas en junio de 2011, es decir, más de dos años después de verificadas, por cuanto ello va en contra del plazo establecido para impetrar medidas de cautela y además porque deja en evidencia la falta de urgencia en la necesidad de protección si se esperó que el procedimiento llegase a su fin para impugnar los actos anteriores”*⁴².

7. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN NO ES LA VÍA IDÓNEA PARA DEJAR SIN EFECTO RESOLUCIONES AMBIENTALES, EXISTIENDO PARA TAL EFECTO UNA INSTITUCIONALIDAD ESPECÍFICA

Las expresiones *“sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”*, contenidas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, *“no pueden significar que el recurso de protección sea sucedáneo de cualquiera otra acción judicial ni que él pueda ejercerse sin limitación alguna, más aún cuando las leyes contemplen para casos específicos instancias y recursos claramente determinados”*⁴³.

En un caso, por ejemplo, la Corte Suprema ha cuestionado que *“a través del presente recurso se pretende que los Tribunales de Justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la Corema Xª Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la resolución de calificación ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8º del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad)*

⁴¹ ICA de Santiago, Rol 7424/2009.

⁴² C.S. Rol 10.220/2011, 4 de abril de 2012.

⁴³ C.S., 5 de junio de 1984, FM 307, p. 288.

y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la Carta Fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo”⁴⁴.

Se ha sentenciado que *“no se puede perder de vista que esta acción constituye una medida de tutela urgente consagrada para dar remedio pronto y eficaz a los atropellos que sufra el ciudadano en sus derechos constitucionales producto de una acción u omisión que a todas luces sea ilegal y arbitraria, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente, otorgando una tutela efectiva a los recurrentes”*. Enfatizando que *“tanto los recurrentes como cualquier otro particular puedan incoar (...) las acciones que estimen pertinentes ante la autoridad o el Tribunal Ambiental correspondiente, tanto para obtener la revocación de la RCA del proyecto (...) o para constatar si se mantienen o no las variantes ambientales vigentes al momento de aprobar el proyecto”⁴⁵.*

En materia de sometimiento a ciertos estudios, se ha puntualizado que *“conforme los antecedentes que se han entregado e incorporados a este procedimiento puede advertirse que los recurridos cumplieron con someter el proyecto a una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y no a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), por cuanto los trabajos a realizar en el espacio público así lo ameritaban en la medida que el proyecto no se encuentra en ninguna de las hipótesis que recoge el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300. Advirtiéndose también por su parte que de conformidad al Informe Técnico Mitigación de Externalidades Proyecto Ferroviario Nos Express, evacuado por la Dirección de Aseo y Ornato de la Municipalidad de San Bernardo, esta se encontraba consciente y en conocimiento de la intervención”*. Agregándose que *“así las cosas, el Proyecto Rancagua Express cuenta con las autorizaciones pertinentes para su ejecución y dentro de este entendido y del mérito de los antecedentes, no puede desprenderse la existencia de un acto u omisión arbitraria o ilegal que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio del derecho constitucional esgrimido como vulnerado por el recurrente, y siendo el recurso de protección de naturaleza excepcional y eminentemente cautelar, necesariamente debe ser rechazada la acción impetrada”⁴⁶.*

Por su lado, se ha sentenciado este mismo año por los tribunales superiores de justicia que *“en contra de la resolución que ponga fin al procedimiento de*

⁴⁴ C.S., Rol 1853/2005, 30 de mayo de 2005.

⁴⁵ C.S., Rol 5339/2013, 25 de septiembre de 2013.

⁴⁶ ICA de San Miguel, Rol 160/2013, 10 de enero de 2014.

evaluación ambiental iniciado mediante un Estudio de Impacto Ambiental el interesado puede recurrir ante un órgano creado especialmente al efecto”. Concluyendo que “en consecuencia, sólo cabe concluir que el acto impugnado mediante los recursos de protección acumulados en autos por la amplitud con que fueron ponderados los antecedentes del proyecto no puede ser calificado de ilegal, como lo pretenden los solicitantes de cautela fundamental, pues ha sido dictado en ejercicio de las facultades entregadas expresamente al Comité de Ministros, el que, en consecuencia, puede revisar no sólo el apego a la legalidad de la decisión contenida en la Resolución de Calificación Ambiental N° 138 sino que, además, cuenta con atribuciones suficientes para disponer la ejecución de medidas de mitigación o compensación como las que efectivamente adoptó, circunstancia que conduce a concluir que las acciones de protección no pueden ser acogidas por este particular”⁴⁷.

Por lo mismo, se ha rechazado una acción de protección si existe un proceso de evaluación ambiental en relación a los actos a que se refiere el recurso⁴⁸.

BIBLIOGRAFÍA

Bertelsen Repetto, Raúl, “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, examen de 15 años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho* 25 N° 1, 1998, p. 139 y ss.

Gómez Bernaldes, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, 2005.

Navarro Beltrán, Enrique y Carmona Santander, Carlos, “Recopilación de jurisprudencia 1981-2011”, *Cuadernos del TC*, N° 45, 2011.

Navarro Beltrán, Enrique, “El Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista Chilena de Derecho* 20, 1993, Tomo II, p. 595 y ss.

Navarro Beltrán, Enrique, “Reformas constitucionales 2005”, *Revista de Derecho Público* 69, 2007, p. 17 y ss.

Navarro Beltrán, Enrique, “35 años del recurso de protección”, *CECOCH* 10 N° 2, 2012, p. 617 y ss.

⁴⁷ C.S., Rol 6563/2013, 17 de enero de 2014.

⁴⁸ C.S. Rol 14.937/2013, 31 de enero de 2014.

Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Reformas constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 106.

Soto Kloss, Eduardo, *Recurso de protección*, 1982.

DERECHO DE LA SOSTENIBILIDAD

LAW OF SUSTAINABILITY

ALEJANDRO CANUT DE BON L.¹

Sumario: En el Derecho Comparado se está empleando cada vez con mayor frecuencia y fuerza el concepto de *Derecho de la Sostenibilidad*. El objetivo de este trabajo es triple. Primero, presentar este concepto, y procurar determinar en líneas muy generales su contenido. Segundo, referirnos a las dos principales filosofías que se esconden detrás del Desarrollo Sostenible, para así procurar aclarar el sentido y alcance que podría llegar a tener el Derecho de la Sostenibilidad. Tercero, presentar en dicho marco algunos conceptos jurídicos y otros no jurídicos que se utilizan al hablar de Sostenibilidad, destacando la importancia de ir precisando sus contenidos, para poder potenciar la búsqueda de entendimientos (entre esos conceptos, uno bastante novedoso, de *Right of Nounse*).

Palabras clave: Medio Ambiente. Principios. Sostenibilidad.

Summary: In Comparative Law it is being used with increasing frequency and force the concept of “Law of Sustainability”. The aim of this paper is threefold. First, to present this concept, and seek to identify it in a very general content. Second, refer to the two main philosophies that lie behind the Sustainable Development in order to try to clarify the meaning and scope that could potentially have the Law of Sustainability. Third, present in that framework some legal and other non-legal concepts that are used when talking about sustainability, highlighting the importance of specifying its content, to enhance the search for understandings (between these concepts, a quite novel, Right of Nounse).

Key words: Environment. Principles. Sustainability.

¹ Abogado, magíster en Natural Resources Law, Universidad de Denver, USA; M.B.A., Universidad de Chile; magíster en Derecho Minero, y candidato a Magíster en Humanidades, Universidad Adolfo Ibáñez.

I. PRESENTANDO EL CONCEPTO

La humanidad ha asumido como paradigma la búsqueda del Desarrollo Sustentable o Sostenible², y ello ha generado una serie de principios y normas jurídicas nuevas, al punto que en otras latitudes se ha empezado a hablar de una rama o disciplina jurídica también nueva, conocida como Derecho de la Sostenibilidad. Se trata, en el fondo, de un conjunto de normas que tienden a un solo propósito, cual es propender a una sociedad sostenible en el tiempo. En otras palabras, una sociedad —una forma de vida— que pueda prolongarse indefinidamente.

Como sabemos, la Sostenibilidad comprende disciplinas de naturaleza muy diversas, que van desde aquellas que tienden al cuidado y mantenimiento de los ecosistemas naturales, a aquellas que buscan introducir cambios en la conducta individual y colectiva en pos de una sociedad más justa y más gobernable. Estas disciplinas están produciendo un cambio importante en la sociedad, el que ha repercutido —como suele ocurrir— también en el campo jurídico, dando lugar a modificaciones en diferentes ramas ya existentes del Derecho.

Estas modificaciones en el Derecho pueden ser consideradas de manera aislada, como modificaciones en el Derecho Ambiental, o Derecho Económico, o Derecho Laboral, por ejemplo, pero también pueden ser consideradas de manera conjunta o global, dado que obedecen a un mismo factor exógeno: al Desarrollo Sostenible.

Y es quizás por esto último que algunos autores en el Derecho Comparado han empezado a hablar del Derecho de la Sostenibilidad, como una disciplina nueva e independiente en el Derecho³.

II. UN POCO DE HISTORIA (1962-1972-1983-1992-2002-2012)

Desde que en 1962 Rachel Carson publicó su famoso libro *La primavera silenciosa*, despertando la preocupación por la salud y estado del planeta,

² El concepto “Sostenibilidad” deriva del concepto “Desarrollo Sostenible” (sinónimo este último de “Desarrollo Sustentable”).

³ En este sentido ver, por ejemplo, artículos del profesor Gabriel Real Ferrer, Director del Programa de Doctorado de Derecho Ambiental, de la Universidad de Alicante, España.

diversos organismos e instituciones internacionales primero, y nacionales posteriormente, fueron produciendo presión a favor de los temas ambientales.

Diez años más tarde, en 1972, en Estocolmo, tomó lugar la Primera Cumbre de la Tierra. Y poco más de diez años después, en 1983, las Naciones Unidas creó la Comisión de Medioambiente y Desarrollo, la que recibió de inmediato el encargo de hacer un informe sobre la materia. Dicho informe, titulado “Nuestro Futuro Común”, se presentó cuatro años después a la Asamblea de las Naciones Unidas, acuñando el término de “Desarrollo Sustentable”, en el sentido del “desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”.

Dicho concepto se popularizó y propagó con la fuerza de un incendio. Para 1992 tuvo lugar la Segunda Cumbre de la Tierra (Cumbre de Río), y en el 2002 se efectuó la Tercera Cumbre de la Tierra (en Johannesburgo, Sudáfrica), para terminar el 2012 con la Cuarta Cumbre (Río + 20, en Río de Janeiro nuevamente).

En todas ellas, con más o menos éxito, se ha procurado alcanzar acuerdos internacionales que tiendan a la concreción del Desarrollo Sostenible, buscando siempre un equilibrio de las tres distintas partes que constituyen lo que se denomina el *triple bottom line* del concepto: la dimensión ambiental, la económica y la social.

Destacan en ese marco los veintisiete principios fundamentales proclamados en la Declaración de Río (1992), que resumen en gran medida el contenido del Desarrollo Sostenible⁴.

⁴ Estos veintisiete principios son (resumidos): **1.** Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. **2.** Los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados. **3.** El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. **4.** A fin de alcanzar el Desarrollo Sostenible, la protección del medioambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. **5.** Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del Desarrollo Sostenible. **6.** Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países más vulnerables desde el punto de vista ambiental. **7.** Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la

En términos prácticos, la implementación del Desarrollo Sostenible se ha traducido en esos veintisiete principios, y también en la búsqueda del cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, conocidos como Objetivos del Milenio, que son —en resumen— ocho compromisos o propósitos de desarrollo humano que fueron fijados en el año 2000, en una cumbre internacional efectuada en Nueva York, denominada Cumbre del Milenio. En dicha cumbre, las 189 naciones que son parte de la ONU, acordaron hacer sus mejores esfuerzos para cumplir estas ocho metas antes del año 2015. Estos compromisos dicen relación principalmente con la erradicación de la pobreza y el hambre, cobertura de educación primaria

integridad del ecosistema de la Tierra. Los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. **8.** Para alcanzar el Desarrollo Sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas. **9.** Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el Desarrollo Sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos. **10.** El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados. **11.** Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medioambiente. **12.** Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el Desarrollo Sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. **13.** Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación. **14.** Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave. **15.** Con el fin de proteger el medioambiente, los Estados deberán aplicar el criterio de precaución conforme a sus capacidades. **16.** Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales, y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la descontaminación. **17.** Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional. **18.** Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medioambiente de esos Estados. **19.** Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos. **21.** Debería movilizarse la creatividad y los ideales de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el Desarrollo Sostenible. **22.** Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medioambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. **23.** Deben protegerse el medioambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación. **24.** La guerra es, por definición, enemiga del Desarrollo Sostenible. **25.** La paz, el desarrollo y la protección del medioambiente son interdependientes e inseparables. **26.** Los Estados deberán resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medioambiente con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. **27.** Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del Desarrollo Sostenible.

universal, igualdad de género, reducción de la mortalidad infantil, control del VIH/SIDA y otras enfermedades, como así también cuidado de la diversidad biológica y acceso a agua potable y servicios básicos, entre otros.

En otras palabras, principios y objetivos comunes y generales, a los que todo Estado naturalmente debería propender. Desde esta última perspectiva, es posible afirmar que mientras algunos de estos principios y objetivos son novedosos, y dicen relación con la naciente preocupación ambiental, otros encuentran su consagración sólo como una forma de remarcar su ya conocida importancia. En resumen, se trata de una verdadera jerarquización de valores y metas acordadas a nivel internacional, que procuran en pos del bien general marcar las agendas de los países a nivel nacional.

Como sea, el Desarrollo Sostenible se ha transformado en una auténtica revolución cultural, a la que ha seguido un cambio en el Derecho. En su esencia, instrumentos jurídicos nuevos, a nivel nacional e internacional, tendientes al cumplimiento, entre otras cosas, de estos veintisiete principios y de estos ocho objetivos.

III. DETERMINANDO EL CONTENIDO DEL DERECHO DE LA SOSTENIBILIDAD

Sin duda, la primera rama del Derecho que se vio impactada por esta revolución cultural que ha significado el Desarrollo Sostenible, fue el Derecho Ambiental. Es más, su nacimiento mismo, como disciplina independiente, se debe en gran parte a esta revolución —incluso anterior— originada por la “primavera silenciosa”. Y es lógico. Después de todo podemos decir que la preocupación por el tema ambiental está en el origen del concepto mismo de la Sostenibilidad. Es más, lo ambiental fue el primer desafío de la humanidad en términos globales. Pero si ello parte en la década de los '60, toma impulso en la de los '70 y se desarrolla a partir de los '80, es claro que al término de esta última década —con el informe “Nuestro Futuro Común”— se incorporarían en el concepto de la Sostenibilidad, además, los desafíos económicos y sociales globales, y con ello vendrían cambios en otras ramas del Derecho. En otras palabras, la noción de Sostenibilidad nace desde sus inicios ampliada a otras arenas más allá de la ambiental y, por lo mismo, no se ha limitado al Derecho Ambiental solamente.

En efecto, si la influencia en el Derecho Ambiental se tradujo en asegurar un cuidado del entorno primero, y en procurar después condiciones básicas para la vida en el planeta, la influencia económica y social que vendría posteriormente (a partir de los '90) tuvo que ver con la inclusión de grupos sociales, con evitar la marginalidad, con asegurar modelos de gobernanzas y, en general, con el cumplimiento de los objetivos del milenio, ya señalados. En otras palabras, como se ha dicho, con una suerte de priorización a nivel nacional de una serie de valores de consenso fijados internacionalmente.

En resumen, no se trata sólo ya de asegurar la diversidad de la flora y fauna, sino que es también parte del Desarrollo Sostenible el respeto a principios y políticas que aseguren la dignidad de la vida humana, en el sentido que lo entiende principalmente la cultura occidental. Desde esa perspectiva, la Sostenibilidad es una consecuencia de la globalización —que escapa a lo ambiental— y no puede entenderse sin ella.

Todo lo anterior ha producido cambios en muchas ramas y subramas del Derecho. Por lo pronto y desde un inicio, como ya se señaló, en el Derecho Ambiental y en el Derecho de los Recursos Naturales en general. Pero también en el Derecho Económico, en el Derecho Laboral, en los Derechos Humanos, en el Derecho Indígena, por nombrar algunas otras disciplinas.

Ahora bien, estos cambios han encontrado desde hace ya años dos interpretaciones diferentes. Una acotada y otra ampliada. Una que busca implementar cambios graduales en la sociedad y para ello en las disciplinas y ramas del Derecho, y otra que busca cambiar profundamente la forma en que entendemos la Economía y la naturaleza en general. A esto nos referiremos a continuación.

IV. ALGUNOS PARADIGMAS QUE DEBERÁN RESOLVERSE A NIVEL GLOBAL PARA EL MEJOR ENTENDIMIENTO DE LA SOSTENIBILIDAD Y DEL DERECHO DE LA SOSTENIBILIDAD

La comunidad internacional ha logrado consensuar los veintisiete principios y ocho objetivos señalados, los que han servido —entre otros acuerdos— para darle un cuerpo algo más definido y concreto a la Sostenibilidad. La doctrina ha hecho además su parte, fijando ese *triple buttom line* al que ya nos referimos. Sabemos, entonces, en términos teóricos y generales qué debemos entender por Sostenibilidad.

Pero conforme se ha avanzado en este tema, han ido apareciendo diferencias y controversias en cuanto a su verdadero sentido y alcance. Diferencias y controversias que se entienden de mejor manera si se comprenden los paradigmas que subyacen a las diversas interpretaciones que inspiran la Sostenibilidad. En las próximas líneas, nos referiremos a los dos principales paradigmas, que en sus extremos procuran explicar la Sostenibilidad, y comentaremos algunas de las diferencias que a modo de consecuencia dichos paradigmas producen.

En lo más profundo del concepto de la Sostenibilidad, coexisten —observándose desde los extremos— dos visiones diferentes. Por un lado, una visión basada en el antropocentrismo, la cual pone a la raza humana en el centro de toda la naturaleza. Puede aceptar diversas sub-visiones, pero estas coinciden en algunos aspectos que son de su esencia. Entre ellos, el más importante, que la naturaleza, es decir la flora y la fauna, está al servicio del ser humano y este puede utilizarla. El hombre debe cuidar la naturaleza, debe evitar su degradación, pero no por ello le reconoce derechos. Lo importante es asegurar la sostenibilidad de la vida humana. Que ello implique, como mera consecuencia, cuidar equilibrios en el medioambiente y propender a asegurar la subsistencia de otras especies por ejemplo; no quiere decir que el hombre haya perdido su sitio ubicado al centro de todo cuanto existe. Por otro lado, en el otro extremo, una visión ecocéntrica o biocéntrica, para la cual el hombre es sólo un animal más. Un animal racional, pero un animal más. Uno que cuenta con la peligrosa capacidad de manipular el medio que lo rodea, y por lo mismo con el deber, la obligación, de respetar los demás animales y en general los sistemas en que está inmerso. De acuerdo a esta segunda visión, no tenemos derechos especiales en relación a las demás especies con las que compartimos la naturaleza.

Es fácil comprender que estas dos visiones tienen profundas raíces filosóficas e incluso religiosas. La idea de un hombre, como única especie creada a imagen y semejanza de un ser superior, coincide bastante bien con la primera de estas dos visiones. Por el contrario, la idea de un biocentrismo va más de la mano con el panteísmo de los pueblos originarios. Desde esta última perspectiva, la cultura occidental es, por cierto, bastante más antropocéntrica que biocéntrica y, por consecuencia, lo es también su Derecho.

Este punto, que puede parecer altamente filosófico, y por lo mismo sólo teórico, se manifiesta en aspectos concretos y prácticos de la Sostenibilidad y de la forma en que diversos grupos pretenden se plasme esta en el Derecho.

Así, por ejemplo, la idea entera que se desprende de la Ecología Profunda (Deep Ecology), del noruego Arne Naess⁵, es totalmente biocéntrica. Implica reconocer un valor intrínseco a todos los seres vivos y, en general, en la diversidad existente en el planeta. Denominan a esto como “igualdad biocéntrica”, y alegan que esta es absolutamente independiente del valor o la utilidad que los demás animales o sistemas puedan ofrecer al ser humano. Diversos grupos que coinciden o comparten esta visión, buscan cambios legislativos y se oponen a las evaluaciones ambientales y al uso de los recursos naturales, fundados en estos principios.

En arenas más grises, ya no en los extremos, se empiezan a formar conceptos de derecho que comparten algo de estas dos visiones de fondo. Un concepto novedoso en este sentido, es el del *Right of Nonuse* que re-examina la verdadera “naturaleza de la naturaleza”. Se trata de un concepto acuñado por el profesor Jan G. Laitos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Denver y autor de diversos libros en materia de Derecho de Recursos Naturales. En un nuevo libro, precisamente titulado bajo este concepto (*Right of Nonuse*), publicado por la Oxford University Press (2012), argumenta el profesor Laitos que debemos proteger el medioambiente por su propio e intrínseco valor, señalando que tiene en algunos casos el derecho al no uso por parte del ser humano. Nos señala que lentamente el mundo se mueve a un paradigma en el cual se valoran los recursos naturales ya no sólo por el beneficio que ellos proveen al ser humano, sino por el que proveen a la biosfera en general, cuando dichos recursos no son usados. Aclara que el único no-uso que hoy la economía valora, es aquel que produce un bien antropocéntrico. Lo importante de este nuevo concepto es el valor a la biosfera en general que puede un no-uso producir. Se adentra este libro en consideraciones jurídicas, como la calidad del sujeto de derecho y posibilidades de acciones (lo que resultaría de gran interés para un artículo por cierto independiente al presente)⁶.

5 El concepto “Ecología Profunda” procede de un artículo publicado en la revista “Inquiri”, en 1973, por este profesor noruego de la Universidad de Oslo, en el que se contrastan las dos corrientes o formas de encarar la ecología: Deep Ecology versus Shallow Ecology.

6 El profesor Laitos nos indica que este nuevo paradigma daría lugar a una Quinta Era en la forma en que el Derecho trata a los recursos naturales (I.- Era de Supervivencia; II.- Era de Mercado; III.- Era de Propiedad; IV.- Era Antropocéntrica; V.- Era Ecocéntrica). Apoyándose en la “Teoría de los Juegos”, nos explica que, mientras no se produzca dicho cambio, no se alcanzará un nivel óptimo de sustentabilidad como el que podría darse en un juego cooperativo (que sí se daría en la Era Ecocéntrica), debido a que actualmente se excluye del escenario jurídico a un jugador clave: los recursos naturales en sí mismo.

Pero el hecho importante acá, en este artículo, es que el Derecho, al igual que la Economía u otras disciplinas, está siendo impactado por la Sostenibilidad misma, y dado que esta última se debate filosóficamente entre los dos extremos indicados, los cambios que producirá en los próximos años deberán debatirse también entre y desde esos dos extremos.

En este proceso, algo que me permito destacar como cada vez más importante, y que podría entregar claridad a los debates, es el uso preciso del lenguaje. En efecto, ayudará referirse a los cambios que se procuran en el Derecho, aclarando la perspectiva que estamos considerando al bogar por estos.

Un ejemplo en este sentido es el *Right of Nonuse*. Laitos no sólo nos explica el concepto, sino también nos da luces sobre su fundamento filosófico. Otro ejemplo, pero en un sentido contrario, es el término “Economía Verde”. Muchos autores se refieren a ella como parte de la Sostenibilidad. Pero lo hacen en dos sentidos diametralmente opuestos, lo que produce confusión. Por un lado, utilizan el término para referirse sólo a la aplicación de instrumentos de la economía tradicional, en la gestión y administración de los recursos naturales y en el cuidado del medioambiente, llegando incluso a procurar incorporar costos no sólo ambientales, sino también sociales (pero siempre dentro de lo que se puede denominar como Economía Ambiental). Por otro lado, otros autores hablan, bajo dicho concepto, de lo que en realidad es Economía Ecológica, la que supone romper con la economía clásica, e iniciar un profundo proceso de re-entendimiento de las relaciones entre Biología y Economía y otras disciplinas. Un ejemplo en este último sentido, es el trabajo del profesor Williams E. Rees, de la Universidad de British Columbia, en Canadá⁷.

Similar situación pasa en muchas otras disciplinas y con muchos otros conceptos. Los derechos de los animales, por ejemplo. O nos referimos a ellos sólo en un sentido genérico, relativo al cuidado que les debemos, o nos

⁷ Interesante en este sentido es analizar cómo el PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) ha definido el concepto de “Economía Verde” como “*un sistema de actividades económicas relacionadas con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios que resulta en mejoras del bienestar humano en el largo plazo, sin al mismo tiempo, exponer las generaciones futuras a riesgos ambientales y escasez ecológica significativas; es amigable con el medioambiente y ecológico y, para muchos grupos, es también socialmente justo*” (PNUMA, 2010, “Elementos de carácter general que pueden ser utilizados por los Ministros y Jefes de Delegación para el Intercambio sobre Economía Verde”. XVII Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente América Latina y el Caribe de Panamá, Panamá, 26 al 30 de abril del 2010. Lo más importante de este concepto y documento es que, al desarrollarlo, tiende a marcar la Economía Verde en el marco de la Economía Ambiental).

referimos a ese concepto asignando a los animales derechos y haciéndolos sujeto de los mismos. Otro ejemplo es el concepto de Responsabilidad Social Empresarial. El rol o papel que juega la empresa, como unidad jurídica y económica, también empieza a verse cada vez más difuso y difícil de precisar bajo tanta diversa interpretación que dicho concepto adopta en el discurso diario.

La cosa es que la influencia de nuevos conceptos, como el *Right of Nonuse*, Economía Verde, Responsabilidad Social Empresarial, y otros, serán cada vez más comunes en nuestra doctrina, y entre nuestros legisladores. Es claro que no podremos estar ajenos a ellos y a su influencia en el Derecho. La Sostenibilidad —como indicamos— es una consecuencia de la globalización, y el Derecho no permanecerá por lo mismo impermeable a esta revolución. Bien que así sea. Pero en ese proceso nos encontraremos con las filosofías que subyacen en los dos extremos de la Sostenibilidad. Filosofías que son en gran medida incompatibles. Y ello producirá diferencias que en muchos aspectos no serán fáciles de soslayar, puesto que terminan atacando la raíz de dos cosmovisiones diferentes que cohabitan en nuestra cultura.

El estar advertido de esta realidad puede ayudar. Y el utilizar con propiedad los conceptos que se empiezan a forjar a su alrededor, servirá para identificar (e identificarnos), para aclarar desde dónde estamos argumentando, y para potenciar las posibilidades de construir entendimientos y consensos en relación a estos dos conceptos. Uno ya no tan novedoso, pero con dos grandes interpretaciones, la Sostenibilidad, y otro, que recién emerge en el horizonte, el Derecho de la Sostenibilidad.

LA POTESTAD INVALIDATORIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER AMBIENTAL

INVALIDATING POWER AND ADMINISTRATIVE ENVIRONMENTAL ACTS

RODRIGO BENÍTEZ URETA¹

Resumen: El presente artículo analiza la potestad invalidatoria de los actos administrativos ambientales y, en especial, de la resolución de calificación ambiental. Se revisa la legislación, jurisprudencia y doctrina.

Palabras clave: Acto administrativo. Potestad invalidatoria. Resolución de calificación ambiental.

Summary: This article analyzes the environmental invalidating power of administrative environmental acts and, in particular, the environmental rating. Legislation, jurisprudence and doctrine is reviewed

Key words: Administrative act. Invalidating power. Environmental rating.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile (2005), Profesor Derecho Ambiental en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Ex jefe de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente.

Abreviaturas: CPR: Constitución Política de la República; LBGMA: Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, modificada por la Ley N° 20.417; LBPA: Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado; RCA: Resolución de Calificación Ambiental; RSEIA: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Artículo 2, Decreto Supremo N° 95, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido del Decreto Supremo N° 30, de 1997, del mismo Ministerio); SEIA: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

1. INTRODUCCIÓN

Una reiterada y nutrida jurisprudencia administrativa ha señalado que la Autoridad Administrativa se encuentra en el “deber de dejar sin efecto los actos administrativos contrarios a derecho, con la finalidad de proceder al restablecimiento del orden jurídico quebrantado, reguardando de esta manera el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la CPR y 2° de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Lo anterior, en el ejercicio de la potestad invalidatoria que le ha sido conferida por el artículo 53 de la LBPA.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, la potestad invalidatoria general consagrada en la LBPA, tenía un medio de impugnación judicial ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento breve y sumario.

Portanto, la inclusión de la “potestad invalidatoria de actos administrativos de carácter ambiental” es una novedad en nuestro derecho que se incorpora en la referida Ley N° 20.600, al regularse las competencias de estos nuevos tribunales especializados.

La historia de la potestad invalidatoria de los actos administrativos de carácter ambiental, se remonta indirectamente en el tiempo a las recomendaciones definidas en la Evaluación de Desempeño Ambiental de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a la cual Chile se sometió voluntariamente el año 2005, como parte del proceso de acceso a dicho organismo. Precisamente, entre las 52 recomendaciones, la OCDE señala que en el país “*Los tribunales tratan un gran número de casos ambientales, lo cual pone de relieve que la población ejerce su derecho a acudir a*

los tribunales, pero también que muchas controversias ambientales no se resuelven mediante los procedimientos administrativos. Más aún, el sistema judicial carece de la capacidad para tratar debidamente una buena cantidad de asuntos ambientales, por ejemplo a la hora de obtener pruebas o estimar el daño ambiental y calcular el valor de las indemnizaciones. No hay defensor del pueblo ni ninguna otra institución independiente que actúe como último recurso para garantizar la defensa de los derechos ciudadanos”².

Lo anterior se relaciona también con la necesidad de reformar un sistema de conocimiento jurisdiccional de los asuntos de carácter ambiental, debido a un problema de tutela judicial efectiva.

En ese momento se inicia una gran reforma a la institucionalidad ambiental del país, con la cual se crean finalmente el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. En las etapas finales de su tramitación, el proyecto de ley estaba entrabado por numerosas indicaciones que hacían complejo avanzar la discusión legislativa, por lo que fue necesario un acuerdo político transversal para lograr despachar la Ley N° 20.417.

Entre los temas del acuerdo, que quedó plasmado en sus artículos transitorios, estaba la obligación que se imponía al Ejecutivo de enviar un proyecto de ley que creara el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, que a más de un año de su presentación y trámite en el Senado, no ha mostrado mayor avance.

Otro de los temas relevantes y que es el que interesa en la materia, fue la creación de un tribunal ambiental, cuyo proyecto de ley –según consta del acuerdo³– debía enviarse al Congreso por parte del Ejecutivo a más tardar el 28 de octubre de 2009, debiendo considerar entre otros los siguientes ejes:

1. El reconocimiento de un organismo jurisdiccional especializado;
2. Integración mixta del tribunal;
3. Las competencias serían relativas al contencioso administrativo ambiental, así como la potestad de revisión de los actos administrativos de la Superintendencia;

² Evaluaciones de Desempeño Ambiental-CHILE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos/Comisión Económica para América Latina y el Caribe, año 2005, p. 197.

³ Historia de la Ley N° 20.417, Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 1491.

4. Control previo en determinadas medidas de la Superintendencia; de revisión plena y obligatoria en las sanciones más graves que dicha entidad puede imponer; y competencia plena en caso de daño ambiental;
5. Procedimiento jurisdiccional expedito.

En definitiva, lo que ocurrió en el Congreso es que la discusión sobre las competencias del Tribunal Ambiental (que luego de una indicación del Ejecutivo pasaron a ser tres tribunales) se centró en si sólo debían trasladarse aquellas competencias del contencioso administrativo que la LBGMA establecía a los referidos tribunales, o si se incorporaban nuevas competencias aprovechando la creación de un nuevo tribunal especializado.

Es así como algunas indicaciones de parlamentarios, apoyadas por ONGs, solicitaban incluir competencias en materia de aguas, bosque nativo, Convenios Internacionales como Basilea, Ley de Caza y cualquier otra legislación que tuviera algún parentesco con la temática ambiental.

El resultado está a la vista y es que el Congreso optó por la vía del contencioso administrativo más que el ir por todas las regulaciones legales o internacionales que trataran componentes del medioambiente. Las razones son simples: se trata evidentemente de un tribunal que tiene una competencia sobre el contencioso administrativo y que en ese orden de ideas, para que las demás regulaciones de componentes ambientales puedan acceder al tribunal deben primero modificar sus sistemas sancionatorios sectoriales y eventualmente incluir a la Superintendencia del Medio Ambiente; y aquellas situaciones de contingencia ambiental, que no correspondan al contencioso administrativo que es competencia directa de los tribunales ambientales, accederá de todos modos a su conocimiento en caso de tratarse de un daño ambiental. Así era el diseño previo a la reforma en la Ley N° 19.300, con la diferencia que el tribunal competente era el juez de letras en lo civil.

Es en esa vía del contencioso administrativo, que se propuso, discutió y aprobó la figura de los actos administrativos de carácter ambiental, cuyo ejercicio puede terminar en el conocimiento de los tribunales ambientales.

2. REGULACIÓN

La Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, establece en su artículo 17 N° 8) la competencia de:

Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de estos.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido.

Tenemos por tanto una competencia atribuida a los tribunales ambientales, un plazo para ejercerla, un ejercicio de definición del concepto de acto administrativo de carácter ambiental establecido en la propia ley, un ámbito de jurisdicción y un caso especial referido a lo resuelto por el Comité de Ministros de conformidad al artículo 20 de la LBGMA.

De esta manera, esta nueva competencia de los Tribunales Ambientales vuelve a “administrativizar” la discusión ambiental, puesto que si bien nos encontramos en el campo de impugnación “judicial”, finalmente lo que tenemos es una impugnación que se rige en su totalidad por las reglas y estándares del Derecho Público. Por ello, procederemos a su análisis en base a categorías propias de esta disciplina.

1. Contencioso administrativo especial de invalidación de los actos administrativos de carácter ambiental

1.1 Estructura del contencioso administrativo

Mucho se ha escrito ya sobre la necesidad de contar con un tribunal contencioso administrativo de carácter general en nuestro país⁴. Una de las consecuencias evidentes de no contar con una institución que pueda resolver el contencioso administrativo es que finalmente —al menos en la temática ambiental— la sede para hacerse cargo de estas materias ha sido el recurso de protección, lo que evidentemente genera situaciones complejas.

No obstante ello, contamos con diversos tribunales que *“tienen en común que son tribunales especiales creados por el legislador, puestos al margen del Poder Judicial, como ya se señaló, pero sometidos directa o indirectamente a la Superintendencia de la Corte Suprema, como máximo tribunal de la República. Su competencia contencioso administrativa es acotada, y se relaciona estrictamente con las materias específicas que regulan las leyes especiales en que están insertos, conociendo de las reclamaciones e impugnaciones de actos dictados por un órgano de la Administración del Estado, y estando facultado para anular o dejar sin efecto el acto, y aun, en ciertos casos, disponer otras medidas complementarias que otorguen debida protección y reparación al afectado”*⁵.

La estructura del procedimiento contencioso administrativo seguida por estos tribunales, por lo general tiene dos etapas —administrativa y reclamo en sede judicial— que son incorporadas en el procedimiento objeto de análisis: la etapa administrativa corresponde al procedimiento invalidatorio de un acto administrativo de carácter ambiental y la etapa judicial se lleva a efecto ante el tribunal ambiental.

⁴ Para ver más en detalle la evolución del contencioso-administrativo en nuestro país, véase BordaliSalamanca, Andrés. “La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos”, *Revista chilena derecho* [online]. 2006, vol.33, n.1 [citado 2012-07-31], pp. 17-36. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-34372006000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372006000100003.

⁵ Ferrada Bórquez, Juan Carlos. “Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno”, en Jaime Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay y Alejandro Romero Seguel (coordinadores), *Litigación Pública*. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile y Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 133.

1.2 Clase de acción contencioso-administrativa

Habiendo señalado que se trata de un procedimiento contencioso-administrativo especial, vale la pena determinar a qué tipo de acción contencioso-administrativa corresponde la reclamación prevista en el N° 8 del artículo 17 de la Ley N° 20.600, esto es: (i) de nulidad o exceso de poder (contencioso-objetivo), (ii) patrimonial o de plena jurisdicción (contencioso-subjetivo), (iii) de interpretación y (iv) de represión.

Por razones obvias, se descartan las últimas dos que tienen por objeto que el juez declare la forma en que debe entenderse una norma o acto administrativo o que el juez imponga una sanción a los administrados, respectivamente. De modo que queda dilucidar si se trata de una acción de nulidad que tiene por objeto controlar la legalidad de un acto de la Administración o de plena jurisdicción que tiene por finalidad que el juez declare un derecho a favor de un administrado.

Desde el caso Aedo⁶, la Corte Suprema ha sentado con fuerza la distinción entre la acción contencioso-administrativa de nulidad y de plena jurisdicción. El criterio ha sido descrito, entre otros, en el fallo Eyzaguirre Cid con Fisco⁷, donde los considerandos N° 10 y 11 han establecido que *“es necesario distinguir las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efecto “erga omnes” y requieren de una ley expresa que las consagre. En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos, perteneciendo a esta clase aquella en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante y la indemnización de perjuicios, en lo específico. Estas acciones declarativas de derechos y de contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados, al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidas, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2332, 2497, 2514 y 2515”*.

La acción de reclamación de la resolución que resuelve un procedimiento de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, corresponde a una acción de nulidad o exceso de poder, siendo entonces, su naturaleza

⁶ Sentencia Corte Suprema, 37.11.2000, Rol N° 852-2000.

⁷ Corte Suprema, “Eyzaguirre Cid con Fisco”, ROL N° 1203-2006, de 28 de junio de 2007.

jurídica la de un contencioso-objetivo o de legalidad, lo que queda de manifiesto en el artículo 30 de la Ley N° 20.600 al disponer que “*la sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada*”.

1.3 Requisitos de procedencia de la acción

La competencia en análisis se refiere a “*Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental*”, con lo cual existe necesariamente un procedimiento previo del cual es importante hacerse cargo para una cabal comprensión de esta nueva competencia.

La invalidación consiste en “*la extinción del acto administrativo en razón de haber sido dictado este en contra del ordenamiento jurídico, producto de un acto posterior en sentido contrario de la propia Administración Pública que lo ha dictado*”⁸. El artículo 53 de la LPA dispone que: “*La autoridad administrativa podrá de oficio o a petición de parte invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada*”.

En cuanto a las causales que hacen procedente la *invalidación*, el art. 53 de la LPA se refiere en forma específica a los actos *contrarios a Derecho*. Esta es precisamente la causa de la invalidación y que la diferencia de otras formas de extinción del acto administrativo.

Estos vicios dicen relación con la contravención del ordenamiento jurídico, entendido este como la CPR y las normas dictadas a su conformidad, lo que abarca, en general, las leyes, los reglamentos, decretos, resoluciones e instrucciones presidenciales (art. 6 CPR y art. 2 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado).

Por actos contrarios a derecho, entendemos los actos irregulares en los que se configura alguna anomalía en su estructura, que contraviene el

⁸ Bermúdez Soto, Jorge, “El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Potestad Invalidatoria”, *Revista Derecho* (Valdivia) [online], 2005, vol.18, n. 2, pp. 83-105.

artículo 7° de la CPR, a saber: (i) investidura previa y regular del órgano, (ii) competencia⁹ y (iii) formalidades previstas¹⁰.

Si bien no todos los vicios afectan la validez del acto, en el procedimiento invalidatorio un trámite esencial es la audiencia del interesado. Y es interesado conforme al artículo 21 de la ley N° 19880: “1. *Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.* 2. *Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.* 3. *Aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*”. Lo anterior, a menos que la ley establezca un procedimiento especial, donde se disponga claramente la forma y oportunidad en que los terceros pueden intervenir, caso en el cual, el concepto de interesado debiera ser el que dicha normativa considere, dado el carácter supletorio de la LBPA.

Es relevante esta disposición puesto que el artículo 18 de la Ley N° 20.600 restringe el concepto de partes a quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.

Por último, el plazo para ejercer esta potestad por parte de la Administración, sea de oficio o a petición de parte, es de dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

1.4 Algunas consideraciones procedimentales

a. **Órgano competente:** el N° 8 del artículo 17 de la Ley N° 20.600 en su inciso 3° dispone que “*será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación*”. Ya hemos recalcado que ante la ausencia de una jurisdicción contencioso-administrativa de carácter general el contar con una jurisdicción especializada puede dar mayores garantías para quien reclama en contra de una acto de la Administración.

⁹ Entendido también como abuso, exceso o desviación de poder.

¹⁰ Ello debe contrastarse con el artículo 13 de la LPA: “*El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado. La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros*”.

La pregunta que surge es si esta vía especial excluye la posibilidad de reclamar ante el juez civil ordinario basado en lo que dispone el inciso 3 del artículo 53 de la LBPA, “*el acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario*”. La respuesta, en base al principio de especialidad es que no, primando frente a esta norma lo dispuesto en la Ley N° 20.600. A la misma conclusión se arriba si se revisa el artículo 1° de la LBPA, puesto que existiendo un procedimiento especial no se requiere suplir vacío alguno.

b. Plazo para ejercer la acción: el plazo para interponer la reclamación ante el Tribunal Ambiental es de treinta días contados desde la notificación de la resolución que resuelve el procedimiento de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental.

c. Procedimiento: si bien el artículo 53 de la Ley 19880 señala que el acto invalidatorio será siempre impugnabile en procedimiento breve y sumario, tenemos una normativa especial de procedimiento establecido en la Ley N° 20.600 que como ya tuvimos oportunidad de señalar prima en base al principio de especialidad.

El procedimiento que establece la Ley N° 20.600 tiene las siguientes particularidades:

- **Partes:** son partes conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley N° 20.600, además del órgano de la Administración, quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.
- **Requisitos del escrito:** el escrito de la acción de reclamación debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se sustenta y las peticiones concretas que se formulan al tribunal (art. 27 de la Ley N° 20.600)¹¹.

¹¹ Artículo 27.- De la reclamación. Toda reclamación se presentará por escrito, y en ella se indicarán sus fundamentos de hecho y de derecho y las peticiones concretas que se someten a la resolución del Tribunal. Este examinará en cuenta si la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma. Podrá declarar la inadmisibilidad mediante resolución fundada si, en opinión unánime de sus miembros, no hubiere sido interpuesta dentro de plazo, se refiera a materias que estén manifiestamente fuera de su competencia, no esté debidamente fundada o no contenga peticiones concretas. Esta resolución podrá impugnarse, mediante reposición con apelación subsidiaria, dentro del quinto día de notificada.

- Posibilidad de solicitar medidas cautelares: con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento.
- Solicitud de informe al órgano recurrido: una vez declarada admisible la reclamación se pedirá informe al órgano público que emitió el acto impugnado, que deberá, además, adjuntar copia autenticada del expediente administrativo completo y debidamente foliado que sirvió de base para dictar el acto que se impugna. El informe se limitará a consignar los fundamentos y motivos en los que el acto administrativo se basa, y deberá evacuarse en el plazo de diez días, plazo que puede prorrogarse, por una sola vez, hasta por un máximo de cinco días. En caso de que el órgano no presente el informe en el plazo conferido, se prescindirá del mismo.
- Vista de la causa: conforme a lo dispuesto en el art. 29 de la Ley N° 20.600, una vez recibido el informe o vencido el plazo para presentarlo, el Tribunal ordenará traer los autos en relación. La tramitación de la reclamación se ajustará a las reglas para el conocimiento y fallo del recurso de apelación civil, con la salvedad de que no se admitirán prueba testimonial ni confesional. Asimismo, se podrá suspender la vista de la causa en los casos previstos en los números 3º, 4º y 6º del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil y también, por una sola vez, cuando lo pidan de común acuerdo las partes.
- Medidas para mejor resolver: concluida la vista de la causa, quedará cerrado el debate y el proceso en estado de dictarse sentencia, la que deberá pronunciarse dentro del término de treinta días. Sólo dentro de este plazo el Tribunal podrá dictar de oficio medidas para mejor resolver.
- Sentencia: la sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada (art. 30).

3. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER AMBIENTAL

Nos centraremos por ahora solamente en la idea del “Acto Administrativo de Carácter Ambiental”, tal como fue discutido en el proceso de formación de la ley, con la finalidad de hacernos una primera idea de qué es lo que en definitiva se regula, para lo cual será necesario ir a las categorías propias del acto administrativo.

- a. *Decisión formal*: lo primero que debemos tener en mente es que se trata siempre de una “decisión formal”, lo que sin lugar a dudas es una connotación relevante a la hora de comprender el acto administrativo de carácter ambiental.

Aparece como clave la naturaleza de “decisión” que debe comprender el acto, siendo fundamental su carácter resolutivo. “... *a través del acto administrativo lo que hace la Administración del Estado es tomar una decisión de aplicación del ordenamiento jurídico a un caso concreto en una determinada forma*”¹². Por ello, no cualquier acto de la Administración puede llegar a considerarse un acto administrativo, requiriéndose necesariamente esta exteriorización de una determinación que ha tomado una autoridad dotada de una potestad pública. Importante resulta destacar que esta “decisión” debe corresponder a una declaración unilateral de la Administración, no siendo necesario contar con la voluntad del destinatario sino tan sólo con la declaración de la autoridad, que termina siendo vinculante para los administrados. Ello es manifestación de que los actos administrativos gozan de “imperio” —derivado de su presunción de legalidad— y por ello no requieren de la voluntad del destinatario para imponerse o aplicarse.

En cuanto a la forma de expedición del acto, parece evidente en este punto que la escrituración es uno de los elementos de esta formalidad exigida por la ley, cuestión que además encuentra pleno sentido en el principio consagrado en el artículo 5° de la LBPA¹³. Si bien dicho principio refiere a la escrituración, también comprende la posibilidad del uso de medios electrónicos (en lo que en la práctica también se da la escrituración, sólo que el soporte no es el papel sino un medio digital)

¹² Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing Chile, 2011, p. 122.

¹³ “El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”.

e incluso otras formas cuando la naturaleza del acto lo exija. Podría darse el caso acá de la oralidad, pero en la práctica se circunscribe a las órdenes que puede dar por ejemplo un carabinero a dirigir el tránsito, y es evidente que genera problemas en las formas de comunicación (comprensión) y constancia, aunque ello es un problema de carácter más bien procesal. Sin embargo, al menos hasta la actualidad, y para que el caso que nos ocupa, se utilizan como medios idóneos para la emisión de decisiones formales la escrituración y los medios electrónicos (el SEIA es un buen ejemplo en este último medio).

- b. Una segunda idea es que dicha decisión debe ser emitida por “cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”. Esto fue un tema discutido en el trámite legislativo para determinar si se encontraban incluidas o no las decisiones que pudiera adoptar una municipalidad, cuestión que era necesario dilucidar a fin de no dejar fuera esas decisiones de esta atribución de revisión de los tribunales ambientales.

Originalmente, el inciso segundo del artículo comentado disponía que se entendiera por Acto Administrativo de Carácter Ambiental *“toda decisión de carácter formal que emita un organismo de la Administración del Estado, con competencia ambiental, que contenga el ejercicio de una potestad pública y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de estos”*¹⁴.

En segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados reemplazó dicho inciso segundo por una definición distinta que indicaba que *“Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental, toda decisión formal que emita un organismo de la Administración del Estado que tenga consecuencias ambientales y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de estos”*¹⁵.

¹⁴ Segundo Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, Unidas, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal Ambiental, p. 305.

¹⁵ Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, Unidas, recaído en el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, que crea el Tribunal Ambiental, p. 22.

Con la eliminación de “con competencia ambiental”, la Cámara de Diputados entendió que quedaban incluidas las decisiones emanadas de una municipalidad, ya que no estaba claro que estas tuvieran competencias ambientales propiamente tales, sin perjuicio de ser evidente que determinadas declaraciones de dichas entidades podían tener consecuencias de tipo ambiental.

Para poder avanzar en el trámite legislativo, los honorables senadores decidieron abordar el tema con mayor detención en la comisión mixta, con la finalidad de formular una definición más precisa de este concepto. En dicha comisión, el honorable diputado señor Burgos “... *observó que aunque ha habido cierta discusión en algunas instancias respecto de si las Municipalidades tienen el mismo estatuto que los demás órganos que integran la Administración, el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado incluye expresamente a esos servicios entre los que constituyen la Administración del Estado, por lo que si se hace una referencia expresa a esa disposición estaría demás hacer mención a las Municipalidades*”¹⁶, motivo por el cual la definición hace expresa remisión al citado artículo, con la expresa intención de que las decisiones formales de las entidades edilicias sean susceptibles de revisión por los tribunales ambientales.

Sobre el particular, cabe indicar que la Contraloría General de la República ha emitido pronunciamientos sobre la materia, siendo el más atingente el Dictamen N° 53.321 del año 2004¹⁷, que expresamente establece que “... *entre los órganos con competencia ambiental, a los municipios, los que al tenor del artículo 5, letra c) de la ley 18.695, —Orgánica Constitucional de Municipalidades—, tienen a su cargo la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, su administración corresponda a otros órganos de la Administración del Estado*”.

- Un tercer elemento dice relación que con el órgano necesariamente debe tener “competencia ambiental”, elemento que tiene relación directa con la discusión plasmada en el literal precedente.

¹⁶ Informe de la comisión mixta encargada de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, durante la tramitación del proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, p. 30.

¹⁷ También dictámenes N° 9.624 de 2005 y N° 6.430 de 2006.

Si bien no se encuentra definido en nuestra legislación qué debe entenderse por “competencia ambiental”, el actual RSEIA¹⁸ define en su artículo 2° letra e) lo que es un “Órgano de la administración del Estado con competencia ambiental” de la siguiente manera: “Ministerio, servicio público, órgano o institución creado para el cumplimiento de una función pública, que otorgue algún permiso ambiental sectorial de los señalados en este Reglamento, o que posea atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dicta la resolución calificatoria de un proyecto o actividad”.

Dejando a un lado el Órgano, podemos centrarnos en la segunda parte de la definición que da una idea de cuáles son las competencias de carácter ambiental, utilizando conceptos que como veremos encuentran una definición en la LBGMA.

- i. *la protección del medioambiente.* El conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medioambiente y a prevenir y controlar su deterioro;
- ii. *la preservación de la naturaleza.* El conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país;
- iii. *el uso y manejo de algún recurso natural.* Si bien no existe una definición para este concepto específico, sí cae dentro de la definición de “conservación del patrimonio ambiental”, que se entiende como “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medioambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración;
- iv. *la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dicta la resolución calificatoria de un proyecto o actividad.* A fines de diciembre de 2012, este criterio comprenderá a la Superintendencia del Medio Ambiente que, una vez vigentes

¹⁸ D.S. N° 95, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras con la entrada en operación del tribunal ambiental de Santiago, tendrá el monopolio legal de la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental. Dicha fiscalización, como su ley orgánica lo establece, podrá hacerla por sí misma a través de programas de fiscalización o de fiscalizaciones no programadas; a través de otros servicios mediante subprogramas de fiscalización; y a través de entidades técnicas acreditadas.

- d. Y, finalmente, es necesario que la decisión “corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de estos”. La LBGMA en su Título II trata específicamente los instrumentos de gestión ambiental, refiriéndose a: (i) Educación e investigación; (ii) Evaluación Ambiental Estratégica; (iii) SEIA; (iv) Acceso a la información Ambiental; (v) Normas de calidad ambiental y de la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental; (vi) Normas de emisión; y (vii) Planes de manejo, prevención o descontaminación. Los Actos Administrativo de Carácter Ambiental, por tanto, deben corresponder a alguno de estos instrumentos o encontrarse relacionados con ellos.

Ejemplo de ello serán los actos administrativos que se dicten por otros ministerios o servicios para la ejecución de normas de calidad, de misión o planes de prevención o descontaminación.

4. El caso especial de las Resoluciones de Calificación Ambiental

Junto con innovar a través del concepto de acto administrativo de carácter ambiental, la ley N° 20.600 ha establecido adicionalmente una regla de preminencia de la vía recursiva-administrativa y judicial al disponer en el inciso final del numeral 8° del artículo en análisis que:

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido.

Con ello, evidentemente el legislador pretendió dar mayor certeza jurídica a las RCA, excluyéndolas de la posibilidad de anularlas por la vía de la invalidación, una vez que las reclamaciones al Comité de Ministros o al Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental y las eventuales

reclamaciones ante los Tribunales Ambientales han sido resueltas, o se han vencido los plazos legales establecidos para ello. De tal manera que podría darse el caso de una RCA que no habiendo sido reclamada dentro del plazo de treinta días hábiles establecidos en la ley, deje de ser objeto de la potestad invalidatoria de la Administración.

Lo anterior implica dotar de mayor certeza jurídica a la autorización ambiental, tal como consta de la tramitación legislativa.

En efecto, en el debate surgido en el Senado, los asesores de los senadores plantearon directamente esta idea. Así, el profesor Luis Cordero Vega manifestó que “... se acordó que, una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o vencidos los plazos para interponerlos, no se podrá ejercer la potestad invalidatoria, con el objeto de asegurar la estabilidad del sistema”¹⁹ (énfasis agregado).

Por su parte, el profesor Raúl Tavolari Oliveros señaló que “... se acordó que, resueltos los recursos administrativos o jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para ejercerlos sin que se hayan deducido, no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley 19.880. En síntesis, interpuesto un recurso en contra de un acto administrativo, no podrá la misma Administración invalidar —ella misma— ese acto. Esta norma parece necesaria, agregó, porque la Ley de Procedimientos Administrativos concede hasta dos años a la Administración para invalidar sus actos. Esta nueva proposición, en cambio, busca dar certeza introduciendo la idea de la cosa juzgada. En consecuencia, interpuesto un recurso administrativo o jurisdiccional en contra de un acto; pierde la Administración la posibilidad de invalidarlo. Así se da certeza a la actividad administrativa y se consolidan sus actuaciones”²⁰ (énfasis agregado).

Es claro cuál fue el objetivo perseguido en esta disposición por el legislador y no es otro que el de dotar de mayor certeza a una autorización compleja que evidentemente tiene relevancia para el desarrollo del país como es la RCA. Se trata, además, de una resolución (la RCA) que es recurrible administrativa y judicialmente, por lo que la inclusión de este inciso mantiene intactas las garantías de los posibles afectados.

¹⁹ Segundo informe de las comisiones de constitución, legislación, justicia y reglamento y de medio ambiente y bienes nacionales, unidas, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal Ambiental, p. 143.

²⁰ Segundo informe de las comisiones de constitución, legislación, justicia y reglamento y de medio ambiente y bienes nacionales, unidas, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal Ambiental, p. 144.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

PARTICIPATION IN ENVIRONMENTAL IMPACT STATEMENTS

SEBASTIÁN AVILÉS BEZANILLA¹

Resumen: En el presente artículo se analiza la participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental. Su regulación legal, aspectos procedimentales y mecanismos impugnatorios.

Palabras clave: Derecho Ambiental. Participación Ciudadana. Procedimiento. Medios de impugnación.

Summary: In this article citizen participation in environmental impact statements is analyzed. Its legal regulation, procedural aspects and remedies.

Keywords: Environmental law. Citizen participation. Procedure. Remedies.

¹ Abogado, Universidad de los Andes. Profesor Ayudante de Derecho Ambiental de la Universidad de los Andes. Diplomado en Evaluación Ambiental de Proyectos y Derecho Ambiental y cursando Magíster en Medio Ambiente: Gestión, Evaluación y Derecho Ambiental, ambos de la Universidad Finis Terrae.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, introduce cambios significativos en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), en especial, sobre la participación de la comunidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

Sobre este punto, es menester destacar que la Ley N° 19.300 sólo contemplaba la participación de la comunidad en la evaluación ambiental de aquellos proyectos o actividades presentados mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), dejando fuera a la comunidad del procedimiento de evaluación ambiental de los proyectos o actividades que ingresaban al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Esta situación es modificada por la Ley N° 20.417, ya que se incorpora el artículo 30 bis a la Ley N° 19.300, estableciendo la facultad para el Director Ejecutivo o los Directores Regionales del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), según corresponda, de decretar la apertura de un proceso de participación ciudadana (PAC) en la evaluación ambiental de una DIA, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales ahí establecidos.

Entre otras modificaciones en materia de participación ciudadana, podemos identificar la ampliación en la legitimación activa para realizar observaciones en el caso de los EIA, ya que la Ley N° 19.300, previa modificación de la Ley N° 20.417, se refería a personas naturales directamente afectadas u organizaciones ciudadanas, hoy señala que cualquier persona natural o jurídica podrá participar de la PAC. Además, se establece la necesidad de realizar nuevamente una PAC, en el caso que mediante un Adenda se afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto o actividad en particular, lo que trae como consecuencia la suspensión de pleno derecho del plazo para la evaluación.

Sobre el particular, podemos identificar avances en materia de participación ciudadana, que tienden a aumentar y/o mejorar esta en los proyectos o actividades que son evaluados ambientalmente a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Cabe añadir que la Ley N° 19.300 contempla un caso en que se debe abrir un proceso de participación ciudadana de oficio, esto es cuando se trate de un proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una DIA certificada y sin cargas ambientales, que se encuentra emplazado en áreas no reguladas

por instrumentos de planificación territorial, tal como lo dispone la letra c) del artículo 18 quáter de la Ley N° 19.300².

Sin embargo, el presente documento tiene por objeto aclarar el contenido y alcance del artículo 30 bis, precisando conceptos y despejando dudas que pudieran surgir en su aplicación. En particular, se examina la legitimación activa para realizar la solicitud, los requisitos para decretar dicho proceso de PAC, el concepto de “cargas ambientales” y sus elementos, la vinculación de las cargas a una comunidad próxima, aspectos procedimentales, medios de impugnación, entre otros aspectos de interés.

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Lo primero que corresponde mencionar es que la realización de un proceso de PAC en el marco del procedimiento de evaluación ambiental de una DIA supone la presentación de una solicitud por escrito ante la Administración, de acuerdo a los aspectos procedimentales que se desarrollarán más adelante en el punto IV de esta presentación. El órgano competente, en consecuencia, no tiene atribución para iniciar por sí, de oficio, una etapa de participación ciudadana cuando el proyecto o actividad en cuestión ha ingresado al SEIA a través de una DIA, ya que el inciso primero del artículo 30 bis³ de la LBGMA señala expresamente que *“Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso*

² Artículo 18 quáter, letra c), de la Ley N° 19.300: *“Si el titular del proyecto es una empresa que según la ley califica como de menor tamaño y debe presentar una Declaración de Impacto Ambiental podrá comprometer a su costo, someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad, respecto del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al proyecto o actividad. En este caso, la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, observará el siguiente procedimiento: c) Si el proyecto o actividad se localiza en un área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genera cargas ambientales, abrirá un período de participación ciudadana, en el que citará a una audiencia especial a lo menos a tres organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica vigente, cuyo domicilio legal se encuentre en aquellas comunas en que el proyecto o actividad se emplazará. Dicho período no se extenderá más de 10 días, debiendo levantarse un acta por un ministro de fe en donde consten los compromisos con la comunidad. Finalizada dicha etapa, procederá a su registro”.*

³ Artículo 30 bis de la Ley N° 19.300: *“Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate.*

de participación ciudadana (...) siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas”.

En razón de lo anterior, podemos definir dos sujetos distintos que tienen la legitimación activa para solicitar el inicio de una PAC en las DIAs:

1. Dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica: cabe señalar que el concepto o categoría de organizaciones ciudadanas no está definido por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que nuevamente el legislador nos presenta un concepto indeterminado que tenemos que dilucidar de acuerdo al espíritu de la legislación ambiental. La Contraloría General de la República, en su dictamen N° 32.422, de 2007, nos entrega luces respecto de cuáles personas jurídicas se entiende que conforman dicha categoría “(...) Por otra parte, en lo que concierne a los graves errores de que adolecería el estudio de impacto ambiental del referido proyecto, cabe señalar que el artículo 29 de la ley N° 19.300 establece que las organizaciones ciudadanas que se sientan afectadas —entre ellas las Juntas de Vecinos— podrán formular observaciones a dicho estudio, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de 60 días, contados desde la publicación del extracto a que se refiere el artículo

Si durante el procedimiento de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, esta hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación de la Declaración de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

Tratándose de los proyectos sometidos a evaluación de conformidad a lo establecido en el artículo 18 ter, el plazo para la realización del proceso de participación ciudadana será de diez días.

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de estas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas”.

27, siendo esa la oportunidad y la instancia para efectuar reparos” (énfasis agregado).

A nuestro juicio, se deberá entender dentro de esta categoría a todas aquellas personas jurídicas que tengan un “interés legítimo” en cuanto a representar y/o promover los intereses ciudadanos mediante la realización de observaciones ciudadanas en el procedimiento de evaluación ambiental de cada DIA en particular, por lo que se deberá realizar un análisis casuístico para determinar si concurre o no dicho interés. De todas formas, podemos dilucidar que existen personas jurídicas cuyo objeto impide tener un interés legítimo en un procedimiento de evaluación ambiental, por ejemplo, todas las sociedades, ya que su naturaleza no es ciudadana sino que tienen fines particulares. Encontramos dentro de las personas jurídicas que pueden tener el interés legítimo, entre otras, a:

- i. Aquellas reguladas por la Ley de organizaciones comunitarias: junta de vecinos, comités de adelanto, centros de madres, clubes deportivos, agrupaciones culturales, juveniles, ecológicas, y uniones comunales, entre otras.
 - ii. Aquellas reguladas por la Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.
 - iii. Organizaciones de trabajadores: sindicatos, federaciones, confederaciones y centrales sindicales.
 - iv. Organizaciones gremiales: colegios profesionales, federaciones de estudiantes secundarios y universitarios, asociaciones empresariales.
 - v. Organizaciones indígenas reconocidas en la Ley N° 19.253.
 - vi. Personas jurídicas sin fines de lucro: corporaciones y fundaciones.
2. Diez personas naturales directamente afectadas: el concepto de persona natural está definido en el Código Civil como “*todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición*”⁴, por lo que en este caso, lo que resulta necesario definir, es el concepto de “directamente afectado”, ya que es un concepto

⁴ Artículo 55 del Código Civil.

jurídico indeterminado que deberá ser precisado caso a caso, según el mérito de los antecedentes. En ese sentido y en atención a que la solicitud de decretar la apertura de la PAC tiene por fundamento o motivación que el proyecto generará cargas ambientales (concepto analizado profundamente más adelante), la calidad de *directamente afectado* debiera contrastarse con los elementos de dicho concepto, es decir, con alguna de las externalidades ambientales negativas que presenta dicho proyecto o actividad en cuestión. En otros términos, al sostenerse que determinadas tipologías de proyectos son susceptibles de generar cargas ambientales de acuerdo a lo que se analizará en el punto III de esta presentación, la determinación de la afectación directa causada por el proyecto o actividad debe ser atendiendo a criterios objetivos, tales como impactos propios de esa determinada tipología, y criterios subjetivos, que se deberán analizar caso a caso, como podrían ser los impactos específicos determinados por las características endémicas presentes en el lugar de emplazamiento, permitiendo así establecer una causalidad inequívoca entre el proyecto y la posible afectación a las personas naturales.

III. REQUISITOS PARA DECRETAR LA PAC EN LA DIA

Para comenzar a analizar los requisitos de la procedencia de decretar un proceso de participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, hay que remitirse a lo indicado expresamente en el artículo 30 bis de la LBGMA, que señala: “(...) en las *Declaraciones de Impacto Ambiental* (...) y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas”.

De la simple lectura de dicha norma, resulta fácil distinguir la existencia de dos requisitos para que la autoridad proceda a decretar la PAC; estos son: (i) Que el proyecto genere *cargas ambientales*; y (ii) Que dichas cargas tenga como sujeto receptor a las *comunidades próximas*.

A continuación, se analizarán ambos conceptos, con la finalidad de poder establecer criterios para determinar los alcances y límites del proceso de participación ciudadana en las DIA. Sobre este punto, cabe mencionar que el concepto de carga ambiental fue discutido durante la tramitación del proyecto de ley, ya que la definición que se da de dicho concepto no es precisa. Al respecto, basta citar las palabras del diputado Vallespín refiriéndose a las

mencionadas cargas ambientales en los siguientes términos: “*La modificación que introdujo el Senado en esta materia limita las posibilidades de participación de la comunidad sólo al caso de los proyectos que tengan cargas ambientales en la comuna, concepto que, a mi modo de ver, se define, de manera bastante general e imprecisa, por lo que generará mucha distorsión cuando se tenga que determinar si una comunidad puede o no participar*”⁵.

1. Concepto de Carga Ambiental

El concepto de carga ambiental se encuentra definido en el inciso 6° del artículo 30 bis de la LBGMA, que señala: “*Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación*”.

Del análisis de la definición, encontramos que está compuesta de dos elementos copulativos; estos son: (i) Los beneficios sociales; y (ii) Las externalidades ambientales negativas.

(i) ¿Qué entenderemos por *beneficios sociales*? Parece lógico: los beneficios sociales se contraponen a los beneficios privados (opera aquí la distinción individuo/colectivo). No obstante, la experiencia indica que el problema es mucho más complejo; al respecto, Adam Smith (ideólogo del liberalismo del siglo XVIII) señalaba que “*no es la benevolencia del carnicero o del panadero la que los lleva a procurarnos nuestra comida, sino el cuidado que prestan a sus intereses*”. En otras palabras, se trata de un concepto económico y la propia Real Academia Española define el beneficio como “*bien que se hace o se recibe*” o como “*utilidad*”, por lo que nos parece prudente contextualizar dicho concepto con el espíritu de la LBGMA, afirmando que el beneficio social es la utilidad que el proyecto o actividad le entrega a la comunidad próxima y/o a la sociedad, entendiendo que la *utilidad* se debe enmarcar dentro del concepto de “*satisfacción de necesidades básicas para la comunidad*”, que a continuación se pasa a exponer:

El Diccionario de la Real Academia Española define la necesidad como “*Aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir*” o “*Carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida*”; y lo básico como “*Perteneciente o relativo a la base o bases sobre que se sustenta algo, fundamental*”. Además,

⁵ Historia de la Ley N° 20.417, página 1.953, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

para aclarar este concepto podemos acudir a la Pirámide de Maslow, que plantea como necesidades básicas la respiración, alimentación, beber agua, entre otras.

De acuerdo a lo anterior, lo que aquí proponemos es que la evaluación de si un proyecto genera o no beneficios sociales sea efectuada caso a caso, analizando si efectivamente el proyecto presenta los elementos copulativos o no. Sin perjuicio, es posible esbozar lineamientos para facilitar dicha tarea. Por cierto, en esta evaluación el énfasis debe situarse en el *impacto real* de este *beneficio social* sobre la calidad de vida de las comunidades próximas y/o la sociedad, por ejemplo, el beneficio que trae una planta de tratamiento de aguas servidas a la comuna o comunas de donde provienen los residuos líquidos que serán tratados. Lo mismo ocurre con los rellenos sanitarios, con las líneas de transmisión eléctrica que se conecten al Sistema Interconectado Central o Sistema Interconectado del Norte Grande, o con los proyectos que se ejecutan dentro del desarrollo de algunas políticas públicas del Estado, los que tienen un factor común, esto es, que tienen como objetivo satisfacer necesidades básicas de la comunidad. Esta postura se sustenta con el argumento histórico, ya que los ejemplos citados por la ex ministra Ana Lya Uriarte en su exposición a la Cámara de Diputados durante la tramitación del proyecto de ley, hacen referencia precisamente a proyectos o actividades que tienen por objeto la satisfacción de necesidades básicas: *“Nos interesa llevar a la participación ciudadana aquellos proyectos que, aunque produzcan beneficios sociales, generen cargas ambientales negativas. ¿Cuáles son? Los proyectos de saneamiento, de infraestructura, energéticos; (...)”*⁶.

En conclusión, nos parece que lo lógico es analizar el beneficio social en el marco de la LBGMA, atendiendo que la definición dice relación con la utilidad que un proyecto o actividad presta a una comunidad próxima y/o a la sociedad, por lo que se debe acotar a una utilidad de carácter social relacionada a satisfacer necesidades básicas como la energía, agua potable, saneamiento, entre otras.

Otros autores plantean que *“(...) el beneficio social de un proyecto será la utilidad o provecho que la sociedad recibe por consecuencia del mismo y se verá normalmente manifestado en cosas como el desarrollo económico, el empleo, el desarrollo en infraestructura o las prestaciones que el proyecto puede prestar a la comunidad”*. Agregan que *“Así las cosas, salvo una difícil interpretación restrictiva*

⁶ Historia de la Ley N° 20.417, páginas 1.969-1.970, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

de los beneficios sociales, tenemos como consecuencia lógica que la inmensa mayoría de los proyectos que se someterán al SEIA tendrán esta característica, por cuanto de la revisión de las tipologías contenidas en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, no encontramos ningún proyecto que no produzca, aunque sea en menor escala, algún beneficio social”⁷.

Según lo planteado al inicio de este acápite, es claro que no compartimos esta interpretación amplia que se realiza al concepto de beneficio social, que intenta legitimar la apertura de un procedimiento de participación ciudadana en casi la totalidad de los proyectos o actividades que ingresan al SEIA. Lo anterior se sustenta en el elemento histórico, a partir del cual sólo se puede concluir que la interpretación debe ser restringida. Al respecto, la ex ministra Ana Lya Uriarte señalaba durante la tramitación del proyecto de ley que *“No es de interés llevar a la participación ciudadana aquellos proyectos que no generan un impacto o una carga negativa a la ciudadanía, ambientalmente hablando. Nos interesa llevar a la participación ciudadana aquellos proyectos que, aunque produzcan beneficios sociales, generen cargas ambientales negativas”⁸.*

Por último, otra interpretación dice relación con la equidad territorial, ya que durante la tramitación del proyecto de ley, la ex ministra en su presentación en el Senado señaló: *“(…) intenta establecer esta denominación de “carga ambiental” como un factor determinante de equidad territorial”⁹.* A nuestro parecer, la equidad territorial gatilla el interés legítimo de las personas “directamente afectadas” a solicitar la apertura de la PAC, sin definir el concepto de cargas ambientales. De acuerdo a lo anterior, las personas que se encuentran dentro del área de influencia del proyecto o actividad que les ocasiona externalidades ambientales negativas, están habilitadas por la ley para solicitar que se decrete la apertura de un proceso de participación ciudadana, cuestión que no detentan las demás personas naturales. Otra cosa es que una vez decretada la apertura cualquier persona natural o jurídica esté facultada para realizar observaciones ciudadanas.

(ii) La *externalidad ambiental negativa*, presupuesto para la realización de PAC en el proceso de evaluación de una DIA, no ha sido definida por el legislador. Por lo pronto, es posible afirmar que ella no constituye un efecto,

⁷ Ezio Costa Cordella y Paula Fuentes Merino, “La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente*, septiembre de 2011, página 99.

⁸ Historia de la Ley N° 20.417, páginas 1.969-1.970, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

⁹ Historia de la Ley N° 20.417, página 1.577, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

característica o circunstancia de los descritos en el artículo 11 de la LBGMA, pues ellos ameritan la presentación de un EIA, y la LBGMA establece distintos mecanismos para que un proyecto que es presentado a través de una DIA, pero que es susceptible de presentar los efectos, características o circunstancias, no sea admitido a trámite, o que derechamente se rechace en forma anticipada, según lo dispuesto en los artículos 14 ter y 18 bis de la LBGMA¹⁰.

Por otra parte, el referente que sí está presente en la legislación es el concepto de “*impacto ambiental*”, definido en el artículo 2 letra k) de la LBGMA como “*la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada*”.

Ante estas dos normas, creemos que corresponde entender que la externalidad ambiental negativa a que se refiere el artículo 30 bis de la LBGMA coincide con el “*impacto ambiental*” que generan los proyectos o actividades que se someten al SEIA.

De esta forma, existiendo comunidades próximas, lo que resulta relevante para determinar si un proyecto genera o no cargas ambientales, será el beneficio social, ya que entenderemos que todo proyecto o actividad que se encuentre en el listado taxativo del artículo 10 de la Ley N° 19.300 ocasiona externalidades ambientales negativas. Además, es importante señalar que un proyecto que ingrese en forma voluntaria, también puede generar cargas ambientales, en este caso, además de ser necesario determinar el beneficio social, será fundamental determinar la o las externalidades ambientales negativas, lo que se traduce en una carga probatoria para los solicitantes de la apertura de la PAC.

¹⁰ Artículo 14 ter de la Ley N° 19.300: “*El procedimiento de evaluación de impacto ambiental se iniciará con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir, con el objetivo de que no existan errores administrativos en el proceso de admisión a trámite de un proyecto*”.

Artículo 18 bis de la Ley N° 19.300: “*Si la Declaración de Impacto Ambiental carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o si el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento.*

La resolución a que se refiere el inciso precedente sólo podrá dictarse dentro de los primeros treinta días contados desde la presentación de la respectiva declaración de impacto ambiental. Transcurrido este plazo, no procederá devolver o rechazar la Declaración por las causales señaladas, debiendo completarse su evaluación.

En contra de la resolución que se dicte sólo podrá deducirse recurso de reposición dentro del plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación. El recurso deberá resolverse en el plazo de veinte días”.

Así, por lo general, el límite a este elemento de la carga ambiental no radica en la naturaleza de la externalidad ambiental negativa o impacto ambiental, sino en la presencia de esta o estas“(…) *en comunidades próximas* (…);” en palabras de la ex ministra, “*Se trata de aquellos proyectos que reportan un beneficio social pero que, al mismo tiempo, ocasionan gravámenes a los habitantes de la localidad donde se realiza*”¹¹.

2. Concepto de Comunidad Próxima

El inciso primero del artículo 30 bis de la LBGMA exige que las cargas ambientales tengan un receptor, cuando señala “(…) *proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas*” (énfasis agregado). Por otro lado, la definición legal de carga ambiental señala: “(…) *en localidades próximas* (…)” (énfasis agregado). De acuerdo a lo anterior, podemos decir en otras palabras, que no existen cargas ambientales sin comunidades o localidades próximas que las perciban.

La primera aclaración que amerita este concepto, es señalar que el concepto de carga ambiental está subsumido a la existencia de una comunidad próxima, y la localidad no es lo mismo que comunidad. Dentro de los componentes para dilucidar el concepto de comunidad, encontramos a la “localidad próxima”, relacionada al territorio próximo al proyecto o actividad que presenta cargas ambientales para esa comunidad. Por ende, tenemos claro el primer alcance para definir una comunidad próxima, este es, que la comunidad debe estar dentro del territorio próximo al proyecto o actividad.

Para determinar cuál es el territorio próximo al proyecto o actividad, que resulta relevante para dilucidar si estamos generando cargas ambientales a una comunidad próxima, estimamos que es necesario guardar una homologación con el área de influencia que el titular ha definido para su proyecto o actividad en la respectiva DIA, toda vez que la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental establece que las DIAs deberán determinar su área de influencia para justificar la inexistencia de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300. Lo anterior se sustenta en plantear que la comunidad relevante en este caso, es la comunidad que se encuentra

¹¹ Historia de la Ley N° 19.300, página 1.577, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

emplazada en el territorio próximo del proyecto o actividad y que es susceptible de recibir los impactos o externalidades ambientales negativas; es por esto que se propone homologar en este caso el territorio próximo con el área de influencia, ya que esta se define de acuerdo a la expresión territorial de los impactos que presenta ese determinado proyecto o actividad. Sin perjuicio de lo anterior, actualmente no se contempla la obligación de definir el área de influencia en el caso de los proyectos o actividades que ingresan mediante una DIA al SEIA, por lo que proponemos analizar los antecedentes que el titular debe presentar a la Autoridad Ambiental de acuerdo a lo dispuesto en la letra b) del artículo 12 bis de la Ley N° 19.300¹² y en la letra c) del artículo 15 del Reglamento del SEIA¹³.

Por ende, no existen cargas ambientales donde no existen comunidades emplazadas en el área de influencia del proyecto que las perciban, entendiendo por área de influencia el concepto incorporado en la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental¹⁴, actualmente en revisión ante la Contraloría General de la República.

Ahora bien, qué debe entenderse por comunidad; algunos podrían plantear que se trata de un grupo humano, de acuerdo al concepto que entrega el Reglamento del SEIA, pero nos parece correcto homologar ambos conceptos, ya que significa reducir la participación ciudadana a casos muy puntuales, dada la dificultad de presentar las características que determinan la presencia de estos grupos¹⁵.

¹² Artículo 12 bis letra b) de la Ley N° 19.300: *“Las declaraciones de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias: b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental”.*

¹³ Artículo 15 letra c) del Reglamento del SEIA: *“Las declaraciones de Impacto Ambiental deberán contener, a lo menos, lo siguiente: c) La indicación de los antecedentes necesarios para determinar si el impacto ambiental que generará o presentará el proyecto o actividad se ajusta a las normas ambientales vigentes, y que este no requiere de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento”.*

¹⁴ Artículo 2 literal a) de la propuesta de Reglamento del SEIA: *“Espacio geográfico cuyos atributos, elementos naturales y socioambientales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias”.*

¹⁵ Artículo 8 inciso 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: *“Se entenderá por comunidades o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo”.*

En consecuencia, nos parece que el espíritu de la LBGMA se refiere a la comunidad como un concepto amplio, tal como la define el Diccionario de la Real Academia Española: “*Conjunto de las personas de un pueblo, región o nación*” o “*Conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes*”, pero que se acota frente a la exigencia de la proximidad, es decir, al deber de estar dentro del área de influencia del proyecto o actividad.

3. Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Lo primero que corresponde citar, sobre qué proyectos o actividades generan cargas ambientales, es la propuesta sometida a consulta pública que presentó el SEA sobre el nuevo Reglamento del SEIA, que planteaba el siguiente criterio: “*Para los efectos de este artículo, se considera que pueden generar cargas ambientales únicamente los proyectos o actividades cuyas tipologías correspondan a las letras b), c), d), e), j) y o) del artículo 10 de la Ley o que contengan partes, obras o acciones a las que apliquen dichas tipologías*”¹⁶.

Luego, una vez finalizado el proceso de consulta, y el trabajo que se realizó dentro de la administración del Estado, corresponde citar el acuerdo N° 8/2012, de 28 de mayo de 2012, del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad que se pronuncia favorablemente respecto de la dictación del nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que en el inciso 5 del artículo 94 dispone: “*Se considera que generan cargas ambientales únicamente los proyectos o actividades cuyas tipologías correspondan a las letras a.1), b), c), d), e), f), j), y o) del artículo 3 de este Reglamento o que contengan partes, obras o acciones a las que apliquen dichas tipologías, así como cualquier otro proyecto o actividad cuyo objetivo consista en satisfacer necesidades básicas de la comunidad, tales como proyectos de saneamiento, agua potable, energía, entre otros*”¹⁷.

En consecuencia, el pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, propone perseguir la satisfacción de necesidades básicas como concepto para distinguir si un determinado proyecto o

¹⁶ Artículo 92 inciso 4 de la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sometida a consulta pública el año 2011.

¹⁷ Artículo 94 inciso 5 del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual fue aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, mediante acuerdo N° 8/2012, de 28 de mayo de 2012, actualmente en Contraloría.

actividad genera beneficios sociales, y como consecuencia a la homologación entre impacto y externalidades ambientales negativas, para poder concluir si se generan cargas ambientales.

La propuesta señala que las tipologías individualizadas más adelante van a generar cargas ambientales, pero además, cualquier otro proyecto o actividad cuyo objetivo consista en satisfacer necesidades básicas de la comunidad, entregando de esta manera cierta discrecionalidad a la autoridad para poder decretar la apertura de un proceso de participación ciudadana a otras tipologías de proyectos, luego de un análisis casuístico en los términos planteados en este documento.

Los proyectos o actividades que generan cargas ambientales son:

- a.1) Presas que soportarán el embalse de las aguas o que generen un embalse;
- b) Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones;
- c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW;
- d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas;
- e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;
- f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos;
- j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos;
- o) Proyectos de saneamiento ambiental.

Por otro lado, es importante señalar que la ley acota dicho concepto sólo a las etapas de construcción y operación, dejando por ende fuera la etapa de cierre y abandono.

3.1 Comentarios a la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

a) Creemos que es correcta la interpretación que realiza la propuesta del nuevo Reglamento del SEIA, ya que como se ha citado anteriormente, de la sola lectura del artículo 30 bis, y de su historia, se puede constatar que la aplicación de la PAC en las DIA no fue pensada para la totalidad de estas, sino sólo para algunos proyectos o actividades, los que generan cargas ambientales.

Para un correcto análisis, es necesario señalar que el concepto de carga ambiental ha sido motivo de críticas debido a que no existen antecedentes bibliográficos que permitan contar con insumos necesarios para definir con claridad este concepto introducido por la Ley N° 20.417. Por otro lado, no existe claridad respecto de su relación con las tipologías de proyectos, lo que ha generado una confusión sobre su alcance, ya que por un lado se puede afirmar que todos los proyectos o actividades sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) son susceptibles de generar cargas ambientales, pero por otro lado, luego del análisis de la historia de la ley, se puede sostener que la intención del legislador era asociar el concepto de carga ambiental a ciertas tipologías de proyectos.

En consideración a lo expuesto, nos parece que el concepto de carga ambiental debe entenderse necesariamente asociado a ciertas tipologías de proyectos que son susceptibles de presentar ambos elementos de dicho concepto. Luego, se debe realizar un análisis casuístico de cada proyecto o actividad para determinar si en la realidad presenta o no ambos elementos de dicho concepto, ya que existen casos en que tales elementos no se presentan. Un ejemplo de lo anterior es una planta de celulosa que cuenta con generación de energía y línea de transmisión para consumo propio, caso en el cual no existe un beneficio social. Por otro lado, existen proyectos que por tipología no están considerados, pero que podrían generar cargas ambientales, por ejemplo, la construcción de una obra de defensa fluvial, que ingresa por la letra a.4) del artículo 3 del RSEIA, que es impulsada por la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), caso en el cual podríamos decir que se presentan ambos elementos del concepto de carga ambiental, en el marco que el proyecto se materializa como parte del desarrollo de una política pública (mejoramiento de las defensas fluviales), dado que en el lugar habita una comunidad. Por último, recordar que los proyectos que se someten en forma voluntaria al SEIA, también son susceptibles de presentar cargas ambientales; la diferencia será que habrá que determinar ambos elementos de dicho concepto ya que, por regla general, la externalidad ambiental negativa está asociada al impacto de dicha tipología.

En conclusión, nos parece que siguiendo la interpretación literal e histórica de la LBGMA, se debe establecer un primer filtro mediante la asociación a ciertas tipologías que sean susceptibles de generar cargas ambientales, y luego se debe realizar un segundo filtro a través de un análisis casuístico para determinar si se presentan ambos elementos del concepto. En el caso

de proyectos que ingresan en forma voluntaria, hay que pasar de inmediato al segundo filtro, ya que es evidente que no se podrá asociar a una tipología.

b) Me parece que acotar el concepto a determinados ciclos de vida de los proyectos o actividades sometidos al SEIA es un error de parte del legislador, ya que hoy, como lo refleja la ley de cierre de faenas mineras, existe una tendencia en cuanto a evaluar el cierre de proyectos o actividades por sí mismos. Esta tendencia podría aplicarse al cierre y abandono de proyectos de saneamiento ambiental, y en estos proyectos no se podría decretar la apertura de la PAC, ya que la ley señala que sólo aplica para la “*construcción u operación*”.

3.2 ¿Cómo lo ha entendido la Autoridad Ambiental?

Lo que se busca en este acápite es reflejar a través de distintos ejemplos reales ocurridos a partir del 26 de enero de 2010, cómo la Autoridad Ambiental ha interpretado el concepto de carga ambiental.

El primer caso que nos interesa citar corresponde a la Resolución Exenta N° 059, de 21 de abril de 2011, de la Dirección Regional del SEA de la Región de Valparaíso¹⁸, la cual decreta el proceso de participación ciudadana en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Parque Eólico Llay Llay”, señalando en el considerando 6 “*Que, esta Dirección Regional estima que el proyecto Parque Eólico Llay Llay genera cargas ambientales para las comunidades próximas. En efecto, el proyecto es de aquellos que genera beneficios sociales, toda vez que su finalidad es producir energía eléctrica que alimentará el Sistema Interconectado Central, y existen localidades próximas susceptibles de sentirse afectadas por las externalidades ambientales negativas ocasionadas durante la construcción u operación del proyecto*”. Del texto citado, podemos rescatar que efectivamente un proyecto que produce energía que alimentará el Sistema Interconectado Central, es un proyecto que produce beneficios sociales. Sin embargo, nos parece que el criterio de la autoridad hace alusión a una asociación de una determinada tipología de proyecto, más que analizar detalladamente o motivar su resolución intentando dar luces acerca de la interpretación acerca de los componentes del concepto de carga ambiental.

¹⁸ http://seia.sea.gob.cl/archivos/RESOLUCION_N__059_INICIO_PAC_DIA_PARQUE_EOLICO_LLAY_LLAY.pdf

El segundo caso a analizar es el proyecto “Proyecto Central Geotérmica Curacautín”, en que mediante Resolución Exenta N° 679, de 23 de septiembre de 2011, de la Dirección Ejecutiva del SEA¹⁹, se decreta la realización de un proceso de participación ciudadana, señalando el considerando 8 de dicho acto:

“8. Que, por otra parte, esta Dirección Ejecutiva estima que el “Proyecto Central Geotérmica Curacautín”, genera cargas ambientales para las comunidades próximas.

En este sentido, cabe señalar que el Proyecto genera beneficios sociales, toda vez que su finalidad, es aportar al SIC aproximadamente 70 MW de energía eléctrica de manera sostenible y renovable, lo cual se ajusta a los lineamientos que la política energética del país ha propuesto como meta al año 2020, consistente en lograr un abastecimiento eléctrico cuya generación provenga en un 20% por fuentes renovables no convencionales. Además, contribuye a disminuir la vulnerabilidad externa del país, con costos de generación estable e independiente de las fluctuaciones de mercado de los combustibles, y en términos generales, de impactos ambientales controlados”. Esta vez, vemos que la autoridad desarrolla con mayor extensión y precisión el concepto de beneficio social, ya no sólo asociándolo a una determinada tipología, sino que explicando de qué forma dicho concepto motiva su resolución.

Por último, nos parece relevante citar la Resolución Exenta N° 0423, de 29 de mayo de 2012, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que resuelve rechazar el recurso jerárquico interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 33, de 05 de marzo de 2012, de la Dirección Regional del SEA de la Región de Valparaíso²⁰, la cual niega la solicitud de realizar un proceso de participación ciudadana en el proceso de evaluación de la DIA del proyecto “Estacionamientos Subterráneos Plaza O’Higgins, ciudad de Valparaíso”. Nos parece relevante destacar este acto administrativo, ya que la autoridad ambiental hace un esfuerzo en definir lo que entiende por concepto de carga ambiental, analizando los elementos de dicho concepto, entregando en su considerando 4, que más adelante se reproduce, claras bases respecto de lo que la autoridad ambiental entiende por beneficio social.

“4. Que, en relación al recurso jerárquico interpuesto por el señor David Christian Escobar Díaz, en representación de la Asociación de Anticuarios y Libreros La Merced A.G., en contra de la Resolución Exenta N° 33, de 05 de marzo de 2012, del SEA de la

¹⁹ http://seia.sea.gob.cl/archivos/PAC_DIA.pdf

²⁰ <http://seia.sea.gob.cl/archivos/Res.RechazaRJ19-12.PDF>

Región de Valparaíso, revisados los antecedentes del Proyecto y del presente recurso, esta Dirección Ejecutiva estima lo siguiente:

4.1 El inciso 6 del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 señala lo siguiente sobre el concepto de cargas ambientales: “Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación”. De acuerdo a la definición, es posible identificar dos elementos que se deben presentar para determinar que un proyecto o actividad genera cargas ambientales, esto es, por una parte, que el proyecto o actividad genere beneficios sociales, y por la otra, que ocasione externalidades ambientales negativas.

4.2 El Proyecto ocasiona externalidades ambientales negativas referidas a la generación de ruido, emisiones, residuos sólidos, entre otros, las que han sido correctamente identificadas en el Considerando 9 de la Resolución Exenta N° 33, de 05 de marzo de 2012, del SEA de la Región de Valparaíso.

4.3 En cuanto a que el Proyecto genere beneficios sociales, corresponde a esta Dirección Ejecutiva indicar que el concepto de beneficio social se debe entender como la utilidad que un determinado proyecto o actividad le entrega a la sociedad, utilidad que se debe analizar a la luz del objetivo particular de cada proyecto o actividad, confrontado con las necesidades básicas de la comunidad. De esta forma, se entenderá que generan beneficios sociales aquellos proyectos o actividades cuyo objetivo consista en satisfacer directamente necesidades básicas para la comunidad.

4.4 En relación al argumento de que el Proyecto genera beneficios sociales, de acuerdo a la relación de este con la Estrategia Regional de Desarrollo, por cuanto el Proyecto proporcionará a la ciudad nuevos espacios públicos, que le permitirán a los habitantes de la ciudad de Valparaíso una circulación vehicular y peatonal segura, cabe señalar que:

4.4.1 El artículo 9 ter de la Ley N° 19.300 dispone que “Los proponentes de los proyectos o actividades, en sus Estudios o Declaraciones de Impacto Ambiental, deberán describir la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal”.

4.4.2 El recurrente confunde la relación del Proyecto aludida en el artículo antes referido con la generación de beneficios sociales en el marco del concepto de cargas ambientales, toda vez que la construcción de un edificio de estacionamientos en ningún caso satisface necesidades básicas para la

comunidad. Además, los beneficios citados por el recurrente corresponden a una interpretación que el titular del Proyecto ha definido en relación a la obligación establecida en el citado artículo, y que debe ser evaluada por los órganos competentes durante el procedimiento de evaluación ambiental.

4.5 En cuanto a que el Proyecto genera ingresos a la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, ya que existe un contrato de concesión entre esta y el titular del Proyecto, corresponde indicar que el recurrente nuevamente confunde los alcances e interpretación que se debe dar del concepto de beneficio social dentro del marco del concepto de cargas ambientales, toda vez que alude a la generación de ingresos monetarios, los cuales no tienen una relación de causalidad con la satisfacción de necesidades básicas por parte de la Ilustre Municipalidad de Valparaíso”.

IV: ASPECTOS PROCEDIMENTALES

1. Requisitos formales: la solicitud deberá realizarse por escrito y presentarse dentro de un plazo. A falta de mayor regulación, debe estarse a lo dispuesto en la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en especial, el artículo 30, referido al inicio de procedimiento a solicitud de parte, establece los requisitos mínimos que debe contener dicha solicitud, a saber:
 - Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de su apoderado, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale, para los efectos de las notificaciones. Es indispensable que la solicitud indique domicilio o, en caso de tramitación electrónica²¹, correo electrónico.
 - Hechos, razones y peticiones en que consiste la solicitud. Los interesados deberán expresar claramente que solicitan la realización de un proceso de participación ciudadana para un proyecto

²¹ El artículo 14 bis de la Ley N° 19.300 dispone que “El procedimiento de evaluación de impacto ambiental y los actos administrativos que se originen de él, podrán expresarse a través de medios electrónicos, conforme a las normas de la ley N° 19.799 y su reglamento, y a lo previsto en este artículo.

(...)

(...)

Las observaciones que formulen las organizaciones ciudadanas y personas naturales a que se refieren los artículos 28 y 30 bis, podrán expresarse a través de medios electrónicos, conforme a las normas generales”.

determinado (DIA) y argumentar que en la especie concurren los requisitos que establece la ley, en particular que el proyecto genera una carga ambiental. Asimismo, en caso de tratarse de una persona natural, deberá indicar cómo sería directamente afectada por el proyecto.

- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio habilitado.
- Órgano administrativo al que se dirige.

2. Órgano competente: las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo según corresponde a un proyecto que sea susceptible de generar impactos regionales o interregionales. Estos órganos deberán examinar que las solicitudes cumplan con las formalidades arriba indicadas y que, en conjunto, reúnan el número mínimo exigido en la LBGMA. Luego, deberán analizar si el proyecto o actividad presentados mediante DIA es capaz de generar una carga ambiental para las comunidades próximas.

La discrecionalidad del órgano competente para decretar la realización de un proceso PAC en una DIA —reflejada en el vocablo “podrá”— se circunscribe, en consecuencia, a la interpretación que esta haga de la expresión “carga ambiental” y su aplicación al caso concreto.

3. Plazos: a) La solicitud deberá realizarse dentro del plazo de diez días contados desde la publicación en el Diario Oficial del listado de proyectos sometidos al SEIA; b) Dictado el acto administrativo que decreta la realización de la PAC, el plazo para presentar observaciones ciudadanas será de veinte días contados desde la notificación de este al último de los solicitantes (dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o diez personas naturales directamente afectadas); c) Si el proyecto es objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales, se deberá abrir una nueva etapa de PAC mediante un acto administrativo que así lo decrete, por un plazo de diez días contados desde la notificación en el Diario Oficial; y d) Tratándose de proyectos sometidos a evaluación de conformidad a lo establecido en el artículo 18 ter, el plazo para presentar observaciones ciudadanas será de diez días contados desde la notificación de la resolución que decreta la apertura de la PAC al último de los solicitantes.

4. Resolución que se pronuncia sobre la solicitud de PAC:

- **Contenido**
En aquellos casos en que no se haya presentado solicitud de PAC alguna en el plazo legal, el órgano competente se limitará a certificar tal circunstancia. En aquellos casos en que sí se presente una o más solicitudes, el Director Regional o el Director Ejecutivo, en su caso, resolverá en el sentido de acogerlas o rechazarlas. Cualquiera que sea el pronunciamiento, la resolución deberá ser fundada, tal como lo dispone el artículo 41 de la Ley N° 19.880.
- **Notificación**
La resolución que se pronuncia sobre la o las solicitudes de PAC en el marco de una DIA deberá ser notificada a cada uno de los solicitantes y al titular en su calidad de interesado. Tal notificación deberá efectuarse por carta certificada, conforme a la regla general en materia de procedimiento administrativo (art. 46 de la Ley N° 19.880), sin perjuicio de informar, adicionalmente, por una vía alternativa a requerimiento del solicitante.

5. Participación ciudadana:

- **Quiénes pueden participar**
A diferencia de los legitimados para solicitar la realización de un proceso de PAC en las DIA, el inciso 5° del artículo 30 bis se refiere a “cualquier persona, natural o jurídica”. Esta expresión, establecida en términos idénticos a propósito de la participación en la evaluación ambiental de los EIA, da cuenta de una ampliación en la legitimación activa para participar en la evaluación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al SEIA.

En consecuencia, el universo de personas que puede participar durante el proceso de PAC en la evaluación ambiental de una DIA es ilimitado; podrán hacerlo todas las personas, naturales y jurídicas, con la única restricción de cumplir las formalidades descritas en el punto 1 de este apartado. Ello significa, por ejemplo, que podrán participar personas jurídicas con fines de lucro y personas naturales no susceptibles de ser afectadas directamente por el proyecto o actividad.

6. Derechos de la PAC: a) Acceder y conocer el expediente físico y electrónico de la evaluación; b) Formular observaciones; c) Obtener

respuesta fundada de ellas; y d) reclamar en conformidad al artículo 20 de la LBGMA, cuando estimen que sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la respectiva resolución de calificación ambiental.

V. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Para determinar los recursos administrativos que proceden, es necesario distinguir los actos administrativos que la autoridad ambiental debe dictar, ya que es distinto el régimen recursivo del acto que resuelve decretar la PAC (acto de mero trámite frente al cual no proceden recursos) o rechazar la PAC en la DIA, de la RCA de una DIA en que se decretó dicho procedimiento de participación ciudadana.

1. Resolución Exenta que rechaza la solicitud de PAC: la LBGMA no dispone un recurso administrativo especial para los interesados, por lo que podemos afirmar que aplican los recursos ordinarios de reposición y jerárquico de la Ley N° 19.880, de acuerdo a los principios generales en la materia, como lo son aquellos establecidos en los artículos 15, 56 y 59 de dicha ley.
2. RCA de una DIA que tuvo PAC: la propia LBGMA establece en el inciso 5° del artículo 30 bis, que *“Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”*. Ahora bien, debe recordar que el recurso de reclamación es un recurso administrativo especial que, en consecuencia, desplaza la aplicación de los recursos ordinarios de reposición y jerárquico.

VI. CONCLUSIONES

Tal como veníamos exponiendo, quisiéramos expresar cuáles fueron las principales conclusiones a las que hemos arribado luego del presente trabajo, señalando lo siguiente:

En cuanto a la legitimación activa, recordemos que la Administración no puede decretar de oficio la realización de una PAC, ya que el texto de la ley sólo le reconoce esta legitimación a dos sujetos, estos son, a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Por organizaciones ciudadanas, proponemos a todas aquellas personas jurídicas que tengan un interés legítimo en representar y/o promover intereses ciudadanos. Para determinar cuáles son las personas naturales directamente afectadas, debemos identificar los impactos o externalidades ambientales negativas del proyecto o actividad.

Como requisitos para decretar la PAC, encontramos por una parte el concepto de carga ambiental y, por otra, la presencia de comunidades próximas.

El concepto de carga ambiental es un concepto económico, de difícil interpretación, que de acuerdo a los alcances y límites aquí analizados, debe presentar dos elementos copulativos: generar beneficio social y externalidad ambientales negativas. En relación al beneficio social, creemos que lo lógico es analizar dicho elemento como el aporte directo que realiza un proyecto o actividad a la satisfacción de necesidades básicas para la sociedad. Por otro lado, la externalidad ambiental negativa la homologamos al impacto ambiental que produce cada proyecto o actividad.

Las comunidades próximas se entienden como aquellas comunidades que se encuentran localizadas dentro del área de influencia del proyecto o actividad.

Respecto de la propuesta del nuevo Reglamento del SEIA, nos parece que la autoridad ambiental ha interpretado en forma adecuada el concepto de carga ambiental, siguiendo los elementos literal e histórico de la LBGMA.

EL DERECHO A CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO
AMBIENTAL CHILENO, SU ESTÁNDAR A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

THE RIGHT TO CONSULT INDIGENOUS PEOPLES IN
THE CHILEAN SYSTEM OF ENVIRONMENTAL IMPACT
ASSESSMENT, THE STANDARD ACCORDING TO NATIONAL
AND INTERNATIONAL JURISPRUDENCE

ÁVARO DURÁN SOTO¹

Sumario: Se analiza a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional la suficiencia o insuficiencia de la propuesta normativa del derecho-deber de consulta a los pueblos indígenas, del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, establecida en el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente de 30 de octubre de 2012; el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA) y que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2013.

En primer término, se analiza el estándar que debe cumplir la consulta, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, confrontándolo con las normas del nuevo RSEIA; además, se analiza la vinculación de esta normativa con el Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación del año 2009 que reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253, denominada Ley Indígena, a fin de regular la consulta y

¹ Abogado de la Universidad de Concepción, especialista en Derecho Indígena y Derecho Ambiental. Magíster en Evaluación Ambiental de Proyectos y Derecho Ambiental de la Universidad FinisTerrae y Diplomado en Postítulo “Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, impartido por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Curso Pueblos Indígenas y Tribales: Derechos y Desarrollo Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, realizado en el Centro Internacional de Formación de la OIT de Turín, Italia, en octubre de 2009, y Consultor Externo de la OIT.

participación a los pueblos indígenas y con el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social de fecha 15 de noviembre de 2013 que aprueba Reglamento que Regula Procedimiento de Consulta a los Pueblos Indígenas en virtud del artículo 6 Número 1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la OIT y Deroga el Decreto Supremo 124, resultado en gran parte del trabajo de la denominada Mesa de consenso o de diálogo.

Palabras clave: Convenio 169 de la OIT. Consulta a los pueblos indígenas. Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300. Reglamento de consulta y Participación Decreto Supremo N°124/2009 MIDEPLAN. Reglamento General de Consulta. Decreto Supremo N°66/2013 Ministerio Desarrollo Social. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Decreto Supremo N°40/2012 Ministerio del Medio Ambiente. Susceptibilidad de Afectación Directa. Artículo 6 Convenio 169 OIT. Impactos Significativos. Artículo 11 de la Ley N°19.300. Instituto de Derechos Humanos. Relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Suprema. Estándar de la consulta. Acciones judiciales y administrativas. Reclamación ante la OIT.

Summary: The adequacy or inadequacy of the proposed legislation of the right and duty to consult Indigenous Peoples held by Article 6 of Convention 169 of the OIT, established in Supreme Decree No. 40 Ministry of Environment October 30, 2012 the new System Regulation of Environmental Impact Assessment (RSEIA) and entered into force on 24 December 2013 is analyzed in the light of the doctrine and national and international

Firstly, the standard to be met by consultation, according to doctrine and national and international jurisprudence comparing it with the new standards discussed RSEIA also linking this legislation with Supreme Decree No. 124 of year 2009 of the Ministry of Planning which regulates Article 34 of Law No. 19,253, called Indigenous Law to norm the consultation and participation of indigenous peoples and the Supreme Decree No. 66 of the Ministry of Social Development dated 15 November 2013 approving Procedural Rules Regulating the Indigenous Consultation under Article 6 Number 1 letter a) and No. 2 of Convention No. 169 and repealing Supreme Decree 124, greatly as a result in much of the so called Consensus or Dialogue Table.

Key words: Convention 169 OIT, the Indigenous Peoples Consultation, General Law on the Environment 19.300, Consultation and Participation Supreme Decree No. 124/2009 MIDEPLAN, General Regulations

Consultation, Supreme Decree No. 66/2013 Ministry Development social Regulation System of Environmental Impact Assessment, Supreme Decree No. 40/2012 Ministry of Environment Susceptibility Direct involvement, OIT Convention 169 Article 6, Significant Impacts Article 11 of Law No. 19,300, Institute of Human Rights, United Nations Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the OIT, Inter-American Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Supreme Court, Standard query, prosecution and administrative complaint with the OIT.

INTRODUCCIÓN

Acomete este trabajo, la búsqueda de la respuesta a la pregunta de si la propuesta normativa para el derecho-deber de consulta a los pueblos indígenas, en adelante “PPII”, contenida en el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en adelante el “RSEIA”, que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2013, cumple con el estándar requerido por el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, número 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)², en adelante “el Convenio 169 OIT” o “C.169 OIT”, o expresado de otra forma, si la propuesta resulta suficiente o no para dar cuenta del mencionado estándar.

Para responder a la pregunta basal, fundamental es determinar el estándar de la consulta, lo que sin duda implicará referirse a sus principios, desentrañar el sentido y alcance del concepto medidas administrativas y de susceptibilidad de afectación directa, requisitos que hacen procedente la consulta de conformidad al artículo 6 del C.169 de la OIT. Para ello recurriremos a lo señalado por la propia Organización Internacional de Trabajo, en adelante “la OIT”, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional de Chile, en las sentencias que se han referido al Convenio 169 OIT y especialmente a la consulta, así como lo resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia a nivel nacional.

A continuación, en un segundo capítulo, se expondrá la propuesta contenida en el RSEIA; en un tercer capítulo, analizaremos la vinculación de la propuesta contenida en el RSEIA con la regulación que de la consulta se realiza en el Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación de septiembre de 2009, “que reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas” y el DS N°66 del Ministerio de Desarrollo Social del 13 de noviembre de 2013, que denominaremos Reglamento General de consulta a los Pueblos Indígenas, resultado del trabajo de la denominada Mesa de consenso o de diálogo.

² Decreto Supremo N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 02 de octubre de 2008 y publicado en el Diario Oficial con fecha 14 del mismo mes y año, que promulga el Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=279441&idParte=0>

En un cuarto capítulo, se desarrollarán las principales críticas formuladas a la propuesta y, por último, en un quinto capítulo, se analizarán las acciones judiciales, las acciones administrativas y ante el Tribunal Constitucional, intentadas en contra el RSEIA, así como reclamos ante la OIT y la Comisión Interamericana de DDHH. En base a lo expuesto, habrá que determinar las conveniencias y dificultades de la regulación y el desarrollo de la consulta a los Pueblos Indígenas en el SEIA.

Una conclusión necesaria es que la inclusión de la consulta a los pueblos indígenas en el marco del SEIA constituye, sin duda, una novedad en nuestro sistema jurídico, novedad que se replica en otros países del continente que han ratificado el C. 169 de la OIT. Lo cual requiere por parte de cada Estado definiciones, acerca de si la consulta se traducirá en un procedimiento general aplicable a todo procedimiento particular o si por el contrario cada norma sectorial deberá introducirlo. Pareciera que la autoridad ha determinado transitar por los dos caminos; sin embargo, late subyacente la idea que quizá la vía legislativa sea la más adecuada a objeto de obtener consensos sociales sobre la misma. Sin duda que una consulta desprovista de contenidos, contenidos que alcanzan los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, derechos respecto de los cuales el Estado no ha querido pronunciarse, generarán una mayor presión por sobre el Instrumento de Gestión Ambiental, SEIA, transformándolo en un instrumento de resolución de aquellas falencias en políticas públicas, pero ahora no sólo en materia ambiental, sino también en materia de derechos de los pueblos indígenas.

I. EL ESTÁNDAR DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Una cuestión previa a exponer y analizar, a objeto de la determinación del estándar de la consulta, dice relación con la naturaleza de los derechos contenidos en el C.169 de la OIT y, por ello, el derecho de consulta. Es un hecho ya poco discutido³ que el C. 169 de la OIT tiene el carácter de un

³ Una postura que objeta el carácter de derechos humanos a los contenidos en el C.169 de la OIT es la sostenida por José Manuel Valdivia, en su artículo “Alcances jurídicos del Convenio 169”, publicado en la Revista *Estudios Públicos*, 121 (verano 2011), del Centro de Estudios Públicos, disponible en http://www.cepchile.cl/1_4765/doc/alcances_juridicos_del_convenio_169.html#.UkwTudJWxcY y, por su parte, Manuel Matta Aylwin y Santiago Montt Oyarzún, en su artículo “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en

tratado internacional de derechos humanos. De esta conclusión se sigue una serie de consecuencias importantes de considerar, como que todo el Sistema Internacional de Derechos Humanos resultara aplicable, con ello el deber del Estado y sus agentes de respetar, salvaguardar, sin discriminación, los mencionados derechos. También será aplicable la interpretación evolutiva que implica que cualquier nuevo estándar que mejore el anterior debiera incorporarse automáticamente, algo así como la teoría del bloque constitucional de los derechos fundamentales, pero aplicado en el ámbito del derecho internacional y que tiene su concreción normativa en el artículo 35 del C.169 OIT⁴; por ello es común apreciar en las recomendaciones de los organismos de seguimiento de tratados internacionales, en los informes de los organismos de derechos humanos y en la academia vinculada al tema, que el estándar debe adecuarse a aquel establecido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas o vía la aplicación del *Ius Cogens* o de los principios generales del derecho que se le dan aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al momento de determinar cuál es el estándar de la consulta a los PPII, distinguiremos el ámbito internacional del nacional; en el primero de ellos, atenderemos a lo que la OIT ha señalado, en los informes y recomendaciones formulados por la Comisión de Expertos y Recomendaciones, en adelante “la CEACR” de la OIT, de lo expresado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en adelante “el SIDH”, integrado por los pronunciamientos, informes o sentencias de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante “la Comisión IDH” y “la Corte IDH”, respectivamente; en esta línea atenderemos las recomendaciones efectuadas por el Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los PPII, James Anaya, cuyos informes forman parte de la Jurisprudencia del Sistema Internacional de Derechos Humanos y, para el ámbito nacional, recurriremos a las sentencias que sobre la materia ha dictado la Corte Suprema de Justicia y eventualmente alguna sentencia de la Corte de Apelaciones, respecto de la cual no exista recurso alguno pendiente.

Chile”, publicado en la Revista Estudios Públicos, 121 (verano 2011), del Centro de Estudios Públicos y disponible en: http://www.cepchile.cl/1_4767/doc/una_vision_panoramica_al_convenio_oit_169_y_su_implementacion_en_chile.html#.UkwtoNJWxcY; sostienen que el inciso segundo del artículo 15 del C. 169 OIT, en la parte referido a la participación en los beneficios, no tendría el carácter de un derecho humano; ver pág. 169.

⁴ Artículo 35. *La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.*

En la concurrencia de los ámbitos ya señalados y, en el entendido que el mencionado estándar internacional se actualiza con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los PPII, atenderemos a lo planteado por el INDH, y los Centros de Derechos Humanos de las Universidades de Chile y Diego Portales⁵. Los informes anuales del INDH y de los centros de derechos humanos de las universidades mencionadas, requieren como estándar el consentimiento libre, previo e informado, de conformidad a las normas contenidas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶.

Dado que el objeto de este trabajo es analizar la consulta a los PPII, en los términos establecidos en el nuevo RSEIA, el análisis se centrará en la consulta establecida en el artículo 6 del C. 169 de la OIT, sin perjuicio de referencias tangenciales a la consulta establecida en el artículo 15 del mismo C. 169 de la OIT⁷, que para efectos prácticos distinguiremos entre la

⁵ Los informes de dichos centros discurren sobre la base de las fuentes previamente mencionadas.

⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)], 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

⁷ 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;

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

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

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

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente.

Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

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

consulta general, para referirnos a aquella referida en el artículo 6 de aquella especial y referida a los recursos naturales cuando estos son de propiedad del Estado. Sin perjuicio que este derecho de consulta es consagrado en otras disposiciones del C. 169 de la OIT⁸.

Elementos de la consulta a los pueblos indígenas

De análisis del artículo 6 del C. 169 de la OIT, se concluye que sus requisitos son:

1. **Procedencia de la consulta:** cuando se prevean (a) medidas administrativas, (b) susceptibles de afectar directamente a los PPII.
2. **Sujetos de la consulta:** los PPII susceptibles de ser afectados directamente, en particular a través de sus organizaciones representativas y por otra parte el Estado que es el encargado de realizarla.
3. **Mediante procedimientos apropiados, en particular a sus instituciones representativas.**
4. **Objeto de la consulta:** la medida administrativa que se prevé, esto es, antes de su dictación.
5. **Principios de la consulta** del análisis del inciso segundo del artículo 6 se concluye que la misma debe efectuarse de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias.
6. **Finalidad de la consulta:** llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La OIT y las características y el estándar de la consulta a los pueblos indígenas

La OIT al referirse a los aspectos previamente mencionados, habla de características de la consulta y la trata en conjunto con la participación de los PPII establecida en el artículo 7 del C. 169 de la OIT y cita las normas de la UNDRIP⁹.

en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

⁸ Se establece este derecho además en los artículos 7, 17, 27 y 28 del C. 169 de la OIT.

⁹ Organización Internacional del Trabajo, Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en La Práctica —Una Guía Sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, p. 58a 78. Disponible en

A continuación, analizaremos lo que para la OIT, constituye el mencionado estándar de la consulta; para ello recurriremos a su más recientes manuales y al Informe General de la CEACR de la OIT del año 2011 dedicado exclusivamente al derecho a la consulta; en su caso recurriremos a una somera mención de pronunciamientos particulares de la CEACR de la OIT.

La Observación General de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Recomendaciones y Convenios de la OIT, respecto del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169). De fecha 24 de febrero de 2011¹⁰, además de entregarnos información sobre lo que la OIT entiende por el alcance de la consulta, efectúa un análisis de la historia de los artículos 6 y 15 del C. 169 de la OIT, principales disposiciones referidas a la consulta a los PPII, análisis que nos permite determinar el sentido y alcance de los términos usados en los artículos 6 y 15 del C. 169 de la OIT, así se expresa:

En relación con el artículo 6, los amplios trabajos preparatorios sobre esta disposición sugieren que los mandantes tripartitos quisieron reconocer:

- a) que las poblaciones indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente;*
- b) que este derecho de participación debería ser efectivo y brindarles la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas;*
- c) que, para que tal derecho sea efectivo, debe ser respaldado por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo con las condiciones del país;*
- d) que la aplicación de este derecho debería adaptarse a la situación de las poblaciones indígenas y tribales interesadas, a fin de conferirles en cada caso el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.*

La Comisión tomó nota de la evolución del texto del artículo 6 durante las dos discusiones realizadas por la Conferencia y de la redacción del artículo 6, a). El texto propuesto por la Oficina antes de la primera discusión señalaba que los gobiernos deberían “buscar el consentimiento de los pueblos interesados”. Esta redacción fue modificada por la Conferencia durante la primera discusión a fin de señalar que los gobiernos deberían

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf. En adelante “Una Guía sobre el Convenio”.

¹⁰ ILC.100/III/1^a, Informe completo publicado en: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/lang--es/docName--WCMS_151559/index.htm, páginas 860 a 875 referido a la consulta.

“consultar plenamente con los (pueblos/las poblaciones interesados/as)”. En base a los comentarios recibidos de los mandantes entre la primera y segunda discusión realizadas por la Conferencia, la Oficina suprimió la palabra “plenamente”. En su lugar, la Oficina propuso un párrafo adicional al artículo 6 que dice lo siguiente:

Quedando el artículo como aparece en el texto definitivo y final.

La Oficina explicó que con el párrafo 2 se pretendía aclarar el significado y alcance del párrafo 1, a). Se trata de la versión final del texto tal como lo adoptó la Conferencia durante la segunda discusión. Una serie de enmiendas propuestas durante esa discusión no se aceptaron. Se hizo referencia al consenso alcanzado en relación a que el término “consultas” significaba consultas efectuadas de buena fe. Asimismo, la Comisión tomó nota de la declaración realizada por un representante de la Oficina durante la segunda discusión respecto a que al elaborar el texto del párrafo 2 la Oficina “no quiso sugerir que las consultas referidas deberían resultar en la obtención de un acuerdo o el consentimiento de lo que se consulta, sino que quiso expresar un objetivo para las consultas”.

El párrafo 2 del artículo 15 estipula que “... los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de sus pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

Durante la segunda fase de los trabajos preparatorios, la Oficina explicó que mientras que la propuesta original que se incluía en la propuesta de conclusiones sobre esta disposición incluía la frase “recabar el consentimiento” que habría exigido la obtención del consentimiento, desde la primera discusión estaba claro que esta expresión no era aceptable para un número suficientemente amplio de Miembros y que por consiguiente no podía incluirse en el texto propuesto que se sometería a la Conferencia para una segunda discusión. La Oficina sugirió otra versión del texto con la intención de dar a entender que debería procurarse de buena fe obtener el consentimiento de los pueblos interesados antes de emprender actividades de esta índole en sus territorios, sin prejuzgar que dichos pueblos tengan poder de veto sobre las decisiones gubernamentales. El texto de la Oficina se refería al artículo 6 del Convenio propuesto en el que se utilizaban las palabras “recabar el consentimiento de estos pueblos”. El texto final adoptado por la Conferencia fue el resultado de una solución negociada de una serie de disposiciones. Como resultado de ello, el texto del artículo 15 se modificó para que rezase “con miras a consultar a los pueblos interesados”.

Sólo el artículo 16 relativo al traslado, la reubicación y el derecho a regresar a sus tierras tradicionales contiene una referencia expresa a una formulación muy precisa del consentimiento. El párrafo 2 del artículo 16 prevé expresamente el “consentimiento”, dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los pueblos

*indígenas cuando la reubicación de las tierras que ocupan se considere necesaria como una medida excepcional*¹¹.

Hemos hecho referencia expresa al artículo 16¹² del C. 169 OIT, en lo que a traslado de los PPII se refiere, por cuanto —como se verá— el nuevo RSEIA contempla y norma esta situación en el inciso 4 de su artículo 7, en que para el caso de reasentamiento o traslado de los PPII, el fin de la consulta es la obtención del consentimiento con las excepciones que en tal disposición se contempla.

En el informe antes referido, se desarrolla lo que se ha dado en denominar el estándar de la consulta, que, parcialmente, será replicado en sentencias de nuestra Corte Suprema¹³.

... La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión —con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas— de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte

¹¹ Ver cita 11.

¹² Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

¹³ Sentencias en: DIA “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, Corte de Apelaciones de Antofagasta: Rechaza, Rol N°782-2010, Corte Suprema, Revoca y Acoge, Rol N° 258-2011. DIA Parque Eólico Chiloé (CS acoge), Corte de Apelaciones de Puerto Montt: Rechaza, Rol N° 239-2011. Corte Suprema: Revoca y Acoge, Rol N°10090-2011 y DIA Proyecto Sondaje Minero Paguanta (CS acoge), Corte de Apelaciones Iquique: Rechaza, Rol N°472-2011, Corte Suprema: Revoca y Acoge, Rol N° 11040-2011.

acceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Por consiguiente, la Comisión considera importante que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas y tribales establezcan de forma prioritaria, mecanismos apropiados de consulta con las instituciones representativas de esos pueblos. Debería realizarse una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia...¹⁴.

... En el caso del Ecuador, el Comité tripartito, en su informe aprobado por el Consejo de Administración en 2001, se refirió a los trabajos preparatorios del Convenio y declaró que consideraba que el “concepto de las consultas a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.

El Comité tripartito indicó que no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y que las consultas deberían realizarse antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental. Teniendo en cuenta los trabajos preparatorios, en este caso el Comité tripartito llegó a la conclusión de que aunque el artículo 6 no requiere que se alcance un consenso en el proceso de consultas previas, establece que los pueblos interesados deben poder participar libremente en todos los niveles de formulación, aplicación y evaluación de las medidas y programas que les afectan directamente, a partir de la fecha en la que el Convenio entre en vigor en el país.

En la reclamación presentada contra Colombia en virtud del Convenio, el Comité tripartito, en su informe aprobado por el Consejo de Administración en 2001, consideró que el concepto de “consulta” en virtud del Convenio debe comportar el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, que implique comunicación y entendimiento, respeto mutuo y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. El Comité tripartito llegó a la conclusión de que una reunión de mera información o reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6 y 15, 2) del Convenio.

En el caso de la reclamación presentada contra Argentina, el Comité tripartito, en su informe aprobado por el Consejo de Administración en 2008, señaló que el artículo 6 no incluye entre sus requisitos para que la consulta sea válida, la obtención del consentimiento, aunque sí exige que la consulta tenga el objetivo de alcanzarlo, lo cual

¹⁴ Ver cita 11.

requiere la instauración de un proceso de diálogo, intercambio verdadero y buena fe entre los diferentes interlocutores.

Por último, en la reclamación presentada contra Brasil, el Comité tripartito, en su informe aprobado por el Consejo de Administración en 2009, proporcionó una amplia explicación sobre el proceso de consultas previsto en virtud del artículo 6 del Convenio. En este caso el Comité tripartito recordó que los mecanismos de consulta y participación son la piedra angular del Convenio y que su finalidad no es formal sino que fueron previstos para que los pueblos indígenas puedan participar efectivamente en su propio desarrollo. El Comité tripartito indicó que la consulta se debe efectuar mediante procedimientos apropiados a las circunstancias, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En relación con los “procedimientos apropiados”, el Comité tripartito señaló que no hay un único modelo de procedimiento apropiado y que estos procedimientos deberían tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas interesados, así como la naturaleza de las medidas que son objeto del proceso de consulta¹⁵.

En la Observación general de la CEACR del año 2011—ya citada— se concluye, respecto del estándar que:

En relación con la naturaleza de las consultas, de la revisión de los trabajos preparatorios en relación con el Convenio núm. 169 y de la revisión del Convenio en los dos textos que dan fe, la Comisión concluye que la intención de los redactores del Convenio era que la obligación de consultar en virtud del Convenio significase que:

- 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

¹⁵ Ídem.

*implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento*¹⁶.

De lo anteriormente expuesto se concluye:

1. El proceso de consulta implica un proceso de diálogo genuino, *caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.*

2. *Las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio.*

3. *Procedimientos apropiados: “... no hay un único modelo de procedimiento apropiado y que estos procedimientos deberían tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas interesados, así como la naturaleza de las medidas que son objeto del proceso de consulta...”.*

“... los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión —con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas— de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes.

4. *Carácter previo. Con suficiente antelación, “... las consultas deberían realizarse antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental”.*

5. *Respecto de la finalidad de la consulta: dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento.*

Sin embargo, no hay un pronunciamiento respecto de cuáles son las instituciones representativas de los PPII, ni cómo son estas determinadas. La respuesta la encontramos en las guías o manuales de la OIT, en las que se expresa que:

Con respecto a la determinación de las instituciones representativas, los órganos de control de la OIT han señalado que “lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”. Sin dejar de reconocer que esta determinación puede resultar una tarea difícil en muchos casos, los órganos de control de la OIT pusieron de relieve que “si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas

¹⁶ Ídem.

*de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio*¹⁷.

Por su parte, en el más reciente manual de la OIT¹⁸, se indica que sus instituciones representativas se deben determinar:

... Tomando en cuenta las características del país, las especificidades de los pueblos indígenas y el tema y el alcance de la consulta, se puede determinar cuáles son las instituciones representativas. Dependiendo de las circunstancias, la institución apropiada puede ser representativa a nivel nacional, regional o comunitario; puede ser parte de una red nacional o puede representar a una única comunidad. El criterio importante es que la representatividad debe determinarse a través de un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas. Esto también implica que una institución indígena no puede reclamar representatividad sin poder identificar claramente a sus miembros y su responsabilidad hacia esos miembros. En algunos casos, la supuesta falta de representatividad de una determinada institución se impugnó ante los tribunales, o fue señalada ante los órganos de control de la OIT.

Cuando se impugna la representatividad o en circunstancias en las que diversas instituciones se impugnan mutuamente, la identificación de una única institución representativa puede resultar imposible... Cuando se realizan consultas más específicas, su alcance depende de la naturaleza de los estudios de evaluación de impacto previstos en el Artículo 7(3) del Convenio. Para garantizar que las instituciones concernidas sean representativas hay que ir en algunos casos más allá de las instituciones tradicionales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y las características y estándar de la consulta a los pueblos indígenas

Expuesto el estándar y principio de la consulta de acuerdo a la consideración de la OIT, brevemente referiremos, a lo que sobre la materia plantea el SIDH, a través de la Corte IDH. En este punto se debe considerar que para el SIDH, y ello ha quedado plasmado en sus informes y sentencias, la consulta constituye un derecho de ius cogens, un principio general de derecho.

¹⁷ Ver Ob. cit 10. “Una Guía sobre el Convenio”, pág. 61.

¹⁸ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013, pág. 15. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

La Corte IDH¹⁹ ha estimado que, por parte de los Estados, hayan ratificado o no el Convenio 169 de la OIT o suscrito la DNUDPI y que han ratificado la CADH y se han sometido a la jurisdicción de la Corte, se han infraccionado y violado de los derechos establecidos en la CADH, al efecto ha vinculado el deber de consulta con los derechos de propiedad comunal (artículo 21.1), el derecho a la identidad cultural (relacionado con la propiedad 21 art. 1.1, y 29 letra b) de la CADH, artículo 2.2 y 5 del C. 169 OIT)²⁰, los derechos de participación (artículos 23) y en todos los casos al principio de no discriminación, artículo 1.1 y 2 establecidos en la CADH, sin perjuicio de su aplicación como norma de ius cogens o perentoria y su consideración como principio general del derecho.

En el fallo del pueblo Saramaka con Surinam entre las cuestiones que deben ser objeto de consulta, indica: “sobre el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres”²¹.

De conformidad a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículos 26 y 27) que consagra el principio de ius cogens que obliga a que los tratados deben ser cumplidos de buena fe y que, por otra parte, los Estados no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno para no dar cumplimiento a las obligaciones de los tratados y considerando la Resolución sobre la acción de la OIT, concerniente a los PPII

¹⁹ Corte I.D.H., *Casos: Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27.06.12. Serie C N°245; *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12.08.08. Serie C N°185; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28.11.07. Serie C N°172; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29.03.06. Serie C N°146; *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15.06.05. Serie C N°124; *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17.06.05. Serie C N°125; y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31.08.01. Serie C N°79.

²⁰ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27.06.12. Serie C N°245, Párrafos 212 a 220.

²¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 16. Ver también Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(c).

y Tribales²², las mismas obligan a los Estados en el marco del principio de flexibilidad establecido en el artículo 34 C. 169 OIT, a su implementación, y supone realizarla en cooperación con los PPII (artículo 2 C. 169), una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los PPII y así como se indica en un considerando del DS 124, a partir de su publicación se daría inicio a un proceso de consulta.

El Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los pueblos indígenas y el estándar de la consulta

El Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, también ha desarrollado el contenido del estándar. Especialmente relevantes son sus informes, uno especial sobre la consulta en el proyecto de Reforma Constitucional para el Reconocimiento de los Pueblos Indígenas en Chile²³, uno temático sobre la consulta²⁴ y uno referido a las industrias extractivas y los pueblos indígenas²⁵, que dado el propósito y extensión de este trabajo no analizaremos.

La academia, las organizaciones no gubernamentales y el estándar de la consulta a los PPII

Un análisis sobre el estándar de la consulta, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a nivel nacional es el realizado por la ONG

²² Resolución adoptada el 27.06.89, por Conferencia General OIT, 76a. Reunión. En la misma oportunidad suscripción del C. 169 OIT. Punto 3.

²³ Apéndice A titulado “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, de la Adición al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, del año 2009; “La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/39/PDF/G0916239.pdf?OpenElement>, páginas 22 a 36.

²⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, año 2009, A/HRC/12/34 15 de julio de 2009, disponible en: http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/El_deber_de_consulta.pdf

²⁵ Informe del Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”, presentado el 1 de julio de 2013, Al Consejo de Derechos Humanos, 24º período de sesiones. ONU, documento A/HRC/24/41, disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>

Observatorio Ciudadano²⁶, el Instituto Nacional de Derechos Humanos en sus Informes Anuales sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, de los años 2010 a 2013²⁷ y por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en sus Informes Anuales sobre Derechos Humanos en Chile desde los años 2009 a 2013²⁸. En todos estos análisis (por cierto dando aplicación del principio de interpretación progresiva de las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos), el estándar se ve actualizado, por aquel incorporado por otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia internacional, cuerpo que abarca, además de las sentencias y resoluciones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los informes de los órganos de seguimiento de tratados, los informes del Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas.

No nos detendremos en el análisis pormenorizado de todos estos informes, sí lo haremos respecto de aquellos referidos específicamente al RSEIA, una vez que exponamos la normativa del nuevo RSEIA referida a la consulta a los pueblos indígenas, tampoco entraremos en el debate acerca de la suficiencia de la consulta indígena de los artículos del nuevo RSEIA referidos a la consulta indígena, sin desconocer que existen, de parte de organizaciones indígenas, alegaciones en tal sentido, así como de que la regulación de la consulta a los pueblos indígenas, contenida en el RSEIA, no cumple con el estándar del C. 169 de la OIT²⁹, como recientemente ha sido expuesto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁰.

²⁶ Aylwin, José (coordinador), Meza-Lopehandía, Matías y Yáñez, Nancy, en *Los pueblos indígenas y el derecho*, de la Colección Derecho en Democracia, Editorial Lom, primera edición año 2013, páginas 345 a 415.

²⁷ Disponibles en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/51>

²⁸ En Informes Anuales sobre Derechos Humanos en Chile de la Universidad Diego Portales, correspondientes a los años 2009 a 2013, en todos ellos capítulo 7, disponibles en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/archivo/informe-anual/>

²⁹ Ver Declaración pública de “Autoridades Ancestrales y Dirigentes de Los Pueblos Indígenas Autoconvocados”, bajo el título: “Comunicamos Nuestro Rechazo Total al Nuevo Reglamento de Consulta Indígena en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, por la que, entre otras cosas, exigen al Presidente de la República, poder Judicial, Legislativo y organismos de derechos humanos nacionales e internacionales la anulación inmediata del RSEIA, que incluye la fraudulenta consulta a los pueblos indígenas. Disponible en: <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=10824>. Comunicado de prensa de la demanda de la Alianza Autónoma de Pueblos Indígenas Recurre de Protección contra Reglamento del SEIA (aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en mayo de 2012). Disponible en: <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=8779>

³⁰ Ver Audiencia al Observatorio de Pueblos Indígenas, representado por la abogada Nancy Yáñez; la Consejera Nacional de la CONADI, Claudia Pailalef, y el Presidente de la Comunidad

Nos centraremos en el análisis de la suficiencia regulatoria de la consulta contenida en el RSEIA respecto del estándar establecido en el C. 169 de la OIT. Esta tarea no es de fácil resolución, puesto que de conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el estándar debe ser el señalado en la DNUDPI y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello significa que la finalidad de la consulta es la obtención del consentimiento, previo libre e informado, en todo caso (artículo 19) y específicamente en el caso de almacenamiento y eliminación en tierras y territorios de los Pueblos Indígenas de materiales peligrosos (artículo 29.2), antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (artículo 32.2); tanto el C. 169 de la OIT (artículo 16) y la DNUDPI (artículo 10) lo requieren para el caso de traslado y reubicación de los pueblos indígenas; por su parte, la Corte IDH, en las sentencias en los casos Saramaka con Surinam y Srayaku con Ecuador, lo contempla para el caso de proyectos que afectación los sistemas de vidas y costumbres de los Pueblos Indígenas. Además y aunque no lo dice expresamente el artículo 4.2, en el documento cuadro comparativo entre el C. 169 de la OIT y la DNUDPI³¹, se establece como norma que requiere el consentimiento el artículo 4.2, al requerir que las medidas que el Estado adopte para salvaguardar “las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”, “no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”, aunque ello no es replicado en los manuales de la OIT; en uno de ellos³² se refiere al artículo 4, como aquel en que se emplean otro términos para referirse a la participación.

Los elementos, características y el estándar de la consulta en la Jurisprudencia Nacional

En esta parte, analizaremos preferentemente las sentencias de la Corte Suprema, conociendo apelaciones respecto de sentencias dictadas por Corte

Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos, Campusano Vilches, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/sesiones/150/default.asp>

³¹ Oficina Regional para América Latina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, año 2008, página 15. Disponible en <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/CUADRO-COMPARATIVO-ENTRE-en-el-convenio-169.pdf>

³² Ver op. cit. 10, página 61.

de Apelaciones del país, resolviendo recursos de protección interpuesto por personas, comunidades, organizaciones de pueblos indígenas, en contra de las Comisiones de Evaluación Ambiental o el SEA por actos trámites dictados en el marco de los procesos de evaluación ambiental o en contra de RCA que calificaron favorablemente proyectos, obras o actividades de DIA o EIA, que estimaban afectaban las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, a desarrollar una actividad económica, el derecho de propiedad³³. De todas ellas, la que en el mayoría de los casos acogidos se ha estimado vulnerada es la igualdad ante la ley, en razón de que al haberse omitido la consulta, se ha omitido un trámite señalado por la ley (el C. 169 de la OIT), por lo que la respectiva RCA se torna infundada, arbitraria e ilegal³⁴.

Debemos distinguir aquellas materias a las que se refiere la jurisprudencia en relación a la consulta establecida en el C. 169 de la OIT y el proceso de evaluación ambiental. Así, una primera cuestión será la de la suficiencia de la PAC establecida en la Ley N°19.300 y el RSEIA para dar cumplimiento al estándar al de la consulta del C. 169 de la OIT. En esta materia podemos apreciar tres etapas: de suficiencia de la PAC para cumplir con la consulta establecida en el C. 169 de la OIT³⁵, la PAC debe cumplir el estándar del C. 169 de la OIT³⁶ y la tercera de una PAC que esté regida por el estándar del C. 169 de la OIT³⁷. Entiendo que en esta última etapa se manifiesta la insuficiencia de la PAC para cumplir con el estándar del C. 169 de la OIT.

³³ Garantías consagradas respectivamente en los numerales 2, 6, 8, 21 y 24 de la Constitución Política de la República de Chile.

³⁴ En las sentencias se vincula el derecho de igualdad ante la ley, a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1 de la CPR y el artículo 1 de la Ley N°19.253.

³⁵ Sentencias en: EIA Ducto CELCO: “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, Corte de Apelaciones de Valdivia: Rechaza, Rol N° 148-2010, Corte Suprema Confirma, Rol N°4078-2010, DIA Piscicultura Palguín (CS rechaza) “Piscicultura Palguín”, Corte de Apelaciones de Temuco: Acoge, Rol N° 1705-2009, Corte Suprema, Revoca y rechaza, Rol N°1525-2010, EIA Proyecto minero catanave (CS confirma rechazando) “Exploración Minera Proyecto Catanave”, Corte de Apelaciones de Arica: Rechaza, Rol N°9-2011, Corte Suprema, Confirma, Rol N°2262-2011.

³⁶ Sentencias en DIA Planta de transferencia de residuos Lanco-Panguipulli, Corte de Apelaciones de Valdivia: Acoge, Rol N° 243-2010, Corte Suprema: Confirma, Rol N°6062-2010. DIA Línea de transmisión eléctrica Loncoche-Villarrica, Corte de Apelaciones de Temuco: Rechaza, Rol N° 150-2011, Corte Suprema: Confirma, Rol N°4289-2011.

³⁷ Ver Sentencias en cita 13.

Además, en estos tres últimos fallos hay un matiz cuya inclusión es relevante y que daría cuenta de indicios de que el SEIA, en los términos concebidos en la Ley N° 19.300 y su reglamento, podría no ser suficiente por sí solo para cumplir con lo dispuesto en el Convenio 169 y ello se refiere a:

- Fallo parque eólico Chiloé (considerando octavo) se requiere respecto del contenido de la consulta que esta permita a los pueblos indígenas: “... **posibilidades reales de influir** en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”.
- Fallo Paguanta (considerando noveno) se expresa que el proceso en las condiciones realizadas no ha permitido a los pueblos indígenas tener “... **posibilidades reales de influir** en la gestación y forma de desarrollo del mismo...” con el mismo fin.
- Fallo del Plan Regulador de San Pedro de Atacama (considerando octavo), se dispone: “... Sin embargo, desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues estos, en ese escenario, no tienen **posibilidades reales de influir** en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”³⁸.

Lo anterior demanda el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.3 del C. 169 que dispone:

Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y³⁹sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas” (Lo destacado es nuestro).

Norma que no fue declarada como autoejecutable por el Tribunal Constitucional (TC) en las sentencias pronunciadas durante la tramitación del mencionado Convenio en el Congreso Nacional en el

³⁸ Ídem.

³⁹ También la Corte Suprema en materia penal ha dado aplicación a normas respecto de las cuales el TC manifestó su inaplicabilidad. Sentencia Recurso de Casación por Malón en el Alto Biobío, así también en materia proteccional en el fallo el Morro en que da aplicación expresa al artículo 15, N°2, disposición que expresamente el TC había declarado como programática.

marco de su aprobación los años 2000 y 2008, en causas signadas roles 309 y 1050 antes referidas.

Se debe recordar que el artículo 85 del RSEIA señala que los pueblos indígenas en el proceso de consulta deben tener la posibilidad de influir respecto de las medidas de mitigación, compensación y reparación para los impactos significativos; ella sería la forma de inclusión y la posibilidad de influir que demanda la jurisprudencia. Sin embargo dar cumplimiento, en el marco de la evaluación ambiental a la realización, en cooperación con los PPII, de estudios de impacto social, espiritual, cultural y sobre el medioambiente, no resulta posible, por cuanto los estudios son ambientales, los que incluyen la afectación al medio humano y cultural y son presentados por titulares que no son el Estado, salvo proyectos obras o actividades de proyectos públicos, así la posibilidad de influir en el diseño del proyecto debiera darse en una etapa previa a su ingreso al SEIA.

En los fallos de los recursos de protección referidos a las RCA del EIA del proyecto minero Morro⁴⁰ y de la por DIA del proyecto “Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire”⁴¹, no hay un pronunciamiento sobre la suficiencia de la PAC o de la Socialización para cumplir con la consulta. Se refieren —antes bien— a la omisión del EIA respecto de la Comunidad Agrícola de los Huasco Altinos y la necesidad de una audiencia de consulta para la misma y la ausencia de afectación directa o impacto de significancia a las comunidades recurrentes y la necesidad de acreditar razonablemente la afectación directa, para la DIA referida a la LT Melipeuco Freire, lo que se replica en las recientes sentencias referidas a la DIA “Planta Cátodos de Camarones”⁴² y sobre EIA “Centro de Manejo y Tratamiento de Residuos sólidos Chiloé”⁴³.

En este punto debemos mencionar que el Tribunal Constitucional, pese a señalar que la consulta resulta una institución jurídica que no tiene reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁴, indica que tratándose de consulta en el ámbito minero resultan suficientes los mecanismos de

⁴⁰ Sentencia en EIA “Proyecto Minero El Morro”, Corte de Apelaciones de Antofagasta: Acoge Rol N° 181-2011 y la Corte Suprema Confirma, Rol N° 2211-2012.

⁴¹ Rol N° 1602-2012. Corte Suprema.

⁴² Corte Apelaciones Arica: Rechaza, Rol N°40-2012, Corte Suprema: Confirma, Rol N° 7079-2012.

⁴³ Corte de Apelaciones de Puerto Montt: Rechaza, Rol N° 190-2012 y Corte Suprema: Confirma, Rol N° 8408-2012.

⁴⁴ Considerando 6 de la sentencia del TC, en rol N°309, año 2000.

participación contemplados en la Ley N°19.253, en su artículo 34 y en la Ley N°19.300⁴⁵. Entendemos que respecto de la propiedad minera la Jurisdicción Ordinaria no ha fundado sus sentencias en esta última alegación para excluir de la consulta el procedimiento concesional minero, pues para ello se han fundado en la naturaleza judicial del procedimiento.

De ello se deriva la insuficiencia de las meras reuniones informativas o de sociabilización del contenido de los EIA o DIA no resultan suficientes para dar cumplimiento al estándar⁴⁶.

Una segunda materia dice relación a la existencia y acreditación de la Susceptibilidad de Afectación Directa (SAD) y su relación con los Impactos Significativos establecidos en el artículo 11 de la Ley N°19.300.

La Corte Suprema, antes de la regulación contenida en el DS N°40 del MMA, que a partir de lo dispuesto en la letra d) del artículo 11 de la Ley N°19.300 y artículo 8 del RSEIA, que asimila SAD con Impactos Significativos, sobre el supuesto basal que el establecimiento de proyectos en o próximos a pueblos indígenas determina su impacto o afectación, en sus fallos confirma esta tesis planteada por el SEA en sus informes en el marco de los recursos de protección, interpuestos en su contra o de las CEA; por otra parte se asienta la idea de que los recurrentes deben acreditar razonablemente la afectación directa o los impactos significativos en su contra; con ello se reafirma la tesis que la consulta resulta procedente cuando estamos en presencia de EIA y no de DIA; esta doctrina se asienta a partir de la sentencia de la Corte Suprema, que resolviendo la apelación en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco que había acogido el recurso de protección en contra de la CEA de la Región de la Araucanía, rechaza el recurso⁴⁷; sin embargo, con anterioridad a esta sentencia, la Corte Suprema, sin la precisión y la aplicación de los principios de proporcionalidad,

⁴⁵ Considerando 70 de la sentencia, Rol N°309, año 2000.

⁴⁶ Sentencias en cita 14.

⁴⁷ Ver cita 41. Además, la Excelentísima Corte Suprema, en causa **Rol N° 8616-2013**, siguiendo la línea argumentativa anterior confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 17.09.13 que **rechazó** el Recurso de Protección Interpuesto por Comunidad Indígena Juan De Dios Ancamil III, de la comuna de Curarrehue, representada por don Pedro Francisco Mayo Ñanco y doña Orfelina Antipichun Tracañanco en contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía por Resolución Exenta N° 91 de fecha 15 de abril de 2013, que calificó favorablemente el **Proyecto “Central Hidroeléctrica Pangui”**, cuyo titular es RP El Torrente Eléctrica S.A. Rol N° 1377-2013, expresa (lo destacado es nuestro).

razonabilidad ya había desarrollado⁴⁸ y más aún —en un más reciente fallo además de citar los fallos precedentes— afirma que es necesario que la afectación directa entendida como impacto significativos se produzca respecto de actividades propiamente o exclusivamente indígenas⁴⁹. Como sabemos, la SAD resulta ser un requisito esencial, junto a lo que entendemos por medidas administrativas y judiciales, para determinar la procedencia de la consulta.

Respecto de la conceptualización de medida administrativa, para efectos del SEIA, resulta claro que el acto administrativo terminal del Proceso de Evaluación Ambiental, la Resolución de Calificación Ambiental, es una medida administrativa; tal declaración corresponde a los Tribunales de Justicia, quienes no dieron aplicación a la definición de medidas administrativas, contenida en el DS N°124 de MIDEPLAN, el que en su artículo 4 las definía como planes, políticas y programas, excluyendo expresamente los actos administrativos.

Visto así, nuestro máximo Tribunal de Justicia es el que en primer lugar nos dice que las RCA son medidas administrativas y que en la medida que causen SAD deben consultarse, pero al mismo tiempo y en el ámbito de los procedimientos concesionales, indica que no es el lugar en que debe realizarse la consulta, fundado en que no es posible determinar la SAD.

La nueva reglamentación general de la consulta continúa excluyendo de la consulta los actos administrativos concesionales, vía la restricción de lo que entendemos por medida administrativa y SAD, temas que son tratados conjuntamente⁵⁰.

⁴⁸ En este sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema, en el caso del proyecto “Piscicultura Palguín”, sentencia recaída en los autos Rol N° 1525-2010, causa caratulada “Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de La Araucanía”; en el mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema, en el caso del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, sentencia recaída en los autos Rol N° 6062-2010, causa caratulada “Faumelisa Manquepillan c. C/ Com. Medio Ambiente”.

⁴⁹ Fallo sobre DIA en “Mini Central de Pasada Huenteleufu”, Corte de Apelaciones de Valdivia: Rechaza, Rol N°1944-2013, Corte Suprema, Confirma: Rol N°10945-2013.

⁵⁰ Ver artículo 7 en DS N°66 de 13 de noviembre de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/Reglamento_Consulta_IndigenaDS66_Contraloria.pdf y <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961&idVersion=2014-03-04>

A nuestro criterio, no hay por parte de la jurisprudencia un desarrollo de qué debe entenderse por buena fe, procedimientos apropiados o sus instituciones representativas⁵¹, sino la reiteración de lo señalado por el propio C.169 de la OIT⁵².

II: LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Como lo hemos anticipado, en esta parte expondremos la regulación que de la consulta efectúa el RSEIA. Para su examen debemos considerar que el derecho (para los pueblos indígenas)-deber (para los Estados) de consulta, se ejerce y cumple en un proceso el que está sometido a un procedimiento; así podemos hablar de derecho-deber, proceso y procedimiento de, como etapas de un mismo derecho. Analizaremos cuanto de ello hay en la regulación que de la consulta se efectúa en el RSEIA. Por otra parte, estudiaremos cómo el Sistema de Evaluación de Impacto ambiental se hace cargo de los requisitos de procedencia de la consulta, esto es, la existencia de una medida administrativa Susceptible de Afectar Directamente, en adelante (SAD), a los pueblos indígenas, lo que supone examinar las hipótesis que contempla el SEIA, específicamente para los pueblos indígenas.

Estudiaremos cómo el SEIA determina a los sujetos de la consulta, estos son los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas, para concluir con un análisis comparado de la regulación general de la consulta, el Decreto Supremo N°66 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

⁵¹ Podría entenderse que en fallo referido al EIA del proyecto el Morro, al señalar que la CADHA tiene la calidad de comunidad indígena extiende la conceptualización de sus organizaciones representativas.

⁵² A este respecto, una restrictiva concepción de la determinación de las mismas podemos encontrar en la Sentencia del TC, que conociendo del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la modificación a la Ley de Pesca rol N°2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados, considerando 23°.

Antecedentes de la regulación de la consulta a los pueblos indígenas en el SEIA

La instalación de la consulta en el SEIA no obedece a una situación querida por el ejecutivo; ello queda de manifiesto con lo dispuesto en los artículos 14⁵³ y 5⁵⁴ del DS 124 de MIDEPLAN, hasta antes del DS N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, el Reglamento General de Consulta y Participación; así la primera de las disposiciones señalaba que eran medidas administrativas los planes, políticas y programas, por lo que los actos administrativos como las RCA y los actos administrativos concesionales, no debían ser objeto de consulta; el segundo artículo disponía que los proyectos de inversión en tierras o áreas de desarrollo indígena a que se refiere la Ley N°19.253⁵⁵, serán sometidos al procedimiento de consulta y participación que la respectiva norma sectorial señale, siendo facultativo para el respectivo órgano, aplicar el procedimiento de consulta y participación que contempla el DS. 124.

Obviamente que lo anterior, nos lleva indefectiblemente al SEIA, pues a esa fecha era el único procedimiento administrativo, referido a proyectos de inversión (sus DIA o EIA), que contemplaba un Procedimiento de Participación Ambiental Ciudadana (artículos 29 y ss. de la Ley N°19.300⁵⁶), PAC.

Dicha norma si bien no fue invocada por la Corte Suprema y por la Corte de Apelaciones, más que en un par de casos⁵⁷, en la práctica la idea de

⁵³ “Artículo 14. Medidas a ser consultadas. Las medidas que deberán ser consultadas son las medidas legislativas y las medidas administrativas.

Inciso 2º: Medidas administrativas son 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 4º del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”.

⁵⁴ Artículo 5º. Proyectos de inversión. Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidos en la ley N° 19.253, cuando corresponda, serán sometidos a los procedimientos 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.

⁵⁵ Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

⁵⁶ Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁵⁷ En el PROYECTO MINERO CERRO CASALE, la Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N°26-2013, en su sentencia que rechazó la protección requerida, sólo aludió formalmente al DS. 124, como normativa que recogería los criterios de la consulta. Otro caso donde se aplicó

suficiencia de los procesos de participación formó parte de una primera tendencia jurisprudencial⁵⁸, la que luego es superada por aquellas que requieren que los procesos de PAC en el SEIA, cumplan⁵⁹ y posteriormente se rijan⁶⁰ por el estándar establecido en el C. 169 de la OIT, expresando que las meras reuniones de información o de socialización no son suficientes para garantizar el derecho de los pueblos indígenas de influir en los proyectos respectivos⁶¹.

En todas esta jurisprudencia queda asentado que las RCA, acto administrativo terminal del proceso de evaluación ambiental, son medidas administrativas; con ello ampliaba la conceptualización de medida administrativa establecida en el inciso 2° del artículo 14 del DS 124.

Sin embargo y hasta la entrada en vigencia del DS N°66 del Ministerio de Desarrollo Social de noviembre de 2013, la Contraloría General de la República aplicó el DS 124 de MIDEPLAN, entre ellos para la toma de razón del DS N°40 del Ministerio del Medio Ambiente y del propio DS N°66.

El ejecutivo se ve compelido a reconocer estas circunstancias, y que la consulta había sido instalada por los Tribunales de Justicia en el SEIA y la oportunidad para hacerse cargo de ello, era el mandato del legislador de generar un nuevo RSEIA que se hiciera cargo de las modificaciones introducidas a la Ley N°19.300 y al SEIA por la Ley N°20.417⁶²; entre esas modificaciones, está la inclusión de un inciso segundo al artículo 4 que contempla el principio de Participación Ciudadana y que establece que:

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

este decreto, aunque sin ninguna incidencia en la decisión de la cuestión de fondo, fue la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, respecto de la obra pública denominada AMPLIACIÓN, REPOSICIÓN RUTA S-30 TEMUCO —NUEVA IMPERIAL— SECTOR TEMUCO LABRANZA, REGIÓN DE LA ARAUCANÍA, Rol N° 1155-2010 Protección y en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, referida al proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, rol N° 148-2010, pero el considerando fue eliminado por la Corte Suprema, Rol N°4078-2010.

⁵⁸ Ver cita 36.

⁵⁹ Ver cita 37.

⁶⁰ Ver cita 14.

⁶¹ Ídem.

⁶² Que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

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.

Es en base al propio C. 169 de la OIT, en aquellas normas declaradas autoejecutables⁶³, la jurisprudencia mencionada y el inciso segundo del artículo 4 de la Ley N°19.300, sirven de sustrato para la realización de los procesos de consulta realizados en el SEIA, hasta antes de la entrada en vigencia del DS N°40.

La regulación de la consulta en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Ella se contiene en el artículo 85 del RSEIA, norma que dispone:

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 vigente⁶⁴.

⁶³ Las referida a la consulta y participación artículo 6 N°1 letra a) N°2 y artículo 7 N°1 parte final.

⁶⁴ Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de fecha 30 de octubre de 2012 y publicado en el Diario Oficial 12 de agosto de 2013, Aprueba el Reglamento del

Un breve análisis de la disposición anterior, nos permite concluir:

1. La consulta a pueblos indígenas es sin perjuicio de la Participación Ciudadana establecida en los artículo 29 y siguientes de la Ley N°19.300 y artículos 83 a 87 de RSEIA, salvo lo referido a la consulta.

Del análisis de dichas disposiciones es posible concluir que si bien la consulta a pueblos indígenas (artículo 85 del RSEIA) está inserta en el Título V De la Participación de la Comunidad en el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, Párrafo 1° Normas Generales, ella no es lo mismo de la PAC.

Que se contemplan otros mecanismos que no son consulta ni PAC, especialmente para los PPII. Estas son las reuniones con Grupos Humanos Pertenecientes a los Pueblos Indígenas (RGHPPI) en su artículo 86 y en el artículo 27, con fines diversos.

2. Que los efectos, características o circunstancias a que se refieren los artículos 7, 8 y 10, que corresponden a los IS de los literales c) d) y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300, y que hacen procedente la consulta, se extienden a aquellos referidos a los artículos 5, 6 y 9 del RSEIA, por lo dispuesto en sus inciso finales, que expresan que cuando exista riesgo respecto de la salud de Grupos Humanos Perteneciente a los PPII (GHPPI), se produzcan efectos adversos significativos, sobre la cantidad y calidad de los recurso naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire en lugares con presencia de GHPPI o en el caso que se genere alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico de una zona o lugares con presencia de PPII, se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos en los términos del artículo 8 y en el caso de los artículos 6 y 9, deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el artículo 7.

3. Que en razón de lo anterior sólo hay consulta a los PPII, en el caso de Estudios de Impacto Ambiental en que se reconozcan estos impactos por el titular o así se determine por la autoridad y que esta ejerza las facultades legales y reglamentarias a objeto de que el titular los reconozca, si en su criterio existen o en su caso ejerza las facultades señaladas en los artículos 15 bis y 18 bis de la Ley N°19.300 correspondiente a los

artículos 36 y 48 del RSEIA y según se trate de EIA o DIA, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 bis de la Ley N°19.300 en relación con los artículos 37 y 49 del RSEIA.

En el DS N°40, hay otras disposiciones referidas a los pueblos indígenas (PPII)⁶⁵, que conforman una construcción sistemática, conforme a la cual se logra explicar la inclusión de la consulta indígena en el SEIA; partiremos analizando los requisitos de procedencia de la consulta, contenidos en la letra a) del N°1 del artículo 6 del C. 169 de la OIT, que estemos en presencia de una **Medida Administrativa**, es un supuesto que si bien no se expresa se asume, luego de una profusa Jurisprudencia que así lo entiende y entendió, pese a lo que se expresaba en el DS N°124 de MIDEPLAN, en cuanto a la **Susceptibilidad de Afectación Directa (SAD)**, se indica que esta se produce cuando estamos en presencia de alguno de los **Impactos Significativos (IS)** a que se refieren los artículos 5 a 10 del RSEIA y que corresponden a los literales del artículo 11 de la Ley N°19.300, planteándose que el supuesto de SAD podría contenerse exclusivamente en el impacto a que se refiere la letra d) del artículo 11 de la Ley N°19.300, coincidente con el artículo 8 del RSEIA, en la parte que se refiere a localización en o próxima a población protegida por leyes especiales **susceptibles de ser afectadas**, la utilización de términos coincidentes confirmaría la tesis que la SAD en el SEIA significa la concurrencia de alguno o alguno de los IS antes referidos. Por otra parte, el supuesto es que no es posible entender ningún impacto a los PPII si no existe localización en o próxima al proyecto; sin embargo, acá hay que detenerse en lo que dispone el artículo 8 del RSEIA referido a localización y valor ambiental del territorio, primeramente en lo que dispone en su inciso segundo, cuando nos entrega una primera regla para determinar la localización en o próxima del proyecto o actividad a población protegida, así dispone que lo es:

⁶⁵ En el RSEIA DS N°40 los artículo 2 letra h), 5, 6, 7, 8, 9, 10, 18, 19, 27, 61 inciso 2°, 83 inciso 2°, 85, 86, 92 inciso 2° y 96 inciso 4° se refieren a los pueblos indígenas (PPII); en la primera de ellas se agrega un concepto de PPII, también se utiliza la expresión Grupos Humanos Perteneciente a los Pueblos Indígenas (GHPPI), los impactos significativos (IS) o Susceptibilidad de Afectación Directa (SAD) referida a los PPII o GHPPI y que hacen procedente la consulta a los PPII, los requisitos de las DIA y los EIA en lo que a PPII y GHPPI se refiere, el análisis temprano de SAD a los GHPPI, la notificación e informe de la RCA a los PPII que participaron en el Proceso de consulta indígena, la facultad de solicitar la colaboración a los órganos del Estado con competencia en materia de desarrollo indígena y la consulta a pueblos indígenas, la Reunión con GHPPI y la procedencia de estas cuando estemos en presencia de modificaciones sustantivas a DIA o EIA. En total dieciséis artículos.

... cuando estas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad”.

En su inciso 3° entiende que poblaciones protegidas por leyes especiales son los pueblos indígenas, independientes de su forma de organización, y en su inciso 8° expresa:

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan⁶⁶.

Como veíamos de conformidad a la letra d) del artículo 11, lo que determina que el impacto sea significativo, es que la población protegida se encuentre en o próxima al proyecto y sea susceptible de ser afectada. El artículo 8 en su inciso 2° establece que la población protegida se encuentra en o próxima al proyecto si se encuentra en el área de influencia del proyecto, área de influencia que es definida en la letra a) del artículo 2 como:

El área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias.

Así, para los PPII, es el área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto genera IS los PPII.

Luego el regulador, en el inciso 8°, nos dice que para determinar la susceptibilidad de afectación a la población protegida deben considerarse *la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan.*

En el artículo 9 del artículo 2 del DS N°95 del MINSEGPRES del año 2002, el anterior RSEIA, en su inciso 2° expresa: *“A objeto de evaluar si el proyecto o actividad se localiza próximo a población, ... susceptibles de ser afectados, se considerará:*

a) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales.

De lo expuesto es ello es posible concluir:

⁶⁶ Lo destacado es nuestro.

I. Que, en el RSEIA se establecen requisitos que no están en la Ley N°19.300, artículo 11 letra d).

II. Se agrega que el proyecto o actividad debe estar **localizado en** o próximo a población protegida por leyes especiales susceptibles de ser afectados (inciso 1° artículo 8); en el RSEIA anterior, en cambio, se hablaba que la magnitud o duración de la **intervención o emplazamiento en o alrededor** de áreas donde habite población protegida por leyes especiales (letra a) inciso 2° artículo 9°).

En el DS N°40 se precisa que la población protegida se encuentra en o próxima a población protegida por leyes especiales cuando se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad⁶⁷.

III. Que, la regulación anterior:

A. No expresaba que la población protegida por leyes especiales son los PPII.

B. No señalaba que el proyecto o actividad puede encontrarse localizado “en” población protegida, sino la regulación anterior hablaba de “... en o alrededor de áreas donde habiten”.

C. Señala que la magnitud y duración (no incluía la extensión) **de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor** se considera para evaluar si el proyecto o actividad **se localiza próximo a población** y no para evaluar la susceptibilidad de afectar población protegida que es lo que se plantea en la nueva regulación.

IV. Que supone que la población protegida (el pueblo, comunidad o Grupo Humano Perteneciente a los PPII) **habite en el lugar**, habitación que no se condice con otros usos que debieran considerarse para efectos de determinar la localización en el territorio, o que dicen relación con actividades propias de su cosmovisión; con ello también se contradice la idea que la localización en o próxima se entiende cuando los PPII se encuentran en el área de influencia del proyecto y esta abarca el área o espacio geográfico, cuyos atributos o elementos socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto genera IS los PPII. No hay tampoco consideración a una afectación territorial, desde el punto de vista de Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), Espacios Costeros Marítimos de Pueblos

⁶⁷ Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza **en o próxima a población protegida**, cuando estas se encuentren **en el área de influencia del proyecto o actividad**.

Originarios (ECMPO) y menos desde la conceptualización contenida en los artículos 13 y 14 del C. 169 de la OIT. Cuestión que escapa obviamente a las competencias del SEA.

Es necesario:

- Respecto de las expresiones en o próximo a población protegida y su relación con el área de influencia del proyecto a efectos de determinar los IS, los atributos o elementos socioculturales de los PPII y cómo se relaciona este espacio geográfico con la habitación que requiere el RSEIA para determinar la susceptibilidad de afectación (SA).
- Respecto de la determinación de la SA del proyecto o actividad a los PPII, es necesario precisar qué entenderemos por magnitud, duración y extensión de la intervención y el alcance de la expresión habitan, considerando lo señalado en el párrafo anterior.

4. Que el fundamento legal se encuentra en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley N°19.300⁶⁸, disposición que en su inciso primero se refiere al principio de participación; el tenor del mencionado inciso segundo es el siguiente:

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 vigentes⁶⁹.

La referencia a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sin duda se refiere al C. 169 de la OIT, así como otros que se refieran a los PPII, verbigracia, la Convención Sobre Diversidad Biológica⁷⁰, en su artículo 8 letra j) referida a los conocimientos ancestrales de los PPII⁷¹.

⁶⁸ Inciso agregado por la Ley N°20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente y modifica la Ley N°19.300.

⁶⁹ Lo destacado es nuestro.

⁷⁰ Promulgado mediante Decreto Supremo N°1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Fecha 24.12.1994 y publicado en el Diario Oficial con fecha 28.12.1995, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18766> y en <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

⁷¹ Sobre el particular resultan relevantes las directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente

Es esta norma, la que ligada a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°309 del año 2000⁷², junto con las sentencias de la Corte Suprema⁷³ que señalan que el lugar para la realización de la consulta, por lo menos respecto de los proyectos de inversión que ingresan al SEIA es en marco de la evaluación ambiental, junto con la escasa aplicación y rechazo del DS N°124 de MIDEPLAN del año 2009, lo que determina que el ejecutivo decidiera regular la consulta en el marco del SEIA.

5. Se reproduce en forma casi idéntica lo dispuesto en el artículo 6 en sus N° 1 letra a) y N° 2 del C. 169 de la OIT, agregando que **los mecanismos apropiados deberán considerar las características socioculturales propias de cada pueblo y que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación**. La posibilidad de influir es tomada de la jurisprudencia nacional⁷⁴, la que expresamente utiliza esta expresión haciéndola extensiva a los proyectos; la jurisprudencia, entendemos recoge esta idea de la Observación General sobre el C. 169 de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT⁷⁵.

Es criticado por las organizaciones indígenas, que el diseño y desarrollo del Proceso de Consulta Indígena (PCI), sea obligación del SEA, entienden que es el Servicio el que en forma unilateral y exclusiva diseña y desarrolla el PCI.

por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, Akwé Kon Pronunciado como {aguay-goo}, término mohawk holístico con el significado de “todo en la creación” que ha proporcionado la comunidad de Kahnawake situada cerca de Montreal en donde se han negociado las directrices. Disponible en: http://www.biotech.bioetica.org/d144.htm#_Toc101175474

⁷² Dicha sentencia declara autoejecutable lo dispuesto en el artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del C. 169 de la OIT, pero no son las únicas disposiciones declaradas autoejecutables, pese a lo propalado por el Gobierno de Chile, en el sentido que esas serían las únicas disposiciones autoejecutables; por otra parte, el TC sólo se pronunció respecto de la alegación de inconstitucionalidad in integrum del C. 169 de la OIT y de disposiciones específicas artículos 6 inciso 1°, 7 inciso 2°, 9, 10, 14, 15, 17 inciso 2° y 22 incisos 2° y 3°, a que se refería el requerimiento formulado por los diputados de la Alianza por Chile, disponible con el N° de rol en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

⁷³ Ver citas 36, 37 y 14.

⁷⁴ Ver cita 14.

⁷⁵ Comisión de Expertos en la Aplicación Convenios y Recomendaciones de la OIT adopta la Observación General sobre el C. 169, en su 81 reunión, junio de 2010, y es aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, y publicada con fecha 24 de febrero de 2011. Páginas 860 a 865, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf

En la práctica el SEA acuerda con las propias comunidades la metodología o mecanismo para la realización de los PCI.

6. El servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones; estimo que tal frase no era necesaria por cuanto, ya previamente, se señalaba que los pueblos indígenas deben tener la posibilidad de influir en el proceso de evaluación y forman parte del proceso de evaluación de los Informes Consolidados de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA) y las Adenda, mediante la cual el titular da respuesta al ICSARA; quizás con ello se ha querido reafirmar tal facultad o que arroje el proceso de consulta con los PPII, se debe incorporar en el ICSARA, para que posteriormente el titular se haga cargo de dichos requerimientos. Lo anterior se vincula con el derecho a la Información que tienen los PPII en los PCI.

Si bien la norma no lo dice, se concluye que la consulta puede durar lo que dure un proceso de evaluación de un EIA, esto es, 120 días prorrogables por otros 60 días, en total 180 días; a ello habrá que descontar el tiempo necesario para la elaboración del ICE, en el cual debieran estar las conclusiones del PCI.

Para los participantes en el PCI no se confieren los derechos contemplados en los artículos 29 de la Ley N° 19.300 y 78 del RSEIA.

Respecto de la vía recursiva, a los participantes de un PCI no le asiste el derecho a recurrir de reclamación para el caso que sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en la resolución de calificación ambiental, por cuanto no se encuentran en el supuesto que establece el inciso 4° del artículo 29 de la Ley N° 19.300 y el artículo 78 del RSEIA, la PCI, no es la PAC y el derecho está establecido para aquellas personas que participan en la PAC. Por lo que para poder ejercer dicho derecho deberán ser participantes del respectivo proceso PAC. De tal forma se requeriría de una reforma legal que haga extensivos estos derechos a los participantes en un PCI.

7. En el inciso segundo del artículo 85, establece una limitación no contemplada en el artículo 6 del C. 169 de la OIT, por cuando señala que la Susceptibilidad de Afectación Directa que demanda el C. 169, además de ser restringida al supuesto de “manera exclusiva”, restringiendo por

ello la consulta a los PPII afectados de manera exclusiva, requisito no contemplado en el artículo 6 del C. 169 de la OIT.

8. En lo referido a la finalidad de la consulta, el C. 169 de la OIT en el numeral 2 del artículo 6 dispone que es “... *llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”, obligación de medios y no de resultados y así lo ha entendido la OIT. En la parte final del inciso 2° del artículo 85, se agrega que “No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica afectación al derecho a la consulta”; entiendo que se quiere recalcar la idea que la no obtención del acuerdo o el consentimiento, no constituye veto.

Lo anterior es criticado por las organizaciones indígenas, quienes aspiran al estándar establecido en la DNUDPI y por la Corte IDH, como hemos señalado previamente, además de fundamentar el requisito del consentimiento en el concepto de autodeterminación o autogobierno.

9. El Inciso tercero del artículo 85, en lo referido a la calidad de indígena de los individuos que participan en los PCI, ha querido dejar de manifiesto que la misma se acredita conforme a la Ley N° 19.253, ello pensamos, a objeto de limitar o precisar la aplicación de lo dispuesto en el C. 169 de la OIT, en el número 2 de su artículo 1, que establece: “2. *La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*”; sin embargo, si nos detenemos en esta disposición, claramente su aplicación es a grupos y no a individuos y se refiere a su autoidentificación.

En la letra h del artículo 2 del RSEIA, referido a las definiciones, se define pueblos indígenas como:

h) Pueblos Indígenas: Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas, aquellos que define el artículo N°1, literal b) del Convenio 169 de la OIT, reconocidos en el artículo primero inciso segundo de la ley 19.253.

Se entenderá que un individuo tiene la calidad de indígena cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.253.

A su vez, se considerará que los individuos señalados en el inciso anterior podrán constituir grupos humanos en los términos del artículo 7° del presente reglamento, independientemente de su forma de constitución u organización.

Conceptualización que en sus dos primeros incisos casi idéntica a la establecida en el DS N°66 del MDS del 15 de noviembre de 2013⁷⁶, con las siguientes salvedades: en el RSEIA se precisa que la referencia es a la caracterización de sólo los pueblos indígenas en países independientes, que es a la que se refiere la letra b) del N°1 del artículo 1; en igual sentido, se precisa que es el inciso segundo del artículo 1 de la Ley N° 19.253, es el que se refiere a los nueve pueblos indígenas reconocidos por el Estado de Chile.

En la definición anterior del RSEIA, se agrega un inciso tercero, inexistente en el DS N°66 del MDS, cuyo propósito es dar cobertura y reconocimiento de pertenencia a los PPII, a los Grupos Humanos que no tengan formas de organización reconocidas por la Ley (Comunidades y Asociaciones) como otras formas tradicionales o no; así un grupo de personas indígenas, si reúnen la características de Grupos Humanos, pueden ser objeto de afectación. El ámbito de cobertura es mayor que el que señala el DS N°66; sin embargo, sólo lo es para efectos del artículo 7 RSEIA, referido a reasentamiento, traslado o reubicación o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de GHPPI.

Ahora, si bien existe esta conceptualización de PPII, el inciso final del artículo 85 del RSEIA, señala que:

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.

La normativa vigente es también el C. 169 de la OIT; de ahí se puede explicar el establecimiento de un orden de aplicación, primero acreditación conforme la Ley N° 19.253, luego el C. 169 de la OIT y del artículo 1 del C. 169 de la OIT sólo la letra b) del N°1.

10. Como puede apreciarse, el RSEIA no contiene un procedimiento o metodología para la realización de los PCI, sino un mandato para el SEA de *“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*

⁷⁶ **Artículo 5°. Pueblos indígenas.** Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas, aquellos que define el artículo primero del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que estén reconocidos en el artículo 1° de la ley N° 19.253. Se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas señalados en el inciso anterior cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la ley N° 19.253.

la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental". Lo anterior sin perjuicio de dar cumplimiento a la finalidad de la consulta y los sujetos de la misma en los términos establecidos en el artículo 85.

En la práctica, se ha operado sobre la lógica de acordar con los propios PPII un mecanismo de consulta, dejando constancia de ello en un protocolo de acuerdo; previo a ello y luego de realizar reuniones de aproximación con las comunidades, se dicta una resolución de inicio del proceso de consulta⁷⁷, resolución que deja abierta la posibilidad de que al PCI se sumen nuevas comunidades y organizaciones indígenas no identificadas primariamente como impactadas significativamente o en la medida que se identifiquen por el SEA o se reconozca por el titular nuevos impactos significativos; se contempla una etapa de diálogo, de acuerdos finales, la incorporación de estos en el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), el establecimiento de mecanismos de seguimiento de los acuerdos, desde luego todos de contenido ambiental, del PCI quedará constancia en la RCA, lo que debiera permitir su seguimiento y fiscalización por parte de la SMA, para finalizar con un informe del PCI.

III. EL REGLAMENTO GENERAL DE CONSULTA Y LA CONSULTA EN EL SEIA

Sin entrar a un análisis pormenorizado del DS N°66 del MDS⁷⁸, en adelante el Reglamento General de Consulta (RGC), este dispone en su artículo 8⁷⁹ que los proyectos o actividades que ingresen al SEIA se consultarán, en la

⁷⁷ Ver EIA de los siguientes Proyectos CH y LAT Neltume, Proyecto Minero El Morro, LAT Neptuno, Pampa Solar, Parque Eólico Chiloé.

⁷⁸ Que Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y Deroga normativa que indica, promulgado con fecha 13 noviembre de 2013 y publicado en el Diario Oficial con fecha 04 de marzo de 2014.

⁷⁹ *“Artículo 8°: Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.*

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su

oportunidad, forma y plazos que la Ley N° 19.300 y el RSEIA lo determinen, pero respetando las etapas de la consulta establecidas en el artículo 16 del RGC y que para efectos de llevar adelante estos procesos podrá solicitar la asistencia técnica de la CONADI, en los términos señalados en el artículo 14 del RGC.

Sobre el particular se debe considerar lo siguiente:

Como se ha explicado en otro capítulo, sólo procede la consulta a los PPII cuando estamos en presencia de Impactos Significativos a dichos PPII, por ende, cuando estamos en presencia de un EIA.

El Proceso de Evaluación es un Procedimiento que presenta características, procedencia de ingreso al SEIA y plazos particulares que no son coincidentes con los planteados en el RGC; por otra parte, la entrada en vigencia del RSEIA es a partir del 24 de diciembre de 2013, la del RGC es el 04 de marzo de 2014; los EIA ingresados con anterioridad a esa fecha se rigen por la normativa vigente a la fecha de su ingreso.

Una consulta en el SEIA se refiere al acto administrativo terminal RCA⁸⁰ y a todos aquellos Permisos Ambientales Sectoriales (PAS) ambientales o con contenido mixto en la parte referida a la parte ambiental; por lo mismo, un PCI en el SEIA no dará cobertura a aquellos PAS de carácter no ambiental o mixto en la parte no ambiental, en cuyo caso habría que efectuar una consulta de conformidad al DS N°66; ello podría llevar a una situación de duplicidad de consulta para un mismo proyecto.

Una cuestión que, sin duda, generará debate es si el RGC se aplicará supletoriamente al RSEIA en materia de procedimiento de consulta, así como la aplicación del artículo 2° transitorio del RGC a los Procesos de Evaluación Ambiental en curso.

reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300.

Para la realización de los proceso de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento”.

⁸⁰ Reafirma esta idea lo dispuesto en el artículo 7 inciso 5° del DS N°66 del MDS, que dispone: Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

IV: PRINCIPALES CRÍTICAS A LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA EN EL SEIA

Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los PPII

Las encontramos en los comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de Gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile (noviembre de 2012)^{81 82}.

Cuando el Relator Especial realiza sus comentarios, el RSEIA había sido promulgado e ingresado a CGR con fecha 30.10.12, pero al momento de enviarle la solicitud el 13.08.12, estaba en proceso de elaboración, pero con la consulta concluida, como lo deja en claro, en sus comentarios: “El Gobierno ha comunicado al Relator Especial que el Reglamento del SEIA está todavía en proceso de elaboración. El Relator Especial se reserva la posibilidad de formular en el futuro comentarios específicos sobre las disposiciones relativas a la consulta de este reglamento”.

En la Letra A de este informe, contempla un título referido a **La aprobación de la propuesta de Nuevo RSEIA por el CMS**, párrafos 19 y 20; en ellos refiere al acuerdo aprobatorio del CMS y que la consulta del RSEIA formaba parte de la consulta a la nueva institucionalidad indígena, sin hacer mención tampoco a la continuación de la misma, en razón de la autorización concedida por la CONADI.

Además, indica que diversas organizaciones indígenas han formulado alegaciones cuestionando el RSEIA, afirmando que no fue consultado y que el mecanismo de consulta en el contenido no se ajusta a los estándares internacionales.

⁸¹ Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>,

⁸² En lo formal: Consta de 77 párrafos (numera 78, pero omite el número 74) y su contenido se divide en cinco acápite: Introducción, A. Antecedentes, B. La propuesta de Gobierno para la Nueva Normativa de consulta y participación, C. Las consultas relativas a proyectos de Inversión y D. Conclusión.

Afectación directa

La propuesta de RGC en su artículo 9 utiliza los criterios de significancia contemplados en los literales c), d) y f) del artículo 11, impactos que hacen precedente un EIA, en relación a lo anterior **en el acápite B, titulado: “La propuesta de Gobierno para la Nueva Normativa de consulta y participación”,** y específicamente en el **punto 7, titulado “Situaciones en que se aplica el deber de celebrar consultas y obtener el consentimiento”, párrafos 43 a 46.**

Luego de la cita parcial e incompleta, que en el artículo 9 de la propuesta de RGC se hace, de lo que el Relator señaló en su informe del año 2009 (párrafo 43), manifiesta la necesidad, antes de adoptar una medida administrativa o legislativa, de evaluar previamente en aplicación de principios del Derecho Internacional de los DDHH, precautorio y de no discriminación, la eventual afectación a los derechos e intereses de los PPII y en caso de duda realizar una pre-consulta; al efecto cita el art. 15 (Párrafo 44), observa que los tres casos incluidos en el artículo 9 de la propuesta de RGC corresponden a medidas que producen efectos en territorios indígenas o sus cercanías y en todo esos casos deben ser consultadas, agregando que no es necesario que las tierras indígenas se encuentren reconocidas como tales por el Estado (párrafo 45).

Consulta y consentimiento

Por último y especialmente respecto del RSEIA y respecto de las situaciones establecidas en el inciso segundo del artículo 9 y que corresponden a los impactos de significancia de las letras c), d) y f) del artículo 11 expresa que *“... además de la obligación de realizar un proceso de consulta, se requiere del consentimiento de los pueblos o comunidades indígenas afectadas”* (párrafo 46).

Lo que es relacionado con lo que agrega en los párrafos 66 a 70, **contenido en el punto trece de este mismo acápite titulado “La decisión final en caso de no llegar a acuerdos”,** en que afirma que la decisión debe ser fundamentada y enmarcada en los estándares internacionales de DDHH de los PPII; existen ciertas situaciones en que el consentimiento de los pueblos indígenas llega a ser una precondition exigible para la ejecución de una medida propuesta, más allá de ser un objetivo de la consulta.

Así, en el párrafo 68 nos indica cuáles son esos casos: medidas que impliquen reasentamiento o traslados poblacionales⁸³, los grandes proyectos de inversión o desarrollo que puedan afectar el modo de vida o subsistencia de los pueblos indígenas⁸⁴ y el almacenamiento o desecho de materiales peligrosos en territorios indígenas⁸⁵.

Termina señalando que incluso si el consentimiento no es necesario y dado el carácter de derechos humanos de los derechos de los PPII, surge la obligación de respetarlos y protegerlos con las consecuencias que de ello se deriva. Párrafo 70.

Afectación directa e impactos de significancia

Respeto del símil que efectúa el RGC respecto de la afectación directa, señala la insuficiencia de la significancia, para determinar la afectación directa.

... El Relator Especial considera que, tal como se plantean, estos ejemplos y la cualidad de significativos —un término que tiene un significado particular en la legislación ambiental doméstica— podrían llevar a una interpretación restrictiva o distorsionada de los criterios de consulta. En primer lugar, es necesario clarificar que el deber de consulta no se limita a tales casos de impactos significativos. En segundo lugar, es importante evitar cualquier implicación de que los procesos de consulta son simplemente para avalar o legitimar medidas ya definidas que tengan impactos significativos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Más bien, tal como ya se ha señalado, los procesos de consulta son para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, por lo que deberían facilitar el diálogo para la búsqueda de alternativas a aquellas medidas que pudieran limitar o alterar el ejercicio de sus derechos”. Párrafo 46⁸⁶.

Las consultas relativas a proyectos de inversión.

Corresponde al acápite C del informe del relator (párrafos 71 76) y en él se efectúa un análisis del artículo 5 de la propuesta de RGC⁸⁷, referido a los

⁸³ Convenio 169 de la OIT, artículo 1.2; Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 10.

⁸⁴ Caso Saramaka vs. Surinam, supra, párr.137.

⁸⁵ Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 29.2.

⁸⁶ Lo destacado con negritas es nuestro.

⁸⁷ Artículo 8 del DS N°66 del Ministerio de Desarrollo Social.

proyectos de inversión, disposición que efectúa un reenvío a la regulación de la consulta establecida en la propuesta de RSEIA.

El relator:

1. ... *Enfatiza la particular importancia de que los procedimientos de consulta con respecto a los proyectos de inversión se ajusten a los estándares internacionales en materia de los derechos de los pueblos indígenas y que estos mismos procedimientos sean debidamente consultados con los pueblos indígenas* (párrafo 72).
2. Hace presente que las normas internacionales aplicables establecen un estándar específico que comprende, como mínimo: a) consulta previa y, en algunos casos, consentimiento; b) realización de estudios de impacto, y c) participación en los beneficios (párrafo 73).
3. Respecto de los estudio de impacto, recomienda que se incorporen los estándares elaborados en el marco de la Convención de Diversidad Biológica y la Decisión VII/16 adoptada por la VII Conferencia de las Partes, sobre “Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares”⁸⁸ (párrafo 75).
4. Señala que otro tema que debería ser abordado en relación a la consulta de los proyectos de inversión, es el fundamental asunto del reparto de los beneficios a que se refiere el N° 2 del artículo 15 del C. 169 OIT. Se debe distinguir de la participación en los beneficios de la indemnización por daños o perjuicios causados, citando al efecto a la Corte IDH en su fallo Saramaka con Surinam (párrafo 76).

Para finalizar, en el acápite D, Conclusiones, en el párrafo 78 expresa:

5. ... *resulta ineludible realizar ajustes y modificaciones al texto actual de la Propuesta, en vista de las normas internacionales en esta materia. Además, es necesario avanzar en un proceso de diálogo y concertación con los pueblos indígenas de Chile del modo más amplio e inclusivo para la elaboración del*

⁸⁸ (UNEP/CBD/COP/DEC/VII/16, 13 de abril de 2004), disponible en: <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

texto final del Reglamento de Normativa de Consulta y del instrumento conexo de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (párrafo 78).

Lo destacado es nuestro.

Instituto Nacional de Derechos Humanos y comentarios al RSEIA

Siguiendo la línea del Relator, y también respecto de un texto del RSEIA, que no es el final, el INDH emite el documento: “El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 —Sesión Extraordinaria 152⁸⁹—; en él se contienen las siguientes críticas y comentarios:

Deber de consulta previa en la propuesta de RSEIA

El INDH manifiesta que su opinión fue solicitada por el entonces director del SEA, Ignacio Toro, específicamente en relación a aquella parte del RSEIA que regula la “Participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental —SEIA—”.

Las conclusiones son las siguientes:

1. La consulta previa no debiera estar entregada exclusivamente a un reglamento de ejecución. La ley expresamente debiera contemplar mecanismos de consulta indígena. Ello es consistente con la obligación de adecuar la legislación interna a los estándares de derechos humanos y específicamente a la de garantizar que la consulta previa se incorpore transversalmente a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Ello adicionalmente requiere revisar y adecuar la legislación sectorial relacionada.
2. El reglamento debe someterse a un proceso de consulta indígena que cumpla con los estándares del Convenio 169. Por la importancia e implicancia que entraña el reglamento en el ejercicio y goce de los derechos que les asisten a los Pueblos Indígenas, dicho reglamento debe ser sometido

⁸⁹ <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1>

a consulta bajo los estándares y principios estatuidos en el Convenio 169 de la OIT y demás normativa aplicable; de lo contrario, el Estado dejaría de cumplir con sus obligaciones en esta materia, incurriendo en responsabilidad internacional.

3. El reglamento debe reflejar las diferencias entre participación ciudadana y consulta indígena. El mecanismo y los procedimientos contemplados en la propuesta refiere a la participación de la ciudadanía en general, pero no establece un deber de consulta específico a los Pueblos Indígenas que garantice la consulta previa incluido el derecho al consentimiento previo, libre e informado en los casos en que corresponda.

4. El principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicionalmente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares intencionales que rigen la materia.

5. La propuesta de reglamento restringe las medidas y las materias a consultar, al limitar la susceptibilidad de afectación directa a ciertas hipótesis. Ello no se condice con las obligaciones a cargo del Estado de someter a consulta previa cualquier medida susceptible de afectar directamente a dichos pueblos.

Sobre las conclusiones de la minuta, el SEA responde punto por punto⁹⁰, de la siguiente manera:

1. No es rol del SEA, ni de las autoridades responsables generar el RSEIA, emitir opinión o juzgar respecto a las materias que debieran o no ser discutidas por el legislador.

2. La indicación del INDH que la propuesta reglamentaria debe ser consultada, se encuentra cumplida; quien quiera concluir lo contrario, está en su derecho, pero dicha conclusión se debe afirmar en hechos concretos de cómo se ha realizado el procedimiento de consulta. En Contraloría, junto con la propuesta reglamentaria, se encuentra un informe que da cuenta de todo el procedimiento realizado.

⁹⁰ Declaración Pública disponible en: <http://www.sea.gob.cl/noticias/sea-afirma-que-el-reglamento-del-seia-cumple-con-la-consulta-indigena>

3. Claramente, la propuesta ingresada a Contraloría General de la República diferencia totalmente la PAC de la consulta indígena. El objetivo de la PAC está recogido en los artículos 82 y 83 de la propuesta reglamentaria, indicándose que esta se refiere al derecho a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada.

4. En efecto, la propuesta reglamentaria para asegurar una correcta implementación instituye el mecanismo de diálogos con los pueblos indígenas para los casos en que se haya presentado una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que no reconozca susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas (art. 86), debiendo el director regional aplicar los artículos 18 bis y 15 bis de la Ley 19.300, en caso que haya sido mal presentado el proyecto exigiendo un EIA en los términos que corresponda de manera de garantizar el cumplimiento de la obligación de consulta.

5. Todas las hipótesis de impactos significativos del RSEIA incluyen la susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, de manera tal que reconocida la alguna de las hipótesis de afectación, surge la obligación del titular de declarar la susceptibilidad de afectación y, por tanto, mitigar, compensar o reparar, obligación que se verá sometida al escrutinio de los pueblos indígenas a través del proceso de consulta.

También la ONG Observatorio Ciudadano, formula observaciones a la regulación de la consulta en el SEIA⁹¹; dada la extensión de este trabajo, no podremos analizar, pero se encuentran en la línea de lo expuesto precedentemente.

⁹¹ Ver ob. cit., 27.

V. ACCIONES JUDICIALES, DE INCONSTITUCIONALIDAD, ADMINISTRATIVAS A NIVEL NACIONAL EN CONTRA DEL RSEIA Y RECLAMACIONES A NIVEL INTERNACIONAL

1. Respeto del RSEIA aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (CMS)

1.1. Recurso de Protección, caratulado LEON BACIAN ARIEL Y OTRO / SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, en contra de la ministra del Medio Ambiente, del Contralor General de la República y el ministro SEGPRES por el acuerdo del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad de mayo de 2012, que aprobaba el texto del RSEIA con un pre-informe final de la consulta a los PPII. Nunca se resolvió, pues se extravió el pre-informe final de la consulta, cuyo rol de ingreso a la Corte de Apelaciones de Santiago es el N° 19995, año 2012⁹². Además, su resolución pierde sentido, por lo que se expresa en el número siguiente.

1.2. En esta misma oportunidad se formula una denuncia por Domingo Namuncura y Arturo Lonkón ante el CGR, solicitándole que no proceda a la toma de razón. Dichos requerimientos fueron considerados en su mérito por el CGR, el que finalmente tomó razón del Decreto Supremo, cuestión que tácitamente rechaza los cuestionamientos realizados por estas organizaciones indígenas sobre la legalidad de este acto.

2. Respeto del RSEIA promulgado, tomado de razón y publicado

2.1 Por el Consejo de Pueblos Atacameños y otros contra el ministro del Medio Ambiente, Rol de Ingreso de la Corte N° 107015-2013. Las Garantías constitucionales invocadas fueron el 19 N°2 (Igualdad ante la Ley) y el N°24 (Derecho de Propiedad), ambas disposiciones de la Constitución Política de la República protege; y,

2.2 Por Eliseo León Huanca Yucra en contra del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Contralor General de la Republica”. Rol de Ingreso 106893-2013⁹³.

⁹² El estado de tramitación del mismo puede obtenerse ingresando los datos de Corte y número de rol en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>

⁹³ El estado de tramitación de ambos recursos pueden ser revisados con el número de rol e indicación de la Corte de Apelaciones de Santiago en la página web www.poderjudicial.cl

La solicitud en ambos casos era que el del Decreto Supremo N° 40 de fecha 30 de octubre del año 2012 dicta el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sea dejado sin efecto y que se imponga a los órganos del Estado de Chile competentes la obligación de materializar su deber de consultar a los PPII contemplado en el artículo 6° del C. 169 OIT, conforme a los estándares a lo que el Estado se encuentra constitucional e internacionalmente obligado, en razón que el mencionado Decreto Supremo no fue consultado conforme al estándar señalado en el C. 169 de la OIT y que la consulta a los pueblos indígenas en él establecida no cumple con el estándar mencionado.

La Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibles ambos recursos, fundado en que *“los hechos descritos en la presentación de fojas 1 y las peticiones que se formulan a esta Corte, exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso, atendida su naturaleza cautelar, por lo que no será admitida a tramitación”*⁹⁴.

Para el caso del primer recurso, las organizaciones indígenas interpusieron recurso de reposición en contra de la resolución precedente ante el mismo Tribunal, recurso que fue rechazado puesto que: *“atendido el mérito de los antecedentes, y teniendo en cuenta que los argumentos expresados no logran desvirtuar los fundamentos tenidos en consideración al dictar la resolución recurrida”*⁹⁵; ante ello, los accionantes recurrieron de queja ante la Corte Suprema, rol de Ingreso N° 7860-2013, recurso que fue declarado inadmisibles en razón de *“Que la resolución que se pronuncia sobre un recurso de reposición no es de aquellas que permiten la interposición de un recurso de queja en su contra...”*⁹⁶.

Como se concluye, la justicia ordinaria de nuestro país ha declarado inadmisibles las acciones de protección intentadas por los recurrentes, fundadas en una afectación a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República.

⁹⁴ Visto N° 2 de las resoluciones de inadmisibilidad de los recursos de protección, disponibles en www.poderjudicial.cl por el número de rol.

⁹⁵ Disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=9090925&CRR_IdDocumento=7867194

⁹⁶ Visto tercero. La resolución íntegra está disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1220822&CRR_IdDocumento=804511

2.3 Por su parte, en la misma fecha, se interpuso por parte de un conjunto de parlamentarios un requerimiento por inconstitucionalidad del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante el Tribunal Constitucional (TC), rol N° 2523-2013⁹⁷, el que al igual que los recursos de protección analizados, fue declarado inadmisibles toda vez que se estimó que la contienda versaba sobre un asunto que a criterio del TC era de legalidad y no de constitucionalidad y, por lo tanto, no correspondiendo al TC pronunciarse al efecto.

2.4 Cuando el DS se encontraba en CGR para su toma de razón, la Consejera y el Consejero Nacional de la CONADI, Claudia Pailalef y Marcial Colín, solicitaron que el DS N°40 no fuera tomado de razón. Lo que en definitiva fue desestimado.

2.5 Denuncias ante Organismos Internacionales.

2.5.1 Reclamación ante la OIT⁹⁸.

Dicha presentación tiene por objeto que la OIT se pronuncie sobre el contenido de los artículos del DS N°66, respecto de los que no se logró consenso; estos son Medidas Administrativas, SAD y Proyectos de Inversión y se determine si estos dicen relación con lo que se plantea en el Convenio 169.

2.5.2 Audiencia especial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Solicitada por la directora del Observatorio Ciudadano y experta en derecho indígena, Nancy Yáñez, junto a la representante huilliche, Claudia Pailalef, más el presidente de la comunidad agrícola y diaguita de los Huascoaltinos, Sergio Campusano; expusieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington DC, con fecha 27 de marzo de 2014⁹⁹. La audiencia especial se denominó “Derecho a la consulta previa de pueblos indígenas en Chile”, y en la que se aduce.

⁹⁷ Requerimiento disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2523>

⁹⁸ Disponible en: <http://putralkan.wordpress.com/2014/01/15/documentos-presentados-ante-la-oit-por-dirigentes-indigenas-de-chile/>

⁹⁹ La audiencia puede ser vista en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/sesiones/150/default.asp>

CONCLUSIONES

Sea cual sea el camino por el que se decida transitar, lo cierto que la ejecución de los procesos de consulta constituye un gran desafío, tanto para la institucionalidad pública ambiental e indígena, para los Pueblos Indígenas y sus organizaciones representativas y en mayor medida para el sector privado, pues implica abrirse a la consideración de actores y derechos no contemplados, hace unos años atrás, y que está en línea con el respecto de los derechos humanos por parte de las empresas; no es menor que en la reciente 34 Conferencia Anual de la Asociación Internacional para los Impactos Ambientales, IAIA por sus siglas en inglés, tuviese una sala temática dedicada a los Pueblos Indígenas, que los Estudios de impactos sociales, económicos, culturales y de derechos humanos haya sido tema y que fuera premiado el profesor John Ruggie, en su oportunidad representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, autor del documento Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” y que en el segundo mandato del relator de las naciones unidas haya fijado como objeto de su labor, el análisis de las empresas extractivas y los Pueblos Indígenas. Sin duda, el desafío es que las empresas, si bien no obligadas directamente, den cabal cumplimiento a las normas de derechos humanos, entre las que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas.

Como hemos señalado, confluyen en el análisis de los derechos de los pueblos indígenas y en especial de la consulta, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho indígena y, por supuesto, el derecho ambiental, así como una multiplicidad de disciplinas, consecuentemente un sinnúmero de visiones sobre lo que significa el derecho a consulta y su implementación.

Pero en nuestro país, la visión administrativista ambiental ha logrado imponerse, para efectos de calificar la procedencia de la consulta, asimilándose la SAD señalada en el convenio 169 de la OIT, a los impactos significativos establecidos en el artículo 11 de la Ley N°19.300 y los artículos respectivos del RSEIA. Dichos impactos determinan el ingreso al SEIA como un EIA y cuando los mismos se refieren a los PPII, detonarán la consulta, así ella sólo procederá en la medida que estemos en presencia de EIA.

El Servicio de Evaluación Ambiental ha regulado la consulta en el artículo 85 del RSEIA, pero dicha regulación no es procedimental, sino que establece el derecho y entrega el diseño y desarrollo de los Procesos de consulta, los que deberán realizarse de buena fe, contemplar mecanismos apropiados según las características socioculturales de cada pueblo, estableciendo su desarrollo a lo largo de todo el proceso de Evaluación Ambiental.

A partir de la entrada en vigencia del C. 169 de la OIT y hasta la fecha, se han desarrollado aproximadamente doce PCI en el SEIA, todos ellos antes de la entrada en vigencia del nuevo RSEIA; los procedimientos han sido acordados con las comunidades que han querido participar de dichos procesos, fundados en el propio C. 169 de la OIT y en el inciso 2° del artículo 4 de la Ley N° 19.300 o en sentencias judiciales que ordenaron su realización.

Con la entrada en vigencia del DS N° 66 del MDS y en virtud de que el mismo entrega a la propia regulación ambiental, los procesos de consulta que se realicen en el SEIA, debiendo respetar, en todo caso las etapas establecidas en el DS N° 66, lo anterior conlleva la adopción de decisiones, respecto de la dictación por parte de la autoridad ambiental de algún instrumento regulatorio para el procedimiento de la consulta o la adopción de una guía o, en su defecto, la aplicación de las etapas del procedimiento de consulta del RSEIA; ello desde luego tiene preponderancia si se estima que el artículo transitorio del DS N° 66, establece la aplicación a los procedimientos de consulta en curso las etapas del procedimiento contemplado en el artículo 16 del DS N° 66. Frente a lo anterior, está la alternativa de aplicación del C. 169 de la OIT, lo que supone operar en acuerdo permanente con los PPII.

En la práctica y pese a la eventual falta de legitimidad, alegadas por las organizaciones indígenas, fundadas en la omisión de consulta y el incumplimiento del estándar en la regulación, en el caso del RSEIA o la falta de representatividad en el proceso de consulta del DS N° 66, dichos reglamentos ya se están aplicando y hasta que el compromiso presidencial de revisión de dichos cuerpos reglamentarios concluya con su modificación, continuarán aplicándose.

En el caso especial del SEIA, la jurisprudencia más reciente avala la tesis o la lógica sistemática plasmada en el RSEIA para su procedencia.

Doble articulación de los procesos de consulta: es posible que nos encontremos con dos procesos de consulta para un mismo proyecto, en cuanto la RCA y, por ende, la consulta de la misma no da cobertura

a aquellos aspectos no ambientales de los proyectos de inversión o que la consulta realizada por la administración pública, antes de la entrada al SEIA, verbigracia, proyectos del MOP, no den cobertura a todos los impactos ambientales.

Sin duda que lo anterior puede implicar el no cumplimiento del estándar internacional de la consulta (como obtención del consentimiento), pero también se debe considerar que el mismo no ha logrado plasmarse certeramente, en ninguna normativa, nacional y sólo aflora como cierto en la casuística de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que conlleva la aplicación de un estándar que va más allá del C. 169 de la OIT y los pronunciamientos de la CEACR y que está en línea con una interpretación progresiva y *erga homes*, propia de los derechos humanos. Aquí, sin duda, hay un deber del Estado y sus funcionarios y un límite a la soberanía, no obstante lo que sobre el particular ha resuelto el TC en sus más recientes fallos.

En lo sustancial, está pendiente también la implementación de los demás derechos del C. 169 de la OIT respecto de la consulta, lo referido a tierras ancestrales, territorios, recursos naturales y consulta y participación en los beneficios para proyectos de exploración o explotación de los recursos del subsuelo cuando estos sean de propiedad del Estado. Lo cual permitirá dar cabal respuesta a los requerimientos de los pueblos indígenas.

No obstante lo anterior, en la medida que los procesos de consulta no abarquen toda la clase de impactos y afectaciones a los pueblos indígenas, las que pueden implicar derechos, se producirá y ya se produce una brecha entre lo que los PPII esperan y lo que el Estado realiza, en este caso el SEA, en los PCI, en que las respuestas son parciales.

Lo expuesto nos lleva a pensar que quizás la alternativa de un solo procedimiento de consulta, con una institucionalidad dedicada a la misma, sea quizás la solución, pero esa solución que es estructural, debe ir acompañada, sino de regulaciones generales, de criterios generales para la realización de la consulta, por cada pueblo indígena, que atiendan a sus particularidades; lo anterior debe ir acompañado de proceso que cuente con la debida legitimidad y ello se inserta en el marco de un problema político mayor que dice relación con los procesos de demanda y recuperación de tierras y la judicialización o criminalización y la aplicación de la ley antiterrorista.

Como lo ha dicho recientemente el Relator de las Naciones Unidas¹⁰⁰, la implementación de la consulta y todos los derechos consagrados en el C. 169 de la OIT, requiere de una institucionalidad pública específica, con presupuesto, a cargo de ello, quizás por sobre reglamentaciones generales, por cuanto las particularidades de cada pueblo podrían demandar criterios generales flexibles.

Todas estas ideas están plasmadas en el propio C. 169 de la OIT, en su artículo 2. Los Estados deberán desarrollar una acción coordinada y sistemática con la participación de los PPII, con mira a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su identidad, en relación a lo dispuesto en el artículo 33 que supone una institución a cargo de la administración del C. 169 de la OIT y la Resolución Sobre la Acción de la OIT concerniente a los Pueblos Indígenas y Tribales, en la parte referida a la Acción a Nivel Nacional. En todo caso, dichas medidas deben determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país (artículo 34 del C. 169 de la OIT), pero la invocación de dicho principio no puede llevar a eludir el cumplimiento del tratado.

Para otros, la alternativa es una ley de consulta, la que entienden que así se da cumplimiento al propio mandato constitucional que constituye materia de ley, por cuanto se trata de un derecho fundamental; además, supone un acuerdo amplio a nivel político y es de más difícil modificación que un reglamento; por otra parte, parece ser el camino por el cual el TC desea que se transite¹⁰¹.

¹⁰⁰ Intervención del día 14 de abril, en el Seminario Internacional “el C. 169 de la OIT y los Derechos de los Pueblos Indígenas”, organizado por la UDP, en Santiago. <https://www.youtube.com/watch?v=ZoKjfHdlgjE>

¹⁰¹ Contesse Singh, Jorge, “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, notas para su implementación en Chile”, en *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, varios autores, Editor Jorge Contesse, disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/convenio169-oit-y-derecho-chileno/>; Quilaleo, Fernando, “Consulta Indígena y Convenio 169 en Chile: el uso y el desuso”, disponible en: <http://www.kilaleo.blogspot.com/2012/12/consulta-indigena-y-convenio-169-en.html>, y Aninat S., Isabel, “Los desafíos pendientes del Convenio 169”, en Punto de Referencia N° 369, abril 2014, CEP Chile, disponible en: http://www.cepchile.cl/1_5510/doc/los_desafios_pendientes_del_convenio_169.html#.U16s8FV5N8E

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aninat S., Isabel (2014). “Los desafíos pendientes del Convenio 169”, en *Punto de Referencia* N°369, abril 2014, CEP Chile, disponible en: http://www.cepchile.cl/1_5510/doc/los_desafios_pendientes_del_convenio_169.html#U16s8FV5N8E
- Aylwin, José (coordinador), Meza-Lopehandía, Matías y Yáñez, Nancy (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*, Colección Derecho en Democracia, Editorial Lom.
- Contesse Singh, Jorge (2012), “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, notas para su implementación en Chile”, en *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, varios autores, editor Jorge Contesse, disponible en: <http://www.derechos humanos.udp.cl/convenio169-oit-y-derecho-chileno/> e
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informes Anuales sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, de los años 2010 a 2013, disponibles en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/51>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, “El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152, disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1>
- Matta Aylwin, Manuel y Montt Oyarzún, Santiago (2011). “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, *Revista Estudios Públicos*, 121 (verano 2011) del Centro de Estudios Públicos, disponible en: http://www.cepchile.cl/1_4767/doc/una_vision_panoramica_al_convenio_oit_169_y_su_implementacion_en_chile.html#Ukwt0NJWxcY
- Organización Internacional del Trabajo (2009). “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en La Práctica - Una Guía Sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: 2013, “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

Valdivia, José Manuel (2011). “Alcances jurídicos del Convenio 169”, Revista *Estudios Públicos*, 121 (verano 2011) del Centro de Estudios Públicos, disponible en http://www.cepchile.cl/1_4765/doc/alcances_juridicos_del_convenio_169.html#.UkwTudJWxcY

Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile

Ley N° 19.253, de fecha 05 de octubre de 1993, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Ley N° 19.300, de fecha 09 de marzo de 1994, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley N° 20.417, de fecha 26 de enero de 2010, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

El Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=279441&idParte=0>

Decreto Supremo N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 02 de octubre de 2008 y publicado en el Diario Oficial con fecha 14 del mismo mes y año, que promulga el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=279441&idParte=0>

La Convención sobre Diversidad Biológica, promulgada mediante Decreto Supremo N°1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 24.12.1994 y publicado en el Diario Oficial con fecha 28.12.1995, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18766> y en <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, de fecha 04 de septiembre de 2009 y publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de septiembre de 2009, que reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253 a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486&idVersion=2009-09-25>

Decreto Supremo N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de fecha 30 de octubre de 2012 y publicado en el Diario Oficial 12 de agosto de 2013, Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, disponible en <http://www.leychile.cl/N?i=1053563&f=2013-12-24&p=>

Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 15 de noviembre de 2013, publicado en el Diario Oficial con fecha 04 de marzo de 2014, disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/Reglamento_Consulta_IndigenaDS66_Contraloria.pdf y <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961&idVersion=2014-03-04>

Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/61/L.67 y Add.1) 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, septiembre de 2007, Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Observación general de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Recomendaciones y Convenios de la OIT, respecto del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). De fecha 24 de febrero de 2011, ILC.100/III/1^a, Informe completo publicado en: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/lang--es/docName--WCMS_151559/index.htm, páginas 860 a 875 referido a la consulta.

Jurisprudencia citada

Internacional

1.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos:

1.1.- *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27.06.12. Serie C N°245;

1.2.- *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12.08.08. Serie C N°185; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28.11.07. Serie C N°172;

1.3.- *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29.03.06. Serie C N°146;

1.4.- *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15.06.05. Serie C N°124;

1.5.- *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17.06.05. Serie C N°125; y

1.6.- *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31.08.01. Serie C N°79.

2.- Informes del Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya:

- 2.1.-Apéndice A titulado “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, de la Adición al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, del año 2009; “La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/39/PDF/G0916239.pdf?OpenElement>
- 2.2.- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, año 2009, A/HRC/12/34 15 de julio de 2009, disponible en: http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/El_deber_de_consulta.pdf
- 2.3.- Informe del Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”, presentado el 1 de julio de 2013, al Consejo de Derechos Humanos, 24º período de sesiones. ONU, documento A/HRC/24/41, disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>
- 2.4.- Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de Gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile (noviembre de 2012). Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>,

Nacional

- 1.- Tribunal Constitucional:
 - 1.1. Sentencia dictada en Rol N° 309, sobre requerimiento por inconstitucionalidad, formulado en contra del C. 169 de la OIT en su integridad y especialmente en contra de sus artículos 6 inciso 1º, 7 inciso 2º, artículos 9 y 10, 14, 15, 17 inciso 2º, 22 inciso 2º y 3º.
 - 1.2.- Sentencia del TC, que conociendo del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la modificación a la Ley de Pesca rol N° 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados.
 - 1.3.- Sentencia del TC, declarando inadmisibile el requerimiento por inconstitucionalidad del Reglamento del Sistema de Evaluación de

Impacto Ambiental ante el Tribunal Constitucional (TC), presentado por un conjunto de Parlamentarios, rol N° 2523-2013

2. Tribunales Superiores de Justicia:

Sentencia ECS Rol N° 10945-2013, 27 de noviembre de 2013, caratulada doña María Quechuyao Vásquez con Comisión de Evaluación Región de Los Ríos y el Director Ejecutivo del SEA

Sentencia ICA de Valdivia, Rol N° 1944-2013, de fecha 18.10.13, caratulada María Quechuyao Vásquez con Comisión de Evaluación de la Región de Los Ríos y el Director Ejecutivo del SEA.

Sentencia ECS, Rol N° 8616-2013 de fecha 21.10.13, causa caratulada Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil III, con Comisión de Evaluación Ambiental Región de La Araucanía.

Sentencia ICA de Temuco, Rol N° 1377-2013, de fecha 17.09.13, causa caratulada Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil III, con Comisión de Evaluación Ambiental Región de La Araucanía.

Resolución ECS, Rol N° 1418-2013, de fecha 02.04.13 sobre desistimiento de los recurrentes en en causa caratulada comunidad indígena Eugenio Araya Huliñir, con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía.

Sentencia ICA de Temuco, Rol N° 2089-2012, de fecha 19.03.13, causa caratulada comunidad indígena Eugenio Araya Huliñir, con Comisión de Evaluación Ambiental Región de La Araucanía.

Sentencia ECS, Rol N° 7079-2012, de fecha 30.11.12, causa caratulada Alberto Armando Olivares Rojas, y otros con Comisión de Evaluación de la XV Región y el SEA

Sentencia ICA de Arica Rol N° 40-2012, de fecha 09.04.12, causa caratulada Alberto Armando Olivares Rojas y otros con Comisión de Evaluación XV Región, el SEA de la XV Región de Arica y Parinacota.

Sentencia ECS, Rol N° 11040-2011, de 30 de marzo de 2012, causa caratulada Marcelo Condore Vilca y otros con Directora SEA Primera Región de Tarapacá.

Sentencia ICA de Iquique de, Rol N° 472-2011, de 08 de noviembre de 2011, causa caratulada Marcelo Condore Vilca y otros con Directora SEA Primera Región de Tarapacá.

Sentencia ECS, Rol N° 10090-2011, de 22 de marzo de 2012, causa caratulada Comunidad Antulafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos.

- Sentencia ICA de Puerto Montt, Rol N° 239-2011, de 11 de octubre de 2011, causa caratulada Comunidad Antulafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos.
- Sentencia ECS, Rol N° 1602-2012, de 08.06.12, caratulada Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras comunidades indígenas con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía.
- Sentencia ICA de Temuco, Rol N° 349-2011, de 20.01.12, caratulada Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras comunidades indígenas con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de La Araucanía.
- Sentencia ECS, Rol N° 258-2011, de 13 de julio de 2011, caratulada Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta.
- Sentencia ICA de Antofagasta, Rol N° 782-10, de 21 diciembre de 2010, caratulada Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta.
- Sentencia ECS, Rol N° 4289-2011, de 17.06.2011, caratulada Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala con la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de La Araucanía.
- Sentencia ICA de Temuco, Rol N° 150-2011, de fecha 03.05.11, causa caratulada Comunidad Indígena Felipe Nitrihuala con Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de La Araucanía.
- Sentencia ECS, Rol N° 6062-2010, de 04 de enero de 2010, caratulada Comunidad Indígena Puquiñe y otro con la COREMA de la Región de los Ríos.
- Sentencia ICA de Valdivia, Rol N° 243-2010, de 04 de agosto de 2010, caratulada Comunidad Indígena Puquiñe y otro con la COREMA de la Región de los Ríos.
- Sentencia ECS, Rol N° 1525-2010, de 17 de mayo de 2010, caratulada Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco con COREMA de la IX Región de la Araucanía.
- Sentencia ICA de Temuco, Rol N° 1705-2009, de 21 de enero de 2010, caratulada Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco con Comisión Regional del Medio Ambiente IX Región.
- Sentencia ICA de Copiapó, Rol N° 26-2013, de fecha 30.04.13, caratulada HD Carmona y la Comunidad Colla de PaiOte- Cerrocasale con el SEA de la III Región de Atacama.

Sentencia ECS, Rol N° 8408-2012, de 30 de noviembre de 2012, caratulada Junta de Vecinos N°17 de Pargua y otro contra Alcalde de Castro, la CEA y Director Regional de CONADI.

Sentencia ICA Puerto Montt, Rol N° 190-2012, de fecha 22.10.12 caratulada Junta de Vecinos N° 17 de Pargua y otro con Alcalde de Castro, la Comisión de Evaluación Ambiental y el Director Regional de la CONADI.

Sentencia ECS, Rol N° 2211-2012, de 27 de abril de 2012, caratulada Comunidad Agrícola Diaguita de los Huasco Altinos con la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama.

Sentencia ICA, Rol N° 181-2011, de 17 de febrero de 2012, caratulada Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama.

Sentencia ECS, Rol N° 2262-2011, de 16.06.2011, caratulada I. Municipalidad de Putre y Centro de Investigación de las Artes y Cultura de los Pueblos Originarios y otros con la COREMA de la Región de Arica y Parinacota.

Sentencia ICA de Arica, Rol N° 9-2011, de 04.03.11, caratulada I. Municipalidad de Putre y Centro de Investigación de las Artes y Cultura de los Pueblos Originarios y otros con la COREMA de la Región de Arica y Parinacota.

Sentencia ECS, Rol N° 4078-2010, de 14 de octubre de 2010, caratulada Javier Nahuelpán Guilitraro, Presidente de la Comunidad Indígena Villa Nahuel, y otros con la COREMA de la Región de los Ríos.

Sentencia ICA de Valdivia, Rol N° 148-2010, de 26 de mayo de 2010, caratulada Javier Nahuelpán Guilitraro, Presidente de la Comunidad Indígena Villa Nahuel, y otros con la COREMA de la Región de los Ríos.

Otros documentos citados

Declaración pública de “Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados”, bajo el título: “Comunicamos Nuestro Rechazo Total al Nuevo Reglamento de Consulta Indígena en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, disponible en: <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=10824>

Comunicado de prensa de la demanda de la Alianza Autónoma de Pueblos Indígenas Recurre de Protección contra Reglamento del SEIA. Disponible en: <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=8779>

Oficina Regional para América Latina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, año 2008, “Cuadro comparativo entre el C. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre

Derechos de los Pueblos Indígenas”. Disponible en <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/CUADRO-COMPARATIVO-ENTRE-en-el-convenio-169.pdf>

Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, Akwé Kon, Pronunciado como {aguay-goo}, término mohawk holístico con el significado de “todo en la creación”. Disponible en: http://www.biotech.bioetica.org/d144.htm#_Toc101175474

Declaración Pública del SEA, respecto de las conclusiones del INDH en su documento: “El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental”, minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152, disponible en: <http://www.sea.gob.cl/noticias/sea-afirma-que-el-reglamento-del-seia-cumple-con-la-consulta-indigena>

Reclamación ante la OIT, en contra del DS N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, por artículos referidos a medidas administrativas, susceptibilidad de afectación directa y proyectos de inversión que ingresan al SEIA, disponible en: <http://putralkan.wordpress.com/2014/01/15/documentos-presentados-ante-la-oit-por-dirigentes-indigenas-de-chile/>

Audiovisuales

Audiencia al Observatorio de Pueblos Indígenas, representado por la abogada Nancy Yáñez; la Consejera Nacional de la CONADI, Claudia Pailalef, y el Presidente de la Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos Campusano Vilches, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/sesiones/150/default.asp>

Anaya, James, Intervención del Relator de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el día 14 de abril, en el Seminario Internacional “el C. 169 de la OIT y los Derechos de los Pueblos Indígenas”, organizado por la UDP, en Santiago. <https://www.youtube.com/watch?v=ZoKjFHdlgJE>

**ANÁLISIS SOBRE LA EVOLUCIÓN
DE LOS PERMISOS AMBIENTALES SECTORIALES
APLICABLES A PROYECTOS MINEROS**

**ANALYSIS ASSOCIATED WITH ENVIRONMENTAL
PERMITS RELATED MINING PROJECTS**

JOANNA ROJAS IRISCH¹

Sumario: El presente ensayo tiene por objeto efectuar un análisis práctico y jurídico asociado a los permisos ambientales sectoriales, y del sistema de ventanilla única que se instauró a fin crear un marco jurídico ambiental en los años 90. Del mismo modo, se estudia la evolución de los permisos ambientales sectoriales en materia minera.

Palabras clave: Derecho Ambiental. Permisos ambientales. Ventanilla única. Permisos sectoriales mineros.

Summary: This essay's objective is to make a practical and legal analysis associated with environmental permits, and the single window system that was established to create an environmental legal framework in the 90's. Similarly, the evolution of environmental permits is studied in mining

Key words: Environmental law. Environmental permits. Stop shop. Mining sector permits.

¹ Abogada. Experta en materia ambiental.

RESUMEN

El presente ensayo tiene por objeto efectuar un análisis práctico y jurídico asociado a los permisos ambientales sectoriales, y del sistema de ventanilla única que se instauró a fin crear un marco jurídico ambiental en los años 90.

Así, y luego de efectuar una introducción a nuestro trabajo, en los siguientes dos capítulos del informe, se efectúa un análisis de las motivaciones que impulsaron la instauración del sistema de ventanilla única y las concepciones presentes en la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sobre este sistema y respecto a los Permisos Ambientales Sectoriales, y de las consideraciones que motivaron la modificación de la normativa ambiental, y que se materializaron en la dictación de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y que además introduce modificaciones a la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40/13.

Por último, se realizará un análisis práctico-jurídico a la evolución de los Permisos Ambientales Sectoriales, de aplicación general a los proyectos mineros, los que corresponden a los asociados a residuos mineros masivos y a las edificaciones en general.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de la dictación de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que tuvo por objeto proveer de un marco jurídico dentro del cual se desarrollara la evaluación de impacto ambiental de un proyecto o actividad, existía una multiplicidad de permisos a los cuales se veía enfrentado el titular de un proyecto para poder materializarlo en nuestro país, cuya competencia en la obtención se encontraba radicada en una diversidad de organismos públicos sectoriales.

Frente a tal escenario, la Ley N° 19.300 buscó instaurar un sistema de ventanilla única, para que en tal situación el titular de un proyecto o actividad a ser desarrollado en Chile, pudiera en un único proceso, obtener aquellos permisos, que aunque radicado en diversos organismos sectoriales, debían ser otorgados a través de la RCA que calificará ambientalmente un proyecto por contener ellos un componente ambiental relevante de ser protegido.

A fin de consagrar estas autorizaciones o pronunciamientos sectoriales en el nuevo Ordenamiento Jurídico Ambiental en formación, es que en el año 1997 se dictó el Decreto Supremo N° 30 por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que dio origen al concepto de Permisos Ambientales Sectoriales, los cuales desde sus orígenes han sido un ámbito complejo de resolver por parte de los titulares, por cuanto su aplicabilidad y el contenido técnico y formal a ser presentado en la evaluación de los proyectos ha variado de región a región, e incluso solicitando mayores antecedentes de los que legalmente el legislador estableció en la normativa ambiental, generando una percepción de arbitrariedad y de inseguridad jurídica, al no existir un criterio general al respecto.

El presente trabajo está orientada a realizar un análisis desde el punto de vista práctico y jurídico, respecto de un número determinado de permisos ambientales sectoriales, aplicables a los proyectos mineros, desde sus orígenes, hasta las nuevas consideraciones y requerimientos establecidos para cada uno de ellos con la promulgación del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40/2012, del Ministerio de Medio Ambiente.

II. MARCO REGULATORIO GENERAL DE LOS PERMISOS AMBIENTALES SECTORIALES

1. Concepciones de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente y su reglamento

Tal como se ha indicado en la parte introductoria del presente documento, el concepto de permisos ambientales sectoriales nació en nuestro ordenamiento jurídico bajo el amparo de la nueva normativa ambiental ya hace aproximadamente veinte años.

Así, la nueva ley que venía en instaurar una nueva institucionalidad, inexistente en Chile hasta la época de los 90, establecía bajo el amparo del concepto de “ventanilla única”, los denominados “Permisos Ambientales Sectoriales”, en el entendido que el Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental correspondería a un procedimiento de carácter administrativo en que las autorizaciones y los diversos permisos sectoriales relativos a los proyectos productivos que se pretendieran llevar a cabo en Chile se resolverían, en lo posible, en una sola instancia o ante una misma autoridad, esto sobre la base de establecer un marco jurídico-legal que contribuyera a precaver la descoordinación institucional y la dispersión de atribuciones legales en lo relativo a la gestión ambiental, todo en aras de evitar los riesgos asociados a la discrecionalidad administrativa.

Lo anteriormente expuesto queda de manifiesto en el mensaje presidencial de don Patricio Aylwin al Congreso, por medio del cual se da inicio al proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el que haciéndose cargo de la situación compleja en cuanto a la diversidad de normas existentes, que establecían permisos con componentes ambientales, expresaba lo siguiente:

La preocupación por el tema no es reciente ni es privativa del Gobierno que presido. Desde hace varias décadas se han dictado normas jurídicas que, de una u otra forma, han tenido por objeto regular aspectos específicos del quehacer humano, en cuanto estos tienen incidencia ambiental. Así, en 1912 se crearon las Reservas Forestales “Llanquihue” y “Alto Biobío” y la Reserva Forestal “Villarrica”. En 1916 se dictó la Ley N° 3.133, que versa sobre la “Neutralización de los Residuos Provenientes de Establecimientos Industriales”, y, mediante decreto supremo N° 2491 del mismo año, el Ministerio de Industria y Obras Públicas, el reglamento para la aplicación de la citada ley. En 1931, mediante decreto supremo N° 4363, del Ministerio de Tierras y

Colonización, se aprobó el texto definitivo de la Ley de Bosques, que contuvo normas de protección forestal y de fomento al establecimiento de nuevas superficies boscosas y cuyos efectos todavía perduran.

... Por otra parte, una de las labores prioritarias en materia ambiental ha sido la elaboración de un acabado análisis del universo de normas ambientales o con relevancia ambiental vigentes en Chile, trabajo realizado por la Secretaría Técnica y Administrativa de CONAMA, que se tradujo en la publicación, durante el mes de enero de este año, del texto denominado “Repertorio de la Legislación de Relevancia Ambiental en Nuestro País”. Dicho estudio permitió detectar la existencia de 718 textos legales de relevancia ambiental, de diversa jerarquía, que se encuentran vigentes. Ello da fe de las iniciativas tomadas al respecto por gobiernos que han antecedido al que presido.

Sin embargo, dicho estudio también permitió comprobar la gran dispersión, incoherencia y falta de organicidad de la legislación sectorial vigente y sus múltiples modificaciones, lo que ha provocado un gran desconocimiento de sus alcances normativos, incertidumbre sobre la vigencia de los textos originales y un alto grado de incumplimiento de dicha legislación. Asimismo, se ha constatado que las competencias públicas para la protección y la gestión ambiental se encuentran repartidas y dispersas en una multiplicidad de organismos de diferente rango que operan de manera inorgánica, descoordinada, con paralelismo y ambigüedad de funciones y de responsabilidades.

Lo anteriormente señalado obedece, a nuestro juicio, a que la legislación ambiental vigente ha sido dictada en forma sectorial y compartimentalizada, sin una visión global e integradora. Por lo mismo, no se hecho cargo de las relaciones de interacción e interdependencia que se dan entre los diferentes componentes del ambiente. También, ha carecido de principios generales y objetivos predefinidos a los cuales responder dentro de una política ambiental. Parece ser que este gran conjunto de normas refleja la reacción que frente a un problema ambiental específico, asumió la sociedad en un momento histórico².

El texto original de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al incorporar la denominación de Permiso Ambiental Sectorial, no establece en forma expresa el concepto o definición legal de los mismos para determinar su contenido, limitándose a expresar en su artículo 8 lo siguiente:

² Historia de la Ley N° 19.300, páginas 9-10, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

Todos los permisos o pronunciamiento de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deben o puedan emitir los organismos del Estado respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de este párrafo y su reglamento.

Corresponderá a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, así como la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo, para los efectos de obtener los permisos o pronunciamientos a que se refiere el inciso precedente.

Así, el encargado de materializar el sistema de ventanilla única, de acuerdo a la Ley N° 19.300, correspondería a la CONAMA, o a la COREMA, en su caso, que en su calidad de administrador del sistema de evaluación del impacto ambiental, y específicamente, en su rol de coordinador para la obtención de los permisos sectoriales ambientales que tengan relación con el proyecto o actividad que se pretende iniciar o modificar, y que ha sido sometido a su competencia.

Frente a tal situación, la Contraloría General de la República, en un dictamen de fecha 07 de abril de 1999³, sobre otorgamiento de Permisos Ambientales Sectoriales, sostenía que se “denominan genéricamente como permisos ambientales sectoriales a una serie de autorizaciones y permisos que el ordenamiento jurídico contempla como pronunciamiento con contenido ambiental”.

Por su parte, el artículo 13⁴ de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, establecía la obligación del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia de dictar un reglamento mediante un decreto supremo que, entre otras cosas, tendría por finalidad entregar un listado de los permisos ambientales sectoriales, debiendo establecer los requisitos para su otorgamiento y de los contenidos técnicos y formales necesarios para

³ Dictamen N° 12176, Contraloría General de la República.

⁴ Artículo 13 Ley 19.300, “Para los efectos de elaborar y calificar un Estudio de Impacto Ambiental, el proponente y la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, se sujetarán a las normas que establezca el reglamento”.

Este reglamento será dictado mediante decreto supremo, por intermedio del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y contendrá, a lo menos, lo siguiente:

a) Lista de los permisos ambientales sectoriales, de los requisitos para su otorgamiento y de los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento;

acreditar su cumplimiento. En tal sentido, sólo tendrían la categoría de permisos ambientales sectoriales aquellos que se encuentren establecidos y descritos en el Reglamento que debía ser emitido, y que fue materializado a través del Decreto Supremo N° 30, emitido el 27 de marzo de 1997, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que en su Título VII, vino en consagrar 32 permisos y/o autorizaciones con la categoría de Permisos Ambientales Sectoriales, entre los artículos 66 al 97.

Posteriormente, y considerando la experiencia adquirida en la evaluación de diversos proyectos, el legislador consideró necesario efectuar una modificación al Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y, específicamente, el título VII sufrió diversas modificaciones, las que se materializaron en la dictación del Decreto Supremo N° 95 el año 2001, por medio del cual Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual elimina ciertos permisos ambientales sectoriales, y eleva a dicha categoría otros.

Entre los permisos ambientales sectoriales que fueron eliminados en la modificación al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se encuentran los siguientes:

- i. El permiso para vaciar residuos líquidos que contengan sustancias nocivas a la bebida o al riego, provenientes de establecimientos industriales, sean mineros, metalúrgicos, fabriles o de cualquiera otra especie, en los acueductos, cauces artificiales o naturales, que conduzcan aguas o en vertimientos, lagos, lagunas o depósitos de agua⁵.

La eliminación de este permiso se considera que esta se debió a que en el año 2000 fue promulgado el Decreto Supremo N° 90 por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Establece la Norma de Emisión para la Regulación de Contaminantes Asociados a las Descargas de Residuos Líquidos a Aguas Marinas y Continentales Superficiales, que vino en regular las materias que regulaba la Ley N° 3.133/16, sobre Neutralización de los Residuos Provenientes de Establecimientos Industriales, y su Reglamento y que, por lo tanto,

⁵ Artículo 89 Decreto Supremo N° 30, 1997, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

al regular las emisiones, no requería la obtención de permiso⁶, tal como lo establecía la norma existente hasta el año 2000.

- ii. El permiso para la construcción, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a la provisión o purificación de agua potable de una población⁷.

La eliminación de este permiso se considera que esta se efectuó tomando en consideración que este permiso, consagrado en el Código Sanitario, más que generar un impacto ambiental negativo, viene en generar externalidades positivas.

- iii. El permiso para la instalación, ampliación o traslado de industrias⁸.

La eliminación de este permiso se considera que esta se efectuó tomando en consideración que este permiso se refiere a la autorización sanitaria establecida en el artículo 83 del Código Sanitario, que dice relación al informe sanitario que debe contar la industria y/o bodega a fin de obtener la patente municipal correspondiente y que, por su parte, su exigibilidad sólo es posible antes de iniciar la operación de la actividad industrial o de bodegaje. En tal sentido, se considera que el legislador consideró de mayor relevancia ambiental, consagrar como permiso ambiental sectorial, el trámite previo y que posee una relación directa con este permiso, el que consiste en efectuar la calificación técnica de los establecimientos industriales o de bodegaje.

- iv. El permiso para el funcionamiento de recintos públicos o privados, ubicados preferentemente en zonas no urbanas, destinados a albergar personas que hacen vida al aire libre con fines de recreación

⁶ Artículo 3 inciso 1 Decreto Supremo N° 351/92, Reglamento para la Neutralización y Depuración de los Residuos Líquidos Industriales a que se Refiere la Ley N° 3.133, “De acuerdo con lo establecido en los artículos 1° y 2° de la Ley, los establecimientos no podrán vaciar riles u otras sustancias nocivas al riego o a la bebida en ningún acueducto, cauce natural o artificial, superficial o subterráneo, que conduzca aguas, o en vertientes, lagos, lagunas, depósitos de agua, o terrenos que puedan filtrar la napa subterránea, sin la autorización del Presidente de la República”, otorgada por decreto del Ministerio de Obras Públicas, previo informe favorable de la Superintendencia.

⁷ Artículo 90 Decreto Supremo N° 30, 1997, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁸ Artículo 95 Decreto Supremo N° 30, 1997, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

en casas rodantes, carpas u otras instalaciones similares y por períodos determinados⁹.

La eliminación de este permiso se considera que esta se efectuó tomando en consideración que este permiso no posee elementos de relevancia ambiental que deban ser protegidos con la categoría de Permiso Ambiental Sectorial

Entre los permisos ambientales sectoriales que fueron incorporados en la modificación al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Modificación al D.S N° 30/97), debido a que contenían aspectos ambientales relevantes, dignos de ser elevados a esta categoría, se encuentran los siguientes:

- I. El permiso para realizar pesca de investigación que sea necesaria para el seguimiento de la condición de poblaciones de especies hidrobiológicas¹⁰.
- II. El permiso para la instalación de un cementerio, o de un crematorio¹¹.
- III. El permiso para la recolección de huevos y crías con fines científicos o de reproducción¹².
- IV. El permiso para la caza o captura de los ejemplares de animales de las especies protegidas¹³.
- V. El permiso para la introducción en el territorio nacional de ejemplares vivos de especies exóticas de la fauna silvestre, semen, embriones, huevos para incubar y larvas¹⁴.

⁹ Artículo 96 Decreto Supremo N° 30, 1997, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹⁰ Artículo 95 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹¹ Artículo 97 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹² Artículo 98 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹³ Artículo 99 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹⁴ Artículo 100 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

- VI. El permiso para la construcción de las obras a que se refiere el artículo 294 del D.F.L. N° 1.122 de 1981, del Ministerio de Justicia, Código de Aguas¹⁵.
- VII. El permiso para corta o explotación de bosque nativo, en cualquier tipo de terrenos, o plantaciones ubicadas en terrenos de aptitud preferentemente forestal¹⁶.
- VIII. El permiso para corta o explotación de la especie vegetal de carácter forestal denominada Alerce (*Fitzroya cupressoides* (Mol.) Johnston—, cuando esta tenga por objeto la habilitación de terrenos para la construcción de obras públicas¹⁷.
- IX. El permiso para la corta o explotación de la especie vegetal de carácter forestal denominada Pehuén (*Araucaria araucana* (Mol.) K. Koch, cuando esta tenga por objeto la habilitación de terrenos para la construcción de obras públicas¹⁸.
- X. El permiso para la corta o explotación de Queule (*Gomortega keule* (Mol.) Baillon—, Pitaó (*Pitauia punctata* (Mol.)—, Belloto del Sur (*Beilschmiedia berteroaana* (Gay) Kostern—, Ruil (*Nothofagus alessandrii* Espinoza—, Belloto del Norte (*Beilschmiedia miersii* (Gay) Kostern—, cuando esta tenga por objeto habilitar terrenos para la construcción de obras públicas¹⁹.
- XI. El permiso para las obras de regularización y defensa de cauces naturales²⁰.

2. Consideraciones de las modificaciones legales a la Ley N° 19.300 y al reglamento del sistema de evaluación ambiental

Después de varios años de operativización de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, surgió la necesidad de adecuar la normativa

¹⁵ Artículo 101 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹⁶ Artículo 102 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹⁷ Artículo 103 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹⁸ Artículo 104 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

¹⁹ Artículo 105 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

²⁰ Artículo 106 Decreto Supremo N° 95, 2001, Aprueba el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

ambiental, tomando en consideración los problemas y críticas que se habían presentado durante los años de implementación, además de considerar toda la experiencia de nuestro país, así como las realidades presentes en las evaluaciones ambientales, tanto nacionales como internacionales.

Así, uno de los puntos que trataron de ser resueltos con la iniciativa de modificación a la normativa ambiental, dice relación con que en gran medida la normativa ambiental sectorial hasta la fecha, era definido por cada sector, generando diversidad de interpretación entre los organismos públicos.

Frente a tal situación, es que el año 2010 se promulga la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y que además introduce modificaciones a la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y que de acuerdo al mensaje presidencial, el objetivo de la promulgación de esta Ley es la de iniciar una nueva etapa en nuestra política ambiental, de manera de modernizar el actual sistema y garantizar adecuadamente los derechos de todos los ciudadanos²¹. Y en tal sentido el objetivo planteado era *“perfeccionar dicha regulación, de manera de hacer de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente un cuerpo normativo integrador, coherente y eficaz y superar los numerosos vacíos y lagunas legales, problemas de redacción, deficiencias en materia de fiscalización, discrecionalidad administrativa y otros problemas contra la certeza y seguridad jurídica que la aplicación de la ley había dejado en evidencia”*²².

En tal sentido, se trató con las modificaciones introducidas a la Ley de reforzar el concepto de “ventanilla única”, al establecer que la Comisión de Evaluación Ambiental o el Director Ejecutivo, según corresponda, no podrá pronunciarse sobre una Declaración de Impacto Ambiental²³ o Estudio de Impacto Ambiental²⁴, en razón de la falta de algún permiso o pronunciamiento sectorial ambiental. En tal caso, la normativa le confiere la facultad de requerir al organismo del estado responsable de su emisión, a fin de que en un plazo determinado, emita el respectivo permiso o pronunciamiento. Si vencido el plazo otorgado, el organismo del estado requerido no emitiera un pronunciamiento al respecto, debe entenderse otorgado favorablemente el permiso o autorización faltante.

²¹ Historia de la Ley N° 20.417. Mensaje Presidencial.

²² Historia de Ley N° 20.417, Página 9 Mensaje Presidencial.

²³ Artículo 18 Inciso 4, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

²⁴ Artículo 15 Inciso 2, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

La finalidad que pretende el legislar al incorporar estas modificaciones, es la de exigir a la Comisión o al Director Ejecutivo, relacionarse internamente con las demás autoridades del Estado, que poseyendo competencias ambientales sobre el respectivo proyecto sometido a evaluación, no ha emitido su pronunciamiento u otorgado el permiso dentro del plazo legal en que debe desarrollarse la evaluación. En tal sentido, se busca invertir la carga de la prueba, pues esta gestión que normalmente correspondería al titular del proyecto o actividad en evaluación, con esta modificación normativa, pasa a ser parte de la responsabilidad del organismo técnico encargado del sistema, buscando con ello agilizar y desburocratizar el sistema de evaluación de impacto ambiental.

En el mismo sentido, al artículo 24 inciso 4 de la Ley, establece que los organismos del Estado a los que corresponda otorgar o pronunciarse sobre los permisos ambientales sectoriales identificados en el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, tendrán la obligación de informar a la Superintendencia del Medio Ambiente cada vez que se les solicite el otorgamiento en sede sectorial de alguno de ellos, y en tal medida, si la Superintendencia de Medio Ambiente detectara que una solicitud relativa al otorgamiento de un permiso ambiental sectorial recayera sobre un proyecto o actividad, que de acuerdo a la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, deba ser objeto de una evaluación de impacto ambiental previa, y que no cuenta con la respectiva resolución de calificación ambiental aprobatoria, lo comunicará al organismo sectorial que corresponda, el que deberá abstenerse de otorgar el permiso o autorización solicitado, en tanto no se acredite el cumplimiento de dicha exigencia por parte del solicitante, debiendo informar de todo ello al Servicio de Evaluación Ambiental. Esta corresponde a una, de varias normas de eficiencia incorporada con la modificación a la Ley N° 19.300.

Por otra parte, y entendiendo la complejidad que existía en torno a los permisos ambientales sectoriales, ya reiteradamente expuesta en el presente trabajo, el mensaje presidencial por medio del cual se envía el proyecto de la Ley N° 20.417 al Congreso, establece que al crear una nueva institucionalidad como el Servicio de Evaluación Ambiental, este tendrá por objetivo de mediano plazo, el simplificar los permisos ambientales y proporcionar la información adecuada sobre los mismos para los proponentes de los proyectos o actividad a ser sometidos a la evaluación ambiental

de su impacto, como a la comunidad en general²⁵. Esta idea, se consagra normativamente en el artículo 81 de la Ley N° 20.417, que al tratar sobre el Servicio de Evaluación Ambiental, establece dentro de sus responsabilidades el uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental, mediante el establecimiento, entre otros, de guías de trámite²⁶.

Frente a tal escenario de cambios, se hizo imperativo el realizar cambios al Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (Decreto Supremo N° 95/01), a fin de incorporar todas las concepciones y finalidades buscadas con la reforma institucional ambiental. Es así, como el 30 de octubre del 2012, se promulgó el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, por medio del cual se Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de agosto del 2013, y que vino en realizar importantes cambios en materia de permisos ambientales sectoriales.

Uno de los cambios relevantes que introdujo el Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental, fue distinguir entre permiso ambiental sectorial y pronunciamiento, dando esta última categoría al permiso ambiental sectorial consagrado en el artículo 94 del Decreto Supremo N° 95, es decir, a la Calificación Técnica de Industrias y Bodegas. Al respecto, es importante señalar que dicha calificación ya hace años tenía la categoría de pronunciamiento, ya que en la práctica no autorizaba u otorgaba un permiso, sino más bien certificaba, mediante la evaluación previa de los riesgos asociados a su funcionamiento, en función a los daños y perjuicios que pueda causar a sus trabajadores, vecindario y comunidad, si las actividades a ser desarrolladas en las industrias y bodegas puedan ser calificadas como inofensivas, molestas, contaminantes o peligrosas, para con ello verificar que su emplazamiento esté acorde con los instrumentos de planificación territorial.

Otro cambio introducido en materia de permisos ambientales sectoriales, fue realizar una clasificación entre aquellos permisos que presentan únicamente contenidos de carácter ambiental y aquellos que presentan tanto contenidos ambientales como sectoriales, entregando la

²⁵ Historia de Ley N° 20.417, página 15, Mensaje Presidencial.

²⁶ Artículo 81 Letra d), Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

denominación de “permisos ambientales sectoriales propiamente tales”, a los primeros, y la denominación de “mixtos” a los segundos.

En tal sentido, el Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental dispone que *“tratándose de permisos ambientales sectoriales de contenidos únicamente ambientales, la Resolución de Calificación Ambiental favorable dispondrá su otorgamiento por parte de los órganos de la administración del estado con competencia ambiental, bajo las condiciones o exigencias que en la misma se expresen. Para estos efectos, bastará que el titular del proyecto o actividad exhiba la Resolución de Calificación Ambiental para que el organismo competente otorgue el permiso sin más trámite... Tratándose de permisos ambientales sectoriales mixtos, la Resolución de Calificación Ambiental favorable certificará que se da cumplimiento a los requisitos ambientales de dichos permisos. En tal caso, los órganos de la administración del estado con competencia ambiental no podrán denegar los correspondientes permisos en razón de los referidos requisitos, ni imponer nuevas condiciones o exigencias de carácter ambiental que no sean las establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental”*²⁷.

Esto permite agilizar el proceso de obtención de los permisos ambientales sectoriales, desburocratizando la gestión sobre los mismos por parte de los titulares de los proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación ambiental de su impacto, debido a que antes de tal modificación, aun cuando el titular de un proyecto hubiere obtenido un permiso ambiental sectorial durante la evaluación del impacto ambiental de su proyecto o actividad, debía obligatoriamente recurrir posteriormente al organismo sectorial a tramitarlo en su sede, a fin de obtener nuevamente el pronunciamiento y/o autorización, aun cuando el permiso sólo contenía aspectos ambientales ya tratados y resueltos en la evaluación del impacto ambiental del proyecto²⁸.

Por otra parte, el nuevo Reglamento vino en establecer veinte permisos ambientales sectoriales con contenido únicamente ambiental (entre los artículos 111 al 130) y treinta permisos ambientales sectoriales mixtos (entre los artículos 131 al 160). Entre los permisos ambientales sectoriales nuevos incorporados, se encuentran los siguientes:

²⁷ Artículo 108, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

²⁸ En la práctica, en estos casos, se volvía a presentar los mismos antecedentes entregados en el proceso de evaluación ambiental, al mismo organismo que en dicha instancia ya lo había otorgado, implicando gastos de recursos y tiempo innecesarios.

- I. Permiso para realizar repoblación y siembra de especies hidrobiológicas con fines de pesca recreativa²⁹.
- II. Permiso para realizar actividades de acuicultura en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos³⁰.
- III. Permiso para la introducción en el medio natural de especies de fauna silvestre, sea esta del país o aclimatada, semen, embriones, huevos para incubar y larvas en regiones o áreas del territorio nacional donde no tengan presencia y puedan perturbar el equilibrio ecológico y la conservación del patrimonio ambiental³¹.
- IV. Permiso para la caza o captura de ejemplares de animales de especies protegidas para controlar la acción de animales que causen graves perjuicios al ecosistema³².
- V. Permiso para la construcción, reparación, modificación y ampliación de relleno sanitario³³.
- VI. Permiso para todo sitio destinado al almacenamiento de residuos peligrosos³⁴.
- VII. Permiso para el transporte e instalaciones necesarias para la operación del sistema de transporte de residuos peligrosos³⁵.
- VIII. Permiso para instalaciones de eliminación de residuos peligrosos³⁶.
- IX. Permiso para el sitio de reciclaje de residuos peligrosos³⁷.
- X. Permiso para corta de plantaciones en APF³⁸.

²⁹ Artículo 117, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³⁰ Artículo 118, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³¹ Artículo 123, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³² Artículo 124, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³³ Artículo 141, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³⁴ Artículo 142, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³⁵ Artículo 143, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³⁶ Artículo 144, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³⁷ Artículo 145, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³⁸ Artículo 149, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

- XI. Permiso para la intervención de especies vegetales nativas clasificadas de conformidad con el artículo 37 de la Ley N° 19.300, que formen parte de un bosque nativo, o alteración de su hábitat³⁹.
- XII: Permiso para el manejo de bosque nativo de preservación que corresponda a ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país⁴⁰.
- XIII. Permiso para la corta de árboles y/o arbustos aislados ubicados en áreas declaradas de protección⁴¹.
- XIV. Permiso para realizar modificación de cauces⁴².
- XV. Permiso para ejecutar obras para la recarga artificial de acuíferos⁴³.

Las razones para incorporar nuevos permisos a la categoría de ambientales sectoriales, así como la de modificar los contenidos técnicos y formales para acreditar su cumplimiento, entendemos estuvieron motivadas en una primera instancia, actualizarlo a la nueva normativa existente, pero también se buscó dar sustento jurídico a lo que en la práctica ya se venía realizando desde hace años, y con ello dar mayor seguridad jurídica al sistema, y restringir los ámbitos de discrecionalidad administrativa en el tema.

III. PERMISOS AMBIENTALES SECTORIALES RELEVANTES PARA PROYECTOS MINEROS

Tal como se expresó en la parte introductoria, en este título se realizará un análisis práctico y jurídico respecto de un número determinado de Permisos Ambientales Sectoriales, desde sus orígenes como tal en el año 1997, hasta las nuevas consideraciones y requerimientos establecidos por el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40/2012, del Ministerio de Medio Ambiente.

³⁹ Artículo 150, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁴⁰ Artículo 152, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁴¹ Artículo 153, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁴² Artículo 156, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁴³ Artículo 158, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Con la finalidad de focalizar los análisis, se ha considerado como objeto del presente trabajo, aquellos permisos ambientales sectoriales más relevantes y de aplicabilidad recurrente, que deben ser obtenidos por un titular de un proyecto minero, a fin de poder materializarlo en nuestro país.

1. De los depósitos de relaves y los residuos mineros en general

Es indiscutible afirmar que la minería ha sido una de las principales actividades económicas de Chile, ya desde hace varios siglos, y que en las últimas décadas se ha constituido en los sectores más productivos y dinámicos, concentrando su mayor producción, principalmente en minerales tales como el cobre, molibdeno y oro.

De los minerales producidos, el más importante para la economía nacional, es el cobre, esto por cuanto Chile es uno de los principales productores del mineral rojo en el mundo, posición que se ve garantizada considerando que nuestro país posee una de las principales reservas de cobre en el mundo.

En tal sentido, es importante señalar el impacto que dicha explotación y producción de minerales a la escala actual genera para el ambiente, debido a que del material removido para extraer el mineral, sólo el 1% o menos, corresponde a minerales, los restantes 99% corresponde a material de estériles. Esto sumado a los residuos que genera el proceso de beneficios de los minerales (ripios y/o relaves) para alcanzar la pureza o concentración requerida para colocar el mineral en el mercado, posiciona a la minería como una actividad generadora de grandes cantidades de residuos masivos.

Reflejando la situación a la cual se enfrentan los proyectos mineros en actual operación o nuevos, con relación al tema del residuos masivos, se ha sostenido que *“Considerando que la ley media de cobre de los minerales explotados hoy en Chile es inferior a 1% y que para cada tonelada de mineral extraído, es necesario remover entre 2 y 3 toneladas de material de estéril, se deduce que para cada tonelada equivalente de cobre producida, sea como cátodo o como concentrado, se generan del orden de 300 a 400 toneladas de residuos mineros. En otras palabras, se produce diariamente en Chile más de un millón de toneladas de relaves y más de dos millones de toneladas de estéril. De allí que la minería se ha transformado en el mayor generador de residuos, por ello, algunos expertos no dudan en decir que, hoy, un proyecto minero es antes de todo un proyecto de manejo de residuos mineros masivos. Estos residuos son principalmente los materiales estériles que deben ser removidos para acceder a los minerales, los ripios que resultan de los procesos de lixiviación y los relaves que*

son la pulpa de descarte que resulta de la separación por flotación de los sulfuros que contienen los metales de interés, recuperados en el concentrado sulfurado. Otro residuo minero masivo de menor cantidad lo constituye la escoria de fundición”⁴⁴.

Por razones económicas, históricamente la disposición de estos residuos mineros ha sido dispuesta en las proximidades del yacimiento minero o de la planta de beneficio. Esto provocaba, años atrás, que al cerrar las operaciones mineras, el titular del proyecto dejara abandonada en las cercanías del rajo minero todos los residuos por la actividad generada, sin adoptar las medidas necesarias para que dichos residuos no generaran impactos negativos al medioambiente en el tiempo, naciendo el concepto “pasivos ambientales”.

Considerando la importancia que este tema revestía en materia ambiental, es que el Decreto Supremo N° 30/97, primer Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental, consideró dentro del catálogo de los Permisos Ambientales Sectoriales, algunos permisos y/o autorizaciones existentes en la normativa sectorial vigente a esa fecha, que regulaban de alguna u otra manera, la construcción y operación de obras de almacenamiento de residuos mineros masivos.

Una de las importantes obras utilizadas para la disposición final de residuos mineros, son los llamados depósitos de relaves, en todas sus especies (tranque de relaves, depósitos de relaves espesados, en pasta, etcétera), por lo que para entender mejor este tipo de obras, es importante señalar primeramente lo que se debe entender por relaves, y al respecto se puede señalar que el artículo 5 del Decreto Supremo N° 248/07, Reglamento para la Aprobación de Proyectos de Diseño, Construcción, Operación y Cierre de los Depósitos, establece que se debe entender por tal a la “*suspensión de sólidos en líquidos, formando una pulpa, que se generan y desechan en las plantas de concentración húmeda de especies minerales que han experimentado una o varias etapas en circuito de molienda fina. El vocablo se aplicará, también, a la fracción sólida de la pulpa que se ha descrito precedentemente*”.

Ahora se puede señalar que la primera norma específicamente dictada para regular la construcción de los sitios de almacenamiento masivos de relaves en Chile, fue el Decreto Supremo N° 86/70, del Ministerio de Minería, por medio del cual se aprueba el Reglamento de Construcción y Operación

⁴⁴ Wiertz, Jacques. “Chile, gran productor de residuos mineros”. Disponible en: <http://www.emb.cl/hsec/articulo.mvc?xid=38&edi=2&xit=chile-gran-productor-de-residuos-mineros>

de Tranques de Relaves, el que venía a precisar las ideas y exigencias tecnológicas para la aplicación de los más avanzados conceptos en la construcción de los tranques de relaves, que se encontraba regulado antes, en el artículo 13 del Decreto Supremo N° 32/69, que aprobó el Reglamento de Policía y Seguridad Minera (norma inicial de lo que sería el Reglamento de Seguridad Minera actual).

El artículo 47 del Reglamento de Construcción y Operación de Tranques de Relaves, establecía la obligación del titular de un proyecto de tranque de relaves, de obtener previamente a su construcción, la autorización por parte del Director del SERNAGEOMIN⁴⁵. Esta fue la norma que fundó el Permiso Ambiental Sectorial consagrado en el artículo 82 del Decreto Supremo N° 30/97. Al modificarse el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por medio del Decreto Supremo N° 95/01, el permiso se mantiene en el catálogo de PAS, mas sufre modificaciones respecto a los requisitos de su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para que el titular acredite su cumplimiento⁴⁶, esto

⁴⁵ Su artículo 47 establecía: “Los usuarios que hayan de emprender la construcción de tranques de relave de características comprendidas en las disposiciones indicadas por los artículo 44 al 47 sólo podrán iniciar las obras con la aprobación previa de una solicitud de anteproyecto aprobado provisionalmente por el Director, debiendo, posteriormente y con mayor información, completar la documentación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40”.

⁴⁶ El artículo 82 del D.S N° 30/97 establecía como requisito para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales para acreditar su cumplimiento son los siguientes:

“En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberá presentar el diseño adecuado del proyecto, de acuerdo a:

- a) *El subsuelo y las condiciones de fundación.*
- b) *Las condiciones de superficie.*
- c) *La geología y sismología de la zona.*
- d) *La hidrología y pluviometría del lugar.*
- e) *El plano de la hoya hidrográfica afecta, en relación a las zonas habitadas.*
- f) *El programa gráfico y detallado del desarrollo del proyecto”.*

Por su parte, el artículo 84 del D.S N° 95/01 establecía como requisito para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales para acreditar su cumplimiento son los siguientes:

“En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberá presentar la descripción del proyecto, indicando las características del lugar de emplazamiento y su área de influencia, de acuerdo a:

- a) *Suelo, considerando la descripción del uso del suelo, de su capacidad de uso, clasificación según aptitud y características edafológicas. Además deberá indicarse si se encuentra regulado por algún instrumento de planificación territorial o si forma parte de un área bajo protección oficial.*
- b) *Subsuelo, considerando su estratigrafía y permeabilidad.*
- c) *Calidad del aire, clima y/o meteorología, considerando niveles de material particulado y otros contaminantes atmosféricos relevantes, así como temperatura, humedad, precipitaciones y vientos.*
- d) *Geología y geomorfología, considerando riesgos de remoción en masa, volcánicos, geomorfológicos y sísmicos, en relación a estructuras geológicas, así como las condiciones de superficie.*

por cuanto los antecedentes solicitados para evaluar su impacto, eran mucho más exigentes que los iniciales. Cabe señalar que el otorgamiento de este Permiso Ambiental sectorial correspondía al SERNAGEOMIN, en atención a la competencia otorgada por la norma base del permiso. Sin embargo, durante la evaluación, SERNAGEOMIN no fue el único organismo que se atribuía competencia durante la evaluación ambiental del Proyecto, para conocer y otorgar algún permiso ambiental sectorial asociado a la autorización para la construcción del tranque de relaves. Así, el Servicio de Salud reclamaba para sí la competencia que le confería el artículo 91 del primer Reglamento del SEIA, al establecer “*el permiso para la construcción, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a la evacuación, tratamiento o disposición final de residuos industriales o mineros, a que se refiere el artículo 71 letra b) del D.F.L. 725/67, Código Sanitario*”. Frente a tal situación, con la vigencia del Decreto Supremo N° 30/97, para poder materializar la construcción de un tranque de relaves, durante la evaluación del impacto ambiental de un proyecto, debía este contar con dos permisos ambientales sectoriales emitidos por organismo diferentes del Estado (SERNAGEOMIN y Servicio de Salud).

Posteriormente, y con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 95/01, se vino a incorporar un nuevo permiso ambiental sectorial, que correspondía al establecido en el artículo 101 de la normativa, asociado al permiso para la construcción de obra hidráulica mayor. En tal sentido, y considerando los diseños, dimensiones y obras consideradas en la construcción de los tranques de relaves, es que la DGA consideró que tales depósitos correspondían a obras hidráulicas de acuerdo a lo descrito en el Código de Aguas⁴⁷, por cuanto cumplían los supuestos establecidos en la norma, al ser lugares donde se acopiaban agua, conforme a la definición que otorga el mismo código de lo que debe entenderse por “embalse”. Es así que, desde la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 95/01, se incorporaba un nuevo organismo que debía pronunciarse durante la evaluación ambiental de un proyecto que contemplara la construcción de un tranque de relaves.

e) Hidrogeología e hidrología, considerando la eventual perturbación de flujos de agua subterránea o superficiales, ya sea por contaminación o por uso, incluyendo un plano de la hoya hidrográfica involucrada, que contenga la identificación de zonas habitadas”.

⁴⁷ Artículo 294, letra a), Código de Aguas.

Frente a tal situación, la aprobación ambiental para la construcción de un tranque de relaves se complejizaba, debido a que su autorización dependía de tres organismos del Estado diferentes y con una visión totalmente distinta de los que se debía evaluar en cada caso, para emitir su pronunciamiento favorable, esto debido a las finalidades que persigue cada organismo.

Posteriormente, y debido al avance de las tecnologías asociadas al diseño para la disposición de los relaves, es que fue emitido el año 2007, el Decreto Supremo N° 248, por medio del cual se aprueba el Reglamento para la Aprobación de Proyectos de Diseño, Construcción, Operación y Cierre de los Depósitos. Este vino a actualizar la normativa sobre el tema, ya que permitía otras formas de disposición de relaves, más que la sola disposición en tranque de relaves (forma de disposición convencional), estableciendo el depósito de relaves espesados, en pasta y filtrado.

Sobre la base de este cambio normativo, es que los nuevos requerimientos establecidos en la normativa sectorial (Decreto Supremo N° 248/07), comenzaron a ser exigidos durante la evaluación del impacto ambiental de proyectos mineros que contemplaban depósitos de relaves durante los próximos años, excediendo con ello lo establecido en el permiso ambiental sectorial del artículo 84 del Reglamento y, en consecuencia, dichos requerimientos estaban fuera de la norma.

A fin de regularizar una situación que se presentaba en la práctica, es que con la dictación del nuevo reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental (Decreto Supremo N° 40/12), el permiso ambiental sectorial necesario para la construcción de depósitos de relaves, establecido en el actual artículo 135, sufre importantes modificaciones, ya que aumenta los contenidos técnicos y formales para acreditar su cumplimiento, elevando a instancia de evaluación ambiental aspectos que antes sólo se trataban y analizaban en la revisión sectorial del permiso como, por ejemplo, programa de construcción, plan de crecimiento, manual de emergencia, entre otros.

Respecto a los demás sitios de disposición final de residuos mineros, se puede señalar que desde la dictación del primer Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Supremo N° 30/97), los botaderos de estériles y rípios de lixiviación se encontraban dentro del

catálogo de los Permisos Ambientales Sectoriales, en los artículos 86⁴⁸ y 91⁴⁹, respectivamente.

Estos dos permisos ambientales sectoriales se han mantenido en el reglamento, aun cuando este ha sufrido modificaciones por el Decreto Supremo N° 95 y Decreto Supremo N° 40; sólo han sufrido modificaciones respecto a los contenidos técnicos y formales para acreditar su cumplimiento. En cuanto al organismo del Estado con competencia para su otorgamiento, los permisos antes individualizados corresponden al SERNAGEOMIN (botadero de estériles y apilamiento de residuos) y SEREMI de Salud (residuos mineros en general).

Importante es señalar un criterio que se comenzó a generar en la SEREMI de Salud de algunas regiones, con respecto a los residuos mineros en general, con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 95/01, aproximadamente desde el año 2009, en el sentido de afirmar la competencia para la autorización de la construcción de un tranque de relaves, botaderos de estériles, botadero de marinas y rípios de lixiviación, basado en el permiso ambiental sectorial contemplado

⁴⁸ Artículo 86 Decreto Supremo N° 30/97, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: El permiso para establecer botaderos en las minas a tajo abierto, a que se refiere el artículo 318 del D.S. 72/85 del Ministerio de Minería, Reglamento de Seguridad Minera, los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, serán los que se señalan en este artículo.

En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberán señalar las medidas apropiadas para el adecuado drenaje natural o artificial, para evitar la combustión espontánea, y/o el arrastre del material depositado, de acuerdo a:

- a) Las características del entorno: clima, pluviometría, presencia de quebradas, y cursos de aguas.
- b) La sismología de la zona.
- c) El análisis del suelo.

⁴⁹ Artículo 91 Decreto Supremo N° 30/97, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: En el permiso para la construcción, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a la evacuación, tratamiento o disposición final de residuos industriales o mineros, a que se refiere el artículo 71 letra b) del D.F.L. 725/67, Código Sanitario, los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, serán los que se señalan en este artículo.

En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberán señalar las medidas adecuadas para el control de aquellos factores, elementos o agentes del medioambiente que puedan afectar la salud de los habitantes, de acuerdo a:

- a) El análisis físico-químico (NCh 1.333) y bacteriológico correspondiente al residuo industrial de que se trate.
- b) La cuantificación del caudal a tratar.
- c) La disposición final de los residuos industriales tratados.
- d) Los mecanismos de control de posibles olores, residuos o vibraciones hacia los sectores colindantes, producidos por la planta y la justificación técnica de los mismos.

en el artículo 93, el que establece que se requerirá *“En los permisos para la construcción, modificación y ampliación de cualquier planta de tratamiento de basuras y desperdicios de cualquier clase, o para la instalación de todo lugar destinado a la acumulación, selección, industrialización, comercio o disposición final de basuras y desperdicios de cualquier clase, a que se refieren los artículos 79 y 80 del Decreto con Fuerza de Ley N° 725/67, Código Sanitario”*. Esta exigencia manifestada durante la evaluación de algunos proyectos mineros por parte de la SEREMI de Salud, específicamente en la zona norte, trajo consigo resistencia inicial de los titulares de los proyectos mineros, bajo la interpretación de que existía ya en el reglamento del SEIA permisos ambientales sectoriales que venían a regular expresamente la materia y que, por tanto, el permiso ambiental sectorial del artículo 93 no le era aplicable, excediendo el organismo sus competencias otorgadas por el reglamento, al interpretar que al señalar el artículo 93 *“desperdicios de cualquier naturaleza”*, quedarían comprendidos los residuos mineros masivos⁵⁰. En la actualidad, entendemos que esta discrepancia queda resuelta con la dictación del Decreto Supremo N° 40, nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, considerando que el legislador ha tratado de establecer claramente en el permiso ambiental sectorial, actualmente establecido en el artículo 140, que será aplicable *“siempre que no corresponda la aplicación de otro permiso ambiental sectorial por la misma acción”*, y en tal medida deja zanjado que, si para la construcción de un tranque de relaves, botaderos de estériles, botadero de marinas y rípios de lixiviación, se establece expresamente la necesidad de obtener un permiso ambiental sectorial específico, no será lícito solicitar el permiso destinado a las basuras o desperdicios de cualquier naturaleza, limitando las atribuciones que durante años se adjudicaron algunas SEREMI de Salud.

2. De las edificaciones en general

Todo proyecto minero requiere la construcción de edificaciones e instalaciones a fin de poder materializar su proyecto, y de forma generalizada, debido a la ubicación de los yacimientos mineros; estas se emplazan en áreas fuera de toda planificación territorial (zonas rurales), y en tal medida le es aplicable el Permiso Ambiental Sectorial denominado en

⁵⁰ La interpretación de la SEREMI de Salud se extendía a depósitos de relaves, botaderos de estériles, botaderos de marinas, rípios de lixiviación.

su momento como “Cambio de Uso de Suelo”, y en la actualidad “Informe favorable para la Construcción”.

Al respecto, es importante señalar que este encuentra su fundamento legal en el artículo 55 inciso 4 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC)⁵¹, el que establece que *“Igualmente, las construcciones industriales, de equipamiento, turismo, y poblaciones, fuera de los límites urbanos, requerirán, previamente a la aprobación correspondiente de la Dirección de Obras Municipales, del informe favorable de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y del Servicio Agrícola que correspondan”*.

Sobre la base de lo establecido en la norma, se desprende que el permiso es de carácter excepcional, y aplicable a construcciones destinadas a industrias, equipamiento, turismo y poblaciones, en áreas rurales. Además, que la necesidad de obtener esta autorización es mantener la calidad agrícola, ganadera o forestal de los suelos en Chile.

Así, en los orígenes de la normativa, existía la Comisión Mixta de Agricultura, Urbanismo, Turismo y Bienes Nacionales, creada mediante Decreto Supremo N° 718 de 1977, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, cuyo artículo 4 letra a) indicaba que era función de esta entidad *“estudiar e informar sobre cambio de uso de suelo, con fines no agrícolas, en todas las áreas rurales del país, de acuerdo al artículo N° 55° del Decreto Supremo N° 458, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1975”*. Con posterioridad, esta Comisión Mixta de Agricultura, Vivienda y Urbanismo, Turismo y Bienes Nacionales, fue derogada mediante el artículo único del Decreto Supremo N° 138/02 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En la actualidad, los organismos técnicos a los que legalmente corresponde informar son las Secretarías Regionales del MINVU y al Servicio Agrícola Ganadero (SAG), este último organismo dependiente del Ministerio de Agricultura⁵².

Ahora bien, en materia de evaluación ambiental, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad incorpora como parte integrante de los Permisos Ambientales Sectoriales que lista el Reglamento, el Permiso Ambiental Sectorial para subdividir y

⁵¹ Artículo 55, Decreto con Fuerza de Ley N° 458 de 1976, Ministerio de Vivienda y Urbanismo

⁵² Artículo 46 de la Ley N° 18.755, sobre Organización y Atribuciones del SAG.

urbanizar terrenos rurales. En la primera versión del RSEIA, el referido PAS se contenía en el artículo 97, y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, decían relación con señalar las medidas y/o condiciones ambientales adecuadas que eviten la pérdida y degradación del suelo y que consideren los efectos de la posibilidad de desarrollo de nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional. Posteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 95 de 2001, actual Reglamento del SEIA, estos contenidos fueron precisados en el artículo 96 (PAS 96), manteniendo en términos generales los mismos alcances del reglamento original.

Esta situación tenía su fundamento en la concepción que se manejaba de dicho permiso a nivel sectorial en tales años, ya que en dicha instancia, este permiso se denominaba “Cambio de Uso del Suelo”, entendiéndose por ello el acto administrativo de autorización otorgado por el Ministerio de Agricultura a través de sus organismos regionales competentes, y que facultaban al propietario de un terreno para cambiar la utilización y aptitud agrícola, ganadera y/o forestal del suelo hacia fines distintos, tales como los habitacionales, industriales, turísticos y de otros equipamientos esenciales de carácter complementario. De acuerdo a lo anterior, únicamente aquellas divisiones prediales y urbanizaciones y/o edificaciones cuyo destino final se apartaba del uso de suelo agrícola original del área rural debían someterse al procedimiento descrito precedentemente. Por el contrario, aquellas construcciones que no implicaban alteración del uso del suelo en razón a la actividad agrícola, ganadera o forestal que desarrollen y las obras complementarias a esta actividad, no requerían someterse al procedimiento de cambio de uso del suelo.

Sin embargo, este criterio se ve modificado con fecha 26 de octubre de 2010, oportunidad en la que el Ministerio de Agricultura dicta el Ordinario N° 814, denominado “*Pauta Oficial de aplicación del artículo 55 de la LGUC*”. En este instructivo, el Ministerio instruye a las Secretarías Regionales Ministeriales del país respecto a los criterios que deberán aplicar a nivel nacional en relación al artículo 55 antes mencionado, indicando que ya no debe entenderse como un cambio de uso de suelo, sino más bien como un Informe Favorable para la Construcción. Así, el permiso en comento debe cambiar su denominación de “Cambio de Uso de Suelo” por cuanto este no tiene por objetivo alterar o modificar el uso de suelo del predio, sino que se limita a reglamentar o condicionar las construcciones y urbanizaciones con o sin división en predios emplazados en áreas rurales.

La dictación del Ordinario N° 814 vino en generar el cambio de criterio en cuanto a la aplicabilidad del PAS, y su consecuente permiso sectorial, en el entendido que ahora al no modificar o alterar el uso de suelo agrícola, ganadero o forestal, que se presumía en las áreas rurales, de acuerdo a la interpretación que se había otorgado a las normas que regulaban la materia, sólo viene en comprobar el cumplimiento de las normas técnicas asociadas a urbanización y construcción de las edificaciones.

Con la promulgación y posterior publicación del Decreto Supremo N° 40 del 2012, el que viene en derogar y reemplazar el Decreto Supremo N° 95 del 2001, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se contempla en el Artículo 160 el permiso para “Subdividir y urbanizar terrenos rurales o para construcciones fuera de los límites urbanos”. Es así que el nuevo permiso ambiental sectorial de naturaleza mixta, por cuanto requiere ser autorizado en sede ambiental como sectorial, establece dos hipótesis de aplicación:

1. Subdividir y urbanizar en terrenos rurales⁵³.
2. Construcciones fuera de los límites urbanos⁵⁴.

En cuanto a los contenidos técnicos y formales, para acreditar su cumplimiento y por lo tanto su obtención, están establecidos en las letras A y B, respectivamente, del artículo 160 antes citado.

Así, y si nos remitimos a la letra B del artículo 160, y que es el objeto de nuestro análisis, referido al permiso asociado a las construcciones en área rural y tal como lo indicamos precedentemente, hay un cambio de criterio importante en relación a como se había concebido este permiso históricamente; así la redacción del actual PAS 160 que contempla el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establece como contenido técnico y formal para su obtención los siguientes:

b) *En caso de tratarse de construcciones:*

b.1) *Destino de las edificaciones*

b.2) *Plano de ubicación, que señale la ubicación relativa del predio respecto de los terrenos colindantes y del espacio público.*

⁵³ Artículo 160, Letra A, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁵⁴ Artículo 160, Letra B, Decreto Supremo N° 40/12, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

b.3) *Plano de emplazamiento de las edificaciones.*

b.4) *Plantas de arquitectura esquemáticas y siluetas de las elevaciones que ilustren los puntos más salientes, su altura, número de pisos, y la línea correspondiente al suelo natural.*

b.5) *Caracterización del suelo.*

Este cambio de criterio, manifestado sectorialmente años atrás, con la dictación del Ordinario N° 814 del 2010 por parte del Ministerio de Agricultura, vino a ser recogido por el nuevo reglamento, lo que a nuestro juicio trae consigo importantes consecuencias negativas y positivas.

En la actualidad, el permiso sólo es otorgado para superficies de terreno limitadas, es decir, sólo aquellas superficies afectadas por la construcción de las edificaciones que contemple el proyecto, así queda de manifiesto al exigirse la presentación de antecedentes técnicos de ingeniería con un nivel de detalle (plano de emplazamiento y arquitectura) que no es propio a la etapa en que se desarrolla la evaluación ambiental de un proyecto (ingeniería conceptual y básica). El aspecto positivo de esto dice relación con que la afectación del suelo se limita a las áreas necesarias para las futuras construcciones, a diferencia de lo que ocurría en la antigüedad, en que se solicitaban grandes superficies de terreno sin justificación alguna por parte de los titulares de los proyectos, otorgándose de dicha forma, perdiendo grandes superficies de terreno, su uso normal de ser destinado a la agricultura, ganadería y/o forestal.

Un aspecto negativo es que al exigirse tal nivel de detalle, provoca una rigidez del proyecto, en el sentido que no es factible efectuar mejoras que puedan provenir de opiniones de los organismos públicos y de la participación ciudadana, para evitar afectaciones a áreas que tengan cierta sensibilidad, debido a que, para materializarlas, se requiere de un trabajo de ingeniería incompatible con los tiempos de desarrollo de la evaluación ambiental.

Por otra parte, entendemos que el nuevo criterio de aplicación del PAS, viene en afectar de cierto modo el objetivo de lo que busca el permiso, en atención a proteger el recurso suelo, por cuanto sólo se exigiría el permiso para la construcción de edificaciones, no siendo exigido para aquellas obras que afectan de igual o con mayor manera y en algunos casos en forma definitiva el componente suelo, como podría ser un depósito de relaves, un relleno de seguridad, los botaderos de estériles, entre otros.

Por último, en base a este nuevo criterio, toda construcción requiere abordarse en este PAS, incluidas las instalaciones temporales, tales como los container, aun cuando no tengan cimientos, ya que según el criterio de Contraloría General de la Republica, dado mediante Dictamen N° 29101 de fecha 21-06-2006, estas obras requieren de permiso de edificación y, por ende, del referido PAS. Esto demuestra, una vez más, que hoy en día el recurso suelo ha pasado a un segundo lugar, no importando que la afectación del mismo sea o no permanente.

IV. CONCLUSIONES

La instauración del sistema de ventanilla única, al momento de la creación de un nuevo marco jurídico ambiental, fue visto como beneficioso a la luz de la multiplicidad de normativa sectorial con elementos ambientales existentes a la fecha en que se elaboraba la Ley N° 19.300, Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, más aún considerando la diversidad de organismos del Estado que tenían radicadas competencias en dicho ámbito, y respecto de las cuales no estaban dispuestos a ceder. Además, desde el punto de vista económico y técnico, era la única forma de permitir la materialización de la nueva institucionalidad ambiental, que como coordinadora del sistema, promoviera la celebración de acuerdos entre los distintos entes que intervendrían en el proceso.

La dictación de la Ley N° 20417 y el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental, tal como se expresó en el presente trabajo, vino a reforzar el sistema de ventanilla única, entendiéndose que es la única herramienta que permite agilizar y desburocratizar el sistema en general.

Respecto a los permisos ambientales sectoriales del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que regulan los sitios o lugares de disposición final de residuos mineros masivos se considera un aporte la incorporación de la frase del artículo 140 asociada al permiso aplicable a basuras y desperdicios de cualquier clase, ya que limita la discrecionalidad y la errada interpretación de la norma que realizaban las SEREMI de Salud, exigiendo permisos ambientales sectoriales que ciertamente no estaban destinados a regular residuos mineros masivos.

Por otra parte, y respecto a los permisos ambientales sectoriales asociados a la construcción de depósitos de relaves, si bien la evolución de los contenidos técnicos y formales que estos han experimentado debido a las modificaciones que ha sufrido el derecho ambiental a fin de adaptarse a la actual realidad, y recoger toda la experiencia adquirida a nivel nacional e internacional, ha generado que el actual reglamento considere para otorgar estos permisos, algunos requisitos más bien técnicos, que ambientales, que sin duda buscan transparentar y regular jurídicamente lo que ya se solicitaba hace años por los tres órganos de la administración del Estado competentes en la materia, pero que respecto del punto de vista ambiental, entendemos no representar un mayor aporte sobre la materia.

Respecto al permiso ambiental sectorial del Artículo 160 del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se considera ha sufrido cambios de sustanciales de acuerdo a su actual redacción, ya que el objetivo de resguardo ambiental del componente suelo que se buscó con la instauración de este en el primer Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (Decreto Supremo N° 30/97), queda en una nebulosa, ya que algunos de los contenidos técnicos y formales que se solicitan en el actual artículo, no permite evaluar la capacidad de las obras de alterar las características físicas, químicas ni biológicas que provoquen una pérdida en la capacidad productiva de los suelos presentes en cualquier área, sino más bien tienden a identificar que las edificaciones a construir en un área rural estén en cumplimiento con ciertas características de constructibilidad que pudieren estar normadas dentro de algún instrumento de planificación territorial (IPT). Se reconoce, sin embargo, un avance en el permiso ambiental sectorial en comento, en querer proporcionar mayor certeza jurídica al tratar de definir clara y expresamente aquellos contenidos técnicos y formales que debe proporcionar el titular durante la evaluación de su proyecto, para obtener un pronunciamiento favorable al respecto, limitando con ello la discrecionalidad de las autoridades regionales, al momento de evaluar y otorgar dicho permiso.

V. NORMAS CITADAS

1. Ley N° 19.300, del 09 de marzo de 1994, Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

2. Ley N° 20.417, del 26 de enero del 2010, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
3. Decreto Supremo N° 30, del 27 de marzo del 1997, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
4. Decreto Supremo N° 95, del 07 de diciembre del 2002, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
5. Decreto Supremo N° 40, del 12 de agosto del 2013, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
6. Decreto Supremo N° 351, del 23 de febrero de 1993, Reglamento para la Neutralización y Depuración de los Residuos Líquidos Industriales a que se refiere la Ley N° 3.133.
7. Decreto Supremo N° 32, del 25 de marzo de 1969, Reglamento de Policía y Seguridad Minera.
8. Decreto Supremo N° 86, del 13 de agosto de 1970, Reglamento de Construcción y Operación de Tranque de Relaves.
9. Decreto Supremo N° 248, del 11 de abril del 2007, Reglamento para la Aprobación de Proyectos de Diseño, Construcción, Operación y Cierre de los Depósitos.
10. Decreto con Fuerza de Ley N° 458, 13 de abril de 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

EL REASENTAMIENTO DE COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

RELOCATION OF INDIGENOUS COMMUNITIES WITHIN THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT SYSTEM

PAULA GAJARDO MATTHEWS¹

Resumen: El 24 de diciembre de 2013 entró en vigencia el D.S. N° 40, de 30 de octubre de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En su artículo 7° inciso cuarto, dicho Reglamento establece la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado respecto de aquellos proyectos o actividades sometidos a evaluación ambiental que contemplen la necesidad de reasentar comunidades pertenecientes a pueblos indígenas. Considerando el contexto normativo en el cual se inserta dicha disposición, en lo relativo al reasentamiento en general y a la situación de los pueblos indígenas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, así como también la regulación y estándares internacionales aplicables, es posible señalar que la disposición recientemente incorporada constituye un avance significativo en materia de participación de los pueblos indígenas. No obstante, la magnitud de ese avance dependerá en gran parte del modo en que las autoridades, los titulares y las comunidades apliquen la referida disposición.

Palabras Clave: Reasentamiento. Pueblos Indígenas. Evaluación de Impacto Ambiental.

Summary: Supreme Decree N°. 40/2012, enacted on 12 August 2013, came into force on 24 December 2013, thus setting forth new regulations

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Medio Ambiente: Gestión, Evaluación y Derecho Ambiental, Universidad Finis Terrae.

regarding the Environmental Impact Assessment System. Article 7 section 4 of said regulations states that free, prior and informed consent must be obtained for projects where relocation of human groups belonging to indigenous peoples is considered necessary. The new regulations represent a significant step forward regarding participation rights of indigenous peoples, considering general impact assessment and indigenous peoples laws and regulations in connection with relocation and the standing of the indigenous peoples within the Environmental Impact Assessment System, as well as international standards and regulations. Nevertheless, the relevance of this advance will depend largely on the manner in which authorities, project owners and communities apply the new regulations.

Keywords: Relocation. Indigenous Peoples. Environmental Impact Assessment.

I. INTRODUCCIÓN

El reasentamiento de comunidades humanas constituye uno de los impactos socioambientales más relevantes que puede generar un proyecto o actividad. Al respecto, Anthony Oliver-Smith ha señalado que *“hoy en día, el desplazamiento y reasentamiento de personas y comunidades por proyectos de infraestructura a gran escala es uno de los asuntos más intensamente controvertidos en el campo del desarrollo”*².

Conforme a lo señalado a la Norma de Desempeño N°5, ‘Adquisición de Tierras y Reasentamiento Involuntario’, de la Corporación Financiera Internacional (CFI), *“[s]i no se maneja adecuadamente, el reasentamiento involuntario puede dar lugar al empobrecimiento de las comunidades y personas afectadas, y causarles privaciones graves y prolongadas, así como causar daños ambientales e impactos socioeconómicos adversos en las zonas a las que han sido desplazadas”*³. Por otra parte, específicamente en lo que dice relación con el reasentamiento de comunidades indígenas, el Banco Interamericano del Desarrollo ha señalado que *“[a]quellas comunidades indígenas o de otras minorías étnicas de bajos ingresos, cuya identidad está basada en el territorio que han ocupado tradicionalmente son especialmente vulnerables al empobrecimiento y dislocación que puede producir el reasentamiento”*⁴.

Ahora bien, y no obstante la relevancia del tema, este se encuentra escasamente regulado o estudiado en nuestro país, lo cual resulta incomprensible si se considera que diversos proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) han reconocido la generación de dicho impacto. Tal es el caso de los proyectos “Acceso Sur a Santiago”⁵, “Central Hidroeléctrica Ralco”⁶, “Embalse Punilla VIII Región

² Oliver-Smith, Anthony (2009). “Development - Forced Displacement and Resettlement: A Human Rights Crisis”. En Oliver-Smith, Anthony (editor), *Development and Dispossession*. Santa Fe, School for Advanced Research Press, pp. 3-24. Traducción propia.

³ Corporación Financiera Internacional (2012). “Norma de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social”. Disponible en: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/55d37e804a5b586a908bf8969adcc27/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES

⁴ Banco Interamericano del Desarrollo (2013). “Políticas Operativas Sectoriales: Reasentamiento Involuntario”. Disponible en: <http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/reasentamiento-involuntario-6660.html>

⁵ http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=1629

⁶ http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=56

del Biobío”, “Embalse Puntilla del Viento”⁸ y “Proyecto Hidroeléctrico Aysén”⁹, entre otros.

En este contexto, resulta relevante que el D.S. N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el nuevo Reglamento del SEIA (en adelante, D.S. N° 40/2012 MMA)¹⁰, considere disposiciones específicas respecto del tema y que establezca la necesidad de obtener el consentimiento de las comunidades afectadas cuando un proyecto o actividad considere entre sus impactos significativos el reasentamiento de comunidades indígenas.

Cabe señalar que, a la fecha, estas disposiciones no han sido aplicadas. Sin embargo, o quizás precisamente a causa de lo anterior, resulta relevante su revisión, a fin de anticipar los posibles desafíos y complejidades que podría generar su aplicación.

Dicha revisión consistirá, primeramente, en analizar de manera general la figura del reasentamiento y la situación de los pueblos indígenas en el contexto del SEIA. A continuación, se procederá a analizar sucintamente las disposiciones contenidas en el D.S. N° 40/2012 MMA en relación a la materia en estudio, abordándose aspectos específicos del artículo 7° inciso cuarto de dicho cuerpo normativo. Finalmente se examinará someramente el estándar exigible hoy a nivel internacional, tanto aquel correspondiente a normas obligatorias y exigibles al Estado de Chile, como a otras normas de carácter indicativo o voluntario. Todo lo anterior, a fin de poder establecer si las nuevas disposiciones constituyen un avance en materia de participación de los pueblos indígenas dentro del SEIA y si estas son coherentes con el estándar establecido internacionalmente.

Por último, vale aclarar que, dada la limitada extensión del presente trabajo, este no pretende entregar respuestas a las diversas interrogantes que se plantean en torno al tema, sino más bien servir como un punto de inicio para la discusión del mismo.

⁷ http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=6295

⁸ http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=1922537

⁹ http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=3103211

¹⁰ Promulgado el 30 de octubre de 2012 y publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 2013. Vigente desde el 24 de diciembre de 2013.

II. EL REASENTAMIENTO

1. Aspectos conceptuales

El término ‘reasentamiento’ no se encuentra definido por la Real Academia de la Lengua Española. Ahora bien, dado que una de las acepciones del término ‘asentarse’ es “*establecerse en un pueblo o lugar*”¹¹, el término ‘reasentamiento’ daría cuenta de un *volver a establecerse en un pueblo o lugar*.

Chris de Wet¹² distingue entre reasentamiento y desplazamiento, señalando que en este último los grupos se ven compelidos a moverse sin que se adopten medidas a favor de ellos, en tanto que el reasentamiento se refiere a situaciones en que sí se adoptan medidas respecto de las personas que se mueven de modo que sean compensados por aquello que dejan atrás. En el mismo sentido se pronuncian Balazote y Radovich, siguiendo a Bartolomé, distinguiendo: “*desplazamiento, la evicción de personas sin compensación adecuada o intento de planificar el proceso, y reasentamiento, donde existe por lo menos la intención de planificar el proceso y mitigar sus consecuencias negativas*”¹³.

Por último, conforme se indica en la ‘Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas’ del Servicio de Evaluación Ambiental, el reasentamiento, en el marco del SEIA, consistiría en el proceso de desplazamiento y reubicación de grupos humanos emplazados en el área de influencia de proyectos de inversión. En efecto, de acuerdo a dicha Guía, el desplazamiento “*indica la mudanza de quienes habitan un lugar para permitir la ejecución de un proyecto*”¹⁴, en tanto que la reubicación

¹¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=asentar>

¹² De Wet, Chris (2009). “Does Development Displace Ethics? The Challenge of Forced Resettlement”. En Oliver-Smith, Anthony (editor), *Development and Dispossession*. Santa Fe, School for Advanced Research Press, pp. 77-96.

¹³ Balazote, Alejandro O. y Radovich, Juan Carlos. “Aspectos teórico-metodológicos sobre los procesos de reasentamiento poblacional e impactos sociales de la construcción de grandes represas hidroeléctricas”. Disponible en: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/viewFile/2175-8034.2008v10n1p51/14867>

¹⁴ Servicio de Evaluación Ambiental (2014). “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas”. Segunda Edición. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf

“se refiere a la integración de las personas desplazadas con el objetivo de restablecer sus patrones de organización social”¹⁵.

2. El reasentamiento en la normativa chilena

El artículo 2º letra m) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, define el concepto ‘medioambiente’ en términos amplios, de la siguiente forma: *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*. En consonancia con lo anterior, el SEIA, creado en virtud de la misma Ley, corresponde a un sistema integrado de evaluación ambiental, por cuanto integra dentro de un mismo sistema la evaluación de impactos ambientales propiamente tales (‘EIA’, *environmental impact assessment*), impactos sobre la salud o (‘HIA’, *health impact assessment*), e impactos sociales (‘SIA’, *social impact assessment*).

Conforme a lo establecido en los artículos 8º y 9º de la Ley N° 19.300, los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 de la misma sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, debiendo su titular presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según corresponda.

A continuación, el artículo 11 de la Ley señala cuáles son los efectos, características o circunstancias que, en caso de concurrir respecto de un proyecto o actividad sometido al SEIA, dan lugar a la necesidad de presentar un EIA. Dentro del catálogo de impactos significativos que dan lugar a la presentación de un EIA, aquellos contenidos en las letras c), d), e) y f) del referido artículo 11 corresponden a impactos socioambientales. Específicamente, el artículo 11 letra c) dispone que se requerirá de un EIA si el proyecto o actividad genera o presenta: *“c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”*.

¹⁵ Servicio de Evaluación Ambiental (2014). “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas”. Segunda Edición. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf

Por su parte, el D.S. N° 40/2012 MMA se refiere en su artículo 7° al reasentamiento de comunidades humanas y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, en los siguientes términos:

Artículo 7. Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Se entenderá por comunidades humanas o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas, se considerará el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad.

Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

A objeto de evaluar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, se considerará la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de estos, en consideración a la duración o magnitud de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) La intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural.*
- b) La obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento.*
- c) La alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica.*

d) La dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.

Para los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, además de las circunstancias señaladas precedentemente, se considerará la duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular.

A este respecto, resulta importante destacar que, si bien el reasentamiento de comunidades humanas y la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos se encuentran reglados conjuntamente en el artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 y en el artículo 7° del D.S. N° 40/2012 MMA, se trata de efectos distintos.

Por último, con respecto a la ‘Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas’ del Servicio de Evaluación Ambiental, cabe precisar que ella ha sido dictada en virtud de la facultad de dicho Servicio de uniformar criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites y exigencias técnicas de la evaluación de impacto ambiental de proyectos y actividades, entre otros, mediante la elaboración de guías, conforme a lo establecido en el artículo 81 letra d) de la Ley N° 19.300. Si bien su contenido no es vinculante, resulta interesante revisar su contenido, por cuanto da cuenta de los conceptos y estándares utilizados por el Servicio para la evaluación.

En cuanto a su alcance, la ‘Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas’ tiene por objeto precisar qué se entiende en el marco del SEIA por reasentamiento de comunidades humanas, cuáles son sus principales impactos y los contenidos mínimos del Plan de Reasentamiento como medida para abordar el impacto. No obstante, dicha Guía señala que se excluye del alcance de la misma el reasentamiento de grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas a que se refiere el artículo 1° de la Ley N° 19.253.

A continuación, se presentan los principales aspectos relacionados con el reasentamiento de comunidades humanas en general; en cuanto a las particularidades del reasentamiento de grupos humanos o comunidades pertenecientes a pueblos indígenas, ellas serán abordadas más adelante.

Reasentamiento voluntario y reasentamiento involuntario

El artículo 7° del D.S. N° 40/2012 MMA se refiere simplemente al ‘reasentamiento’ y al ‘traslado y reubicación’, sin distinción. Por lo tanto, puesto que el regulador no ha efectuado ninguna precisión al respecto, no cabe sino entender que la circunstancia a que se refiere el artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 concurre independientemente de si el reasentamiento es voluntario o involuntario, bastando solamente que exista el traslado y reubicación de una o más comunidades.

La ‘Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas’ del SEA tampoco hace ninguna precisión al respecto; no obstante precisa que *“el reasentamiento es involuntario cuando se produce sin el consentimiento fundado de las personas desplazadas o si estas otorgan su consentimiento sin tener la posibilidad de negarse al reasentamiento”*¹⁶.

Por lo mismo, el impacto se verificará sea que el traslado de la comunidad sea el resultado de un acuerdo negociado libremente entre ellas y el titular o si dicho traslado es involuntario.

Comunidades humanas

El D.S. N° 40/2012 MMA considera ‘comunidades’ y ‘grupos humanos’ como términos equivalentes. En el inciso segundo del artículo 7, establece que *“[s]e entenderá por comunidades humanas o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo”* (énfasis agregado).

Conforme a lo indicado en la ‘Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas’, *“en el marco del SEIA se le otorga un sentido restringido al concepto de comunidades o grupos humanos”*¹⁷. Asimismo, entrega ciertos criterios orientados a fin de comprender mejor dicho concepto:

¹⁶ Servicio de Evaluación Ambiental (2014). “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas”. Segunda Edición. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf

¹⁷ Servicio de Evaluación Ambiental (2014). “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas”. Segunda Edición. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf

- *Corresponden a un conjunto de individuos/personas que comparte un territorio (emplazado en el área de influencia del proyecto o actividad).*
- *Llevan a cabo en ese territorio, a lo largo del tiempo, un reiterado proceso de interacciones sociales recíprocas “cara a cara”.*
- *Los procesos de acción social deben comprenderse como parte de un sistema sociocultural (sistema de vida) y no como prácticas de personas aisladas.*
- *Este reiterado proceso de interacción social, al tiempo que reconfigura (recrea) los patrones de interacción simbólica entre las personas, tiende a decantar en estructuras sociales, económicas y culturales estables en el tiempo.*
- *Del proceso de interacción simbólica constante emerge un patrón consuetudinario de organizar la vida social particular del grupo humano, proveyendo a las personas de un sentimiento de identidad colectiva (un “nosotros”, por contraste a “los otros”).*
- *Esta conciencia de identidad posee un correlato material, el “sentimiento de arraigo”, derivado del proceso de apropiación simbólica de grupos humanos sobre el entorno natural¹⁸.*

El reasentamiento como impacto significativo

De acuerdo a lo ya señalado más arriba, el reasentamiento de comunidades o grupos humanos corresponde a uno de los efectos, características o circunstancias que dan lugar a la necesidad de someter el proyecto o actividad a evaluación mediante un EIA. A consecuencia de lo anterior, resulta indispensable presentar las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, así como también un plan de seguimiento de las variables ambientales que dan origen al EIA. Cabe agregar que el EIA será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y si presenta medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300. En caso contrario, el EIA será rechazado.

¹⁸ Servicio de Evaluación Ambiental (2014). “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas”. Segunda Edición. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf

En el caso del reasentamiento, el conjunto de medidas destinadas a hacerse cargo de los efectos del proyecto o actividad se traduce en un ‘Plan de Reasentamiento’ (PDR), el cual deberá contener los procedimientos y medidas que se han de aplicar para hacerse cargo de cada uno de los impactos provocados. Al respecto, la ‘Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas’ dispone que “*se debe considerar que la afectación por reasentamiento genera un impacto sobre el grupo humano que modifica un conjunto de factores en que en realidad forman parte de un sistema social y ambiental. Por lo tanto, el PDR debe ser abordado como un conjunto de medidas concatenadas y sistémicas cuyo objetivo es reproducir las condiciones sociales y ambientales en un estado similar o mejor al original*”¹⁹. La misma Guía se refiere detalladamente a los contenidos que debiera considerar el PDR (involucramiento de la comunidad, caracterización de la población afectada y criterios de elegibilidad; valoración de activos perdidos; plan de gestión social; responsabilidades organizacionales; propuestas de tipo de vivienda e infraestructura; selección de predios y estudio de cabida; plan de integración en el sitio de acogida; cronograma de trabajo) así como también el plan de seguimiento aplicable.

III. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SEIA

Son pocas las normas del ordenamiento jurídico chileno que actualmente se refieren a los pueblos indígenas, siendo estas las más relevantes: (i) la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; (ii) la Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios y su reglamento, establecido mediante D.S. N° 134, de 2008, del Ministerio de Planificación; y (iii) el D.S. N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Dada la falta de regulación en torno al tema, resulta destacable la cantidad de disposiciones aplicables a los pueblos indígenas en la Ley N° 19.300 y en

¹⁹ Servicio de Evaluación Ambiental (2014). “Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas”. Segunda Edición. Disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf

el D.S. N° 40/2012 MMA. El artículo 4° inciso segundo de la Ley N° 19.300 establece el deber de los órganos del Estado de “*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*”, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental. Por su parte, el D.S. N° 40/2012 MMA establece diversas disposiciones cuyo fin es asegurar la adecuada evaluación de los impactos ambientales que pudiesen afectar a las comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas (por ejemplo, el artículo 18 letra e.10, relativo al contenido mínimo de los EIA, el artículo 19 letra b.6, referido al contenido mínimo de las DIA o el artículo 86, relativo al deber de realizar reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, entre otras), así como también a garantizar la participación de las mismas en el proceso de evaluación (tal es el caso del artículo 85, que regula la consulta a los pueblos indígenas y del artículo 61, referido a la notificación de la Resolución de Calificación Ambiental).

Especialmente relevante para los efectos del presente estudio resulta lo indicado en la primera parte del artículo 2 letra h) del D.S. N° 40/2012 MMA, conforme al cual “[p]ara efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas, aquellos que define el artículo N°1, literal b) del Convenio 169 de la OIT”²⁰, reconocidos en el artículo primero inciso segundo de la ley 19.253²¹. Se entenderá que un individuo tiene la calidad de indígena cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.253”²².

²⁰ El artículo N°1 del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho Convenio aplica a “b) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

²¹ El artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 19.253 señala que “[el] Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores”.

²² El artículo 2° de la Ley N° 19253 establece que “[s]e considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

IV. EL REASENTAMIENTO DE COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL SEIA

1. ¿Por qué un régimen diferenciado?

No es sólo nuestro ordenamiento jurídico que establece un régimen diferenciado respecto del reasentamiento, cuando este afecta a comunidades indígenas.

Este tratamiento diferenciado obedece a la relación especial que la mayoría de los pueblos indígenas tiene con las tierras y los territorios que habitan. En palabras del Relator Especial de las Naciones Unidas, José R. Martínez Cobo, “[e]s esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción... la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente”²³.

En el mismo sentido se pronuncia la OIT al señalar que “[e]l territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos”²⁴.

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;

Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas”.

²³ José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: “Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations” (Documento de la ONU: E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, párrafos 196 y 197). Citado en Organización Internacional del Trabajo (2009). “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf.

²⁴ Organización Internacional del Trabajo (2009). “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”. Disponible en:

2. Régimen aplicable

A continuación, y específicamente en lo que respecta al reasentamiento de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el D.S. N° 40/2012 MMA innova respecto del reglamento anterior y dispone que “*cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados*”. Cabe señalar que la norma citada es prácticamente idéntica a la contenida en el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT, vigente en nuestro país desde septiembre de 2009²⁵.

A continuación, examinaremos los aspectos más relevantes de la norma.

Grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas

Ya se ha señalado más arriba que el artículo 2° letra h) del D.S. N° 40/2012 considera ‘pueblos indígenas’ a aquellos establecidos en el artículo N°1 letra b) del Convenio 169 de la OIT, reconocidos en el artículo 2° de la Ley N° 19.253.

Ahora bien, en el marco de la regulación específica del reasentamiento se establece que dicho impacto debe verificarse respecto de ‘grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas’, lo cual supone: (i) que debe tratarse de grupos que reúnan las características constitutivas de cualquier grupo humano, ya examinadas en el capítulo 2.2 del presente trabajo, y (ii) los miembros de dichos grupos deben pertenecer a los pueblos indígenas, conforme a la definición establecida en el artículo 2 letra h).

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf.

²⁵ El artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT dispone lo siguiente “*Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados*”.

A este respecto, cabe tener presente que de acuerdo a lo indicado en el artículo 9° de la Ley N° 19.253, “*se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:*

- a) *Provengan de un mismo tronco familiar;*
- b) *Reconozcan una jefatura tradicional;*
- c) *Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y*
- d) *Provengan de un mismo poblado antiguo”.*

En relación a lo anterior es necesario señalar que el concepto de ‘comunidad indígena’ a que se refiere la Ley N° 19.253 no es el mismo que utiliza el D.S. N°40/2012 MMA. En efecto, el artículo 2° letra h) aclara en su parte final que los individuos que tengan la calidad de indígena “*podrán constituir grupos humanos en los términos del artículo 7° del presente reglamento, independientemente de su forma de constitución u organización*” (énfasis agregado). De lo anterior se desprende que el D.S. N° 40/2012 MMA utiliza un concepto más amplio que el de la Ley N° 19.253, de modo tal que se consideran comunidades o grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas aquellas respecto de las cuales concurren las características constitutivas establecidas en el artículo 7° inciso segundo del D.S. N°40/2012 MMA y que, además, estén conformadas por individuos que posean la calidad de indígena de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 2° de la Ley N° 19.253, no siendo necesario que dichos grupos humanos se encuentren constituidos formalmente, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley N° 19.253.

[C]uando excepcionalmente el traslado y la reubicación [...] se consideren necesarios

El documento de la OIT ‘Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT’ enfatiza el hecho que el traslado constituye una medida excepcional, y que la regla general es que los pueblos indígenas no debieran ser trasladados de las tierras que ocupan. Específicamente, y a fin de ilustrar el carácter excepcional de la medida, indica que “[u]n ejemplo de ello podría ser el de algunas comunidades pastoralistas o de islas pequeñas que podrían verse muy afectados por los cambios

*en el clima global en un futuro próximo*²⁶; también se refiere específicamente a casos de guerras o desastres naturales.

Ahora bien, es necesario tener presente que las situaciones descritas son muy distintas de aquellas normalmente evaluadas ambientalmente en nuestro país. Por lo mismo, la forma en que ha de entenderse la excepcionalidad y necesidad del traslado y la reubicación en el contexto del SEIA, también ha de ser distinta.

Al respecto, cabe considerar que en el marco del SEIA chileno no procede la evaluación de alternativas, de modo que el titular de un proyecto o actividad debe someter a evaluación ambiental un único proyecto o actividad. Atendido lo anterior, no es el Servicio de Evaluación Ambiental el llamado a determinar si el reasentamiento de comunidades indígenas es o no excepcional y necesario, por cuanto la Ley no le otorga la oportunidad de realizar dicho análisis, sino que dicha labor corresponde únicamente al titular del proyecto o actividad.

Consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa

Por regla general, se habla de la figura del ‘consentimiento previo, libre e informado’ (en adelante, CPLI) o de ‘FPIC’, sigla utilizada en referencia al término en inglés ‘free, prior and informed consent’.

El concepto CPLI se encuentra intrínsecamente vinculado al de autodeterminación, el cual se halla reconocido en diversos instrumentos internacionales, tales como la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre Pueblos Indígenas (2007), entre otros. En este mismo sentido, y siguiendo a James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Philippe Hanna y Frank Vanclay han señalado que “*el consentimiento previo, libre e informado no es un ‘derecho’ per se, sino un mecanismo*

²⁶ Organización Internacional del Trabajo (2009). “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

*para asegurar el progreso hacia el derecho de la autodeterminación de los Pueblos Indígenas*²⁷.

Siguiendo a Vanclay y Esteves (2011)²⁸, Hanna y Vanclay explican el concepto de la siguiente forma:

*Libre significa que no debe existir coerción, intimidación o manipulación por parte de la empresa o el gobierno y que en caso de que la comunidad diga ‘no’, no habrá represalias. Previo significa que el consentimiento debiera ser buscado y recibido antes de comenzar cualquier actividad en las tierras de la comunidad y que se otorgue un tiempo suficiente para la adecuada consideración por parte de las comunidades afectadas. Informado significa que debe existir una revelación total por parte del desarrollador del proyecto respecto de sus planes, en un lenguaje aceptable para las comunidades afectadas, y que cada comunidad cuente con la información suficiente para lograr un entendimiento razonable de las consecuencias que dichos planes tendrán para ellos, incluyendo los impactos sociales que experimentarán. Consentimiento significa que las comunidades tienen una opción real, de modo que pueden decir que sí si existe un buen flujo de beneficios y oportunidades de desarrollo para ellos, o decir que no si no están satisfechos con el trato, y que existe un mecanismo practicable para determinar si concurre el consentimiento generalizado de la comunidad en su conjunto y no solamente de una élite reducida dentro de la comunidad*²⁹.

Cabe señalar que, si bien el artículo 7º inciso cuarto del D.S. N° 40/2012 MMA, al igual que el artículo 16.2 del Convenio N° 169 de la OIT, no utiliza el término ‘previo’, dicha exigencia se encuentra implícita en ambos cuerpos normativos. Lo anterior, por una parte, por cuanto el SEIA constituye un instrumento de gestión ambiental preventivo, que opera de manera previa a la ejecución de los proyectos o actividades y, por otra, por cuanto el proceso de consulta indígena, marco dentro del cual debe obtenerse el consentimiento en el caso de existir reasentamiento, también tiene el carácter de previo.

²⁷ Hanna, Philippe y Vanclay, Frank (2013). “Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent”. En Impact Assessment and Project Appraisal (IAPA), 31:2, pp. 146-157. Traducción propia.

²⁸ Vanclay, Frank y Esteves, Ana María (2011). “Current issues and trends in social impact assessment”. En Vanclay, Frank y Esteves, Ana María (editores) ‘New directions in social impact assessment: conceptual and methodological advances’. Cheltenham, Edward Elgar, pp. 3-19.

²⁹ Hanna, Philippe y Vanclay, Frank (2013). “Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent”. En Impact Assessment and Project Appraisal (IAPA), 31:2, pp. 146-157. Traducción propia.

Por su parte, y específicamente en materia del consentimiento de las comunidades indígenas en el marco del reasentamiento, el documento de la OIT ‘Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT’ establece que “[a]l hablar de consentimiento previo, libre e informado se entiende que los pueblos indígenas interesados comprenden cabalmente el significado y las consecuencias del desplazamiento, y los aceptan. Claramente, es algo que sólo pueden hacer una vez que cuenten con información clara y precisa sobre todos los hechos y cifras relevantes”³⁰.

Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente

Conforme ya se ha señalado anteriormente, el consentimiento requerido en la hipótesis prevista en el artículo 7º inciso cuarto del D.S. N° 40/2012 MMA debe obtenerse en el marco de un proceso de consulta. Si bien en el contexto de la consulta, lograr un acuerdo y obtener el consentimiento es simplemente el propósito de la consulta, de modo que, conforme a lo indicado en el inciso segundo del artículo 85 del D.S. N° 40/2012 MMA, “*el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta*”; en el caso de la norma en estudio el consentimiento debe ser obtenido.

No obstante lo anterior, y replicando lo establecido en el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT, el artículo 7 inciso cuarto del D.S. N° 40/2012 MMA, prevé el caso que el reasentamiento se produzca de todas formas, aun cuando dicho consentimiento no pueda ser obtenido y “*existan causas establecidas en la legislación vigente*”. Cabe señalar que esta última frase, considerada en el texto del D.S. N° 40/2012 MMA, no se encuentra en el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT.

¿Qué debe entenderse, entonces, por ‘*causas establecidas en la legislación vigente*’? Estimamos que podría entenderse que se refiere a hipótesis de reasentamiento involuntario, tales como las que se generan, por ejemplo, cuando antecede un procedimiento de expropiación³¹.

³⁰ Organización Internacional del Trabajo (2009). “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

³¹ Conforme a lo establecido en el artículo 19 N° 24 inciso tercero de la Constitución Política de la República “*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que*

[P]rocedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados

Por último, resulta necesario establecer qué ha de entenderse por “procedimientos adecuados”. Dada la ausencia de guías y lineamientos generales respecto de esta materia, no es posible anticipar el modo en que el Servicio de Evaluación Ambiental aplicará esta parte específica de la norma.

Si bien probablemente dicha aplicación se determine caso a caso, sí debiera intentarse respetar al menos, y dentro de lo posible, los principios y lineamientos aplicables al proceso de consulta indígena, con especial atención al mandato establecido en relación al principio de la buena fe.

V. PERSPECTIVAS INTERNACIONALES

Por último, corresponde analizar si la regulación establecida en el D.S. N° 40/2012 MMA es concordante con los estándares sostenidos internacionalmente.

Por tratarse del antecedente directo del artículo 7° inciso cuarto, ya se ha hecho alguna referencia al artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT. No obstante, resulta relevante destacar que dicha norma se encuentra inserta dentro de la Parte II del mismo Convenio, el cual considera otras disposiciones relativas a la protección de las tierras y territorios de los pueblos indígenas, por ejemplo, en relación con el reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 14) o la participación en los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15).

Específicamente, en lo que respecta al reasentamiento de pueblos indígenas, resulta relevante destacar que el artículo 16.1 del Convenio 169 de la OIT establece la regla general aplicable en esta materia, declarando

autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”.
El procedimiento aplicable a la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional se encuentra regulado específicamente en el D.L. N° 2.186, de 1978.

que “a reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que se ocupan”, la cual no ha sido recogida expresamente en nuestra normativa.

Ahora bien, existen diversos instrumentos internacionales que también se refieren a la materia, pero que no son vinculantes para el Estado de Chile, por tratarse de instrumentos de “derecho blando”³². Tal es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y de las directrices Akwé:Kon.

El artículo 10 de la DNUDPI establece un estándar aún más exigente que el fijado por el Convenio 169, al señalar que “[l]os pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

Por su parte, las directrices voluntarias Akwé:Kon, adoptadas por la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en su quinta reunión, dispone en su número 53 lo siguiente: “En donde el régimen legal nacional requiera el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales, en el proceso de evaluación debe considerarse si se obtuvo tal consentimiento. En el consentimiento fundamentado previo correspondiente a las diversas fases del proceso de evaluación de impactos deberían considerarse los derechos, conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales; el uso de los idiomas y procesos adecuados; la asignación de tiempo suficiente y el suministro de información precisa, factual, y legalmente correcta. Las modificaciones de la propuesta de desarrollo inicial requerirán un nuevo consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales afectadas”³³.

En lo que respecta a estándares internacionales, cabe señalar que la Norma de Desempeño N° 7 de la CFI, sobre pueblos indígenas, señala expresamente en relación a la reubicación de pueblos indígenas fuera de sus tierras y recursos naturales sujetos al régimen de propiedad tradicional o bajo uso consuetudinario que “[e]l cliente considerará diseños alternativos factibles del proyecto a fin de evitar la reubicación de Pueblos Indígenas fuera de sus tierras y recursos naturales comunales sujetos a propiedad tradicional o bajo

³² Se trata de instrumentos internacionales respecto de los cuales no es posible exigir su cumplimiento.

³³ Ver <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

*uso consuetudinario. Cuando dicho traslado sea inevitable, el cliente no seguirá adelante con el proyecto a menos que se haya obtenido un consentimiento previo, libre e informado, según lo descrito anteriormente. Todo traslado de Pueblos Indígenas se realizará con arreglo a los requisitos de la Norma de Desempeño 5. Cuando sea posible, los Pueblos Indígenas deberán poder regresar a sus tierras tradicionales o de uso consuetudinario si cesara de existir la causa de su traslado” (énfasis agregado)*³⁴.

VI. CONCLUSIONES

La incorporación del artículo 7 inciso cuarto del D.S. N° 40/2012 MMA a la normativa aplicable al reasentamiento de comunidades indígenas constituye un verdadero avance, por el solo hecho de establecer un régimen diferenciado y privilegiado para dichas comunidades.

Si bien en términos generales la norma es coherente con el estándar establecido internacionalmente, la exigencia de obtener el consentimiento de las comunidades indígenas a ser reasentadas se ve debilitada al no estar acompañada de una declaración expresa en orden a que dichas comunidades en principio no debieran ser desplazadas de sus tierras y territorios.

Por otra parte, dada la brevedad de la disposición en estudio y la imprecisión de algunos términos utilizados por la misma, resulta prácticamente imposible anticipar si la norma podrá ser aplicada con éxito. No obstante, es posible vislumbrar desde ya algunas interrogantes respecto de la misma (por ejemplo, en relación al concepto ‘procedimientos apropiados’), así como también algunos desafíos (por ejemplo, ¿cómo garantizar que el reasentamiento efectivamente será una medida excepcional, utilizada sólo en caso de ser necesario, si no es posible para el Servicio de Evaluación Ambiental evaluar alternativas distintas al proyecto presentado por el titular?).

Estimamos que gran parte del éxito dependerá de la forma en que tanto las autoridades como los titulares y las mismas comunidades apliquen la norma. En este sentido, resultaría deseable que las autoridades pusieran especial atención, a fin de garantizar que la aplicación de la norma

³⁴ Corporación Financiera Internacional (2012). “Norma de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social”. Disponible en http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/55d37e804a5b586a908b9f8969adcc27/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES

efectivamente será un aporte para la ampliación y mejoramiento de los derechos de participación de nuestros pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA REVISADA O CITADA

- Anaya, James (2012). “Comentarios a la propuesta de normativa de consulta Chile”. Disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/esp/special-reports/comentarios-a-la-propuesta-de-normativa-de-consulta-chile>
- Armisen, Juan Pablo (2009). “Aproximación a la identificación de variables de relevancia para la evaluación de proyectos que representan relocalización de grupos humanos”. En Comisión Nacional del Medio Ambiente (edit.). *Reflexiones y Alcances de la Participación Ciudadana en la Gestión Ambiental*, pp. 45-64.
- Aylwin, José (coordinador), Meza-Lopehandía, Matías y Yáñez, Nancy (2013). *Los Pueblos Indígenas y el Derecho*. Santiago. LOM Ediciones/Observatorio Ciudadano. Primera Edición.
- Banco Interamericano del Desarrollo (2013). “Políticas Operativas Sectoriales: Reasentamiento Involuntario”. Disponible en <http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/reasentamiento-involuntario-,6660.html>
- Banco Mundial (2004). “Involuntary Resettlement Sourcebook”. Disponible en <http://www4.worldbank.org/afr/ssatp/resources/html/gender-rg/Source%20%20documents%5CTool%20Kits%208%20Guides%5CDesigning%20Projects/TLPRO10%20invol%20resettlementsourcebookWB.pdf>
- Barabas, Alicia Mabel y Bartolomé, Miguel Alberto (1992). “Antropología y Relocalización”. En *Alteridades* 2(4), pp. 5-15. Disponible en <http://tesiuami.uam.mx/revistasuam/alteridades/include/getdoc.php?rev=alteridades&id=18&article=15&mode=pdf>
- Corporación Financiera Internacional (2012). “Norma de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social”. Disponible en http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/55d37e804a5b586a908b9f8969adcc27/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES
- Hanna, Philippe y Vanclay, Frank (2013). “Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent”. En *Impact Assessment and Project Appraisal (IAPA)*, 31:2, pp. 146-157. Taylor and Francis, Londres.

- Oliver-Smith, Anthony (editor) (2009). "Development and Dispossession. The Crisis of Forced Displacement and Resettlement". School for Advanced Research Press. Primera Edición.
- Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (2014). "Guía de Evaluación de Impacto Ambiental: Reasentamiento de Comunidades Humanas". Segunda Edición. Disponible en http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/guias/Guia_Reasentamiento_20140609.pdf

Normas citadas

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Ley N° 19.300, de 9 de marzo de 1994, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 19.253, de 5 de octubre de 1993, del Ministerio de Planificación y Cooperación, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
- D.S. N° 95, de 7 de diciembre de 2002, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- D.S. N° 40, de 12 de agosto de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- D.S. N° 66, de 4 de marzo de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica.

ACTIVIDADES 2014

1. Seminario Ley del Lobby

El 1 de abril se realizó el Seminario Ley del Lobby, con la participación de José Antonio Viera Gallo, ex Ministro de la Secretaría General de la Presidencia y del Tribunal Constitucional; Enrique Correa, Presidente de “Imaginación Consultores” y ex Ministro de la Secretaría General de Gobierno; Sebastián Soto, ex Director Jurídico de la Secretaría General de la Presidencia; Enrique Navarro, Director de Investigación y Publicaciones de la Universidad Finis Terrae y ex Ministro del Tribunal Constitucional.

2. Curso de Licenciatura

El 1 de abril se dio inicio al “Curso de Licenciatura”, dirigido a ex alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. El objetivo del curso es prepararlos para el examen de grado, abarcando las asignaturas de Derecho Civil y Procesal e impartido por los profesores Juan Andrés Celis y Jaime Carrasco, respectivamente.

3. Magíster en Medio Ambiente

El 4 de abril se inició la tercera versión del Magíster en Medio Ambiente, el que tiene como objetivo identificar y analizar los aspectos jurídicos, científicos, sociales y políticos que confluyen al momento de la evaluación

de proyectos de inversión. Su Director, el profesor de Derecho Ambiental, Juan José Eyzaguirre.

4. Magíster en Derecho Público: Transparencia, Regulaciones y Control

El 8 de abril se inicia la quinta versión del Magíster en Derecho: Transparencia, Regulaciones y Control. La profesionalización de la política y los cargos de la alta administración pública, la probidad y transparencia en el ejercicio de la función administrativa, la regulación de los servicios públicos y de los monopolios naturales, hace necesario crear un espacio para la especialización de estos temas, aportando en la formación teórica y práctica de quienes quieran ejercer o ejerzan su profesión, ya sea directamente o en calidad de asesor en alguna de estas áreas. Su Director, el profesor de Derecho Constitucional, Enrique Navarro Beltrán

5. Curso “Teoría y práctica forense de la Ley de protección de los derechos de los consumidores en los juzgados de Policía Local”

El 7 de mayo se realizó el Curso “Teoría y práctica forense de la Ley de protección de los derechos de los consumidores en los juzgados de Policía Local”, dirigido exclusivamente a los ex alumnos de la Facultad de Derecho de la UFT. El Curso fue impartido en 15 horas cronológicas a cargo de la profesora de “Derechos del Consumidor”, María Rebeca Ahumada.

6. Postítulo en Derecho Penal

El 9 de mayo se dio inicio al Postítulo en Derecho Penal, debido a las transformaciones curriculares de las Escuelas de Derecho en los últimos años, han llevado a que por razones de tiempo, ya no se exija el conocimiento de varias áreas del Derecho Penal de importancia para el ejercicio de la profesión y en constante modificación legal, lo que hace necesaria una permanente actualización de los conocimientos y competencias profesionales. Su Director, el profesor de Derecho Penal, Jean Pierre Matus.

7. Diplomado en Litigación Oral Penal

El 16 de mayo y en séptima versión, se inició el Diplomado en Litigación Oral Penal, el que surge a partir del interés y necesidad de preparación técnica y jurídica de los abogados que litigan oralmente antes los Tribunales de Justicia, debido a que en los últimos años, nuestros sistemas procesales han sido objeto de importantes reformas orientadas a modernizar y agilizar la forma de resolver los conflictos jurídicos, lo que implica incrementar el número e importancia de las actuaciones orales que configuran un proceso ante los Tribunales de Justicia. Su Director, el profesor de Derecho Procesal Penal, Matías Balmaceda.

8. Magíster en Derecho y Litigación Penal

El 16 de mayo se inicia el Magíster en Derecho y Litigación Penal, el que se imparte ante la necesidad de especialización en las distintas áreas de esta rama del derecho, con énfasis en materias no tratadas en los programas de pregrado de las distintas Universidades, además, vinculado a las modificaciones introducidas a nuestro Código Penal, el que cubre también la necesidad de formación en litigación que permita el desarrollo de destrezas y habilidades para enfrentar audiencias preliminares anteriores al juicio oral y el propio juicio oral. Su Director, el profesor de Derecho Penal, Jean Pierre Matus.

9. Postítulo en Derecho Minero

El 23 de mayo se dio inicio al Postítulo en Derecho Minero, el que surge debido a que el abogado hoy día debe tener conocimientos en las disciplinas técnicas, ambientales y regulatorias. Los Directores son Alejandro Canut de Bon y Winston Alburquenque.

10. Magíster en Derecho Minero y Aguas

El 23 de mayo se inicia el Magíster en Derecho Minero. La actividad minera y la demanda por un recurso escaso como el agua, impone constantemente nuevos desafíos para los profesionales del área del derecho, siendo cada vez más demandados los abogados especializados, con sólidos conocimientos en estos temas, para poder dar una asesoría integral en las etapas de exploración, desarrollo y explotación de los recursos minerales y solicitudes

y defensa de derechos de agua. Sus directores, los profesores de Derecho Minero, Alejandro Canut de Bon y Winston Alburquenque.

11. Diplomado en Probidad y Transparencia en la administración del Estado

El 27 de mayo y en sexta versión, se inicia el Diplomado en Probidad y Transparencia en la Administración del Estado, el que entrega las bases teóricas y prácticas necesarias para un adecuado cumplimiento de las normas conducentes al ejercicio de las funciones públicas, sometándose a los estándares imperantes de probidad y transparencia. Su Director, el profesor de Derecho Constitucional, Enrique Navarro Beltrán.

12. Presentación Revista de Derecho “Tribunales Tributarios y Aduaneros”

El 8 de julio fue el lanzamiento de la Revista de Derecho “Tribunales Tributarios y Aduaneros”. La Revista fue presentada por Miguel Schweitzer, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae y por Rodrigo Ríos, Director Académico del Diplomado Derecho Aduanero.

13. Diplomado en Derecho Aduanero

El 8 de julio se inició la quinta versión del Diplomado en Derecho Aduanero, el que surge ante la necesidad de preparación técnica y jurídica para los abogados que, en un futuro, integren los nuevos tribunales, así como de aquellos abogados que ejerzan en estas materias o que estén interesados en hacerlo. Su Director, el profesor de Derecho Procesal Penal, Rodrigo Ríos Álvarez.

14. Congreso: el Derecho Penal Continental y Anglosajón en la era de la globalización.

El 8 de agosto el Centro de Derecho Penal y Procesal Penal Comparado Cesare Beccaria, de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, realiza el Congreso “El Derecho Penal Continental y Anglosajón en la era de la globalización”. Fue inaugurado por el Decano de la Facultad de Derecho y participando como expositores y moderadores los profesores Helmut

Satzger, de la Universidad de Munchen; Luis Chiesa, de S.U. New York; Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, de la Universidad Finis Terrae; Guyora Binder, de S.U. New York; Mario Trápani, de U. Roma III; Miguel Schweitzer, Roberto Salim-Hanna y Diego Navarrete, de la Universidad Finis Terrae.

15. Presentación libro Manual de Derecho Aduanero

El 31 de julio fue la presentación del libro “Manual de Derecho Aduanero” de los profesores Rodrigo Ríos y Rodrigo Álvarez. Fue presentado por Luis Pérez Manríquez, Juez del Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana y por Enrique Navarro, Director de Investigación y Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

16. Charla: Algunos problemas actuales de la Contratación entre entidades financieras y clientes en el Derecho Europeo. Especial referencia al derecho español

El 14 de agosto, el profesor Francisco Mercada, profesor de Derecho de la Universidad Autónoma de Bolonia, dictó la charla exclusiva para ex alumnos de la Facultad de Derecho de la UFT, sobre “Algunos problemas actuales de la Contratación entre entidades financieras y clientes en el Derecho Europeo, especial referencia al derecho español.

17. Seminario Reforma Tributaria

El 9 de septiembre se realizó el seminario “Reforma Tributaria”, donde el ex Ministro de Hacienda, Andrés Velasco, expuso sobre el impacto económico de la Reforma Tributaria y, Sebastián Guerrero, socio de Guerrero Olivos y Asesor y miembro del Comité Técnico del Ministerio de Hacienda, expuso sobre varios aspectos de la reforma tributaria.

18. Curso Academia Judicial

El 30 de septiembre, se inicia el curso de perfeccionamiento adjudicado por la Facultad de Derecho de la UFT para capacitar a miembros del Poder Judicial. Fue impartido por Rodrigo Barcia y Gabriel Hernández, docentes

de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae y por Carolina Riveros, abogada de la Universidad de Talca.

19. Seminario contratos internacionales y arbitraje: nuevas tendencias

El 23 de octubre la Facultad de Derecho organizó este seminario que abordó las nuevas tendencias sobre la materia, participando como expositores Leonel Pereznieto Casto, experto en arbitrajes en las áreas de inversión extranjera; Rubén Santos Belandro, profesor agregado de Derecho Internacional Privado y de Derecho Extranjero Comparado, de la Universidad de la República, con sede en la ciudad de Montevideo, Uruguay y, Eduardo Picand Albónico, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Finis Terrae y de la Universidad de Chile.

20. Jornada de Derecho Civil

El 23 de octubre la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, realizó la quinta “Jornada de Derecho Civil”, la que convocó a un gran número de estudiantes de distintas Escuelas de Derecho de universidades del país, obteniendo el primer lugar por el trabajo presentado en área del Derecho Privado, Civil y Comercial, Laura Rivas Quevedo, alumna de la Universidad Gabriela Mistral.

21. Curso Reforma Tributaria

El 5 de noviembre se inició el Curso exclusivo para ex alumnos de la Universidad Finis Terrae sobre “Reforma Tributaria”, donde se abordaron, en cinco sesiones, las distintas aristas de la aplicación de este tipo de modificaciones a la Ley. Las sesiones fueron impartidas por los profesores de Derecho Tributario de la Facultad, Mauricio Pérez y Cristián Bonacic.

22. Seminario sobre Problemas actuales de familia e infancia, para Abogados litigantes

El 10 de noviembre se realizó el Seminario sobre “Problemas actuales de familia e infancia, para Abogados litigantes”. El primer panel, abordó temas como: Una mirada a la custodia compartida desde el Derecho Comparado,

la Custodia Compartida desde un enfoque sistémico de la familia y Una mirada a la Custodia Compartida a partir de la Reforma del 2013 y la CDN. Los expositores fueron Pablo Cornejo, Andrés Donoso y Rodrigo Barcia. El segundo panel trató los aspectos procesales en materia de familia, con los expositores Cristián Ramírez, Jorge Larroucau y Daniela Horvitz. El tercer panel abordó temas actuales de Derecho de Familia e Infancia, donde expusieron los profesores Gabriel Hernández y Fabiola Lathrop.

23. Ciclo de charlas: ¿Crisis en el Mundo?

El 11 de noviembre se inició el ciclo de cuatro charlas “¿Crisis en el Mundo?” donde destacadas figuras comentaron los conflictos internacionales de mayor repercusión del último tiempo. El periodista Amaro Gómez Pablo, se refirió a la “Crisis en Siria”. El ex Embajador y ex Director de la Academia Diplomática, Juan Salazar, comentó sobre “Crisis en Ucrania”. Rosita Larraín, Licenciada en Historia PCU, sobre el Conflicto Árabe Israelí y Miguel Schweitzer, ex Canciller y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, comentó sobre “Los juicios vecinales de La Haya”.

24. Claustro Profesores

El 22 de noviembre se realizó el “Claustro de Profesores” de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, precedido por su Decano, Miguel Schweitzer, donde se abordaron temas de interés para la Facultad.

25. Lanzamiento libro *El Silencio de los Jueces*, de Víctor Ilich

El 27 de noviembre se presentó el libro *El silencio de los Jueces* del Magistrado del Juzgado de Letras de San Vicente, Víctor Ruiz, el que escribe bajo el seudónimo de Víctor Ilich. El libro fue presentado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Raúl Mera y por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Miguel Schweitzer.

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:

1.1. La evaluación de artículos recibidos en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.

1.2. El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.

1.3. El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.

1.4. La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.

1.5. Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.

1.6. Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

1.7. Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:

2.1. Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

2.2. Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.

2.3. La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1½, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 ½ espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:

3.1. Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (calcalde@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.

3.2. El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

4. En referencia al sistema de citas:

4.1. Sobre la bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

-de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.

-de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.

-de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.

-de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). *Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año XI, N° 11, pp. 49-50.

-de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.

- de fuente manuscrita: Archivo Nacional – Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.

-de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=arttext&pid=2>>

4.2. Sobre las normas citadas. Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo de 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

4.3. Sobre la jurisprudencia citada. Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

-*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.

-ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

5. En referencia a resúmenes y palabras clave:

5.1. El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

5.2. El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

5.3. Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

5.4. Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.

