

De: Dirección de Políticas Públicas, Sociedad de Fomento Fabril F.G.
Para: Presidencia
Asunto: Position Paper Ambiental
Fecha: 08 de septiembre de 2019

I. ANTECEDENTES

Existe un diagnóstico compartido que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) requiere reformas, tanto para darle certezas a los titulares de proyectos de inversión sobre las reglas que les son aplicables, como también a las comunidades sobre sus condiciones de ejecución. No obstante, por años se han enfrentado dos posiciones en cuanto a cómo debe reformarse el SEIA.

Por una parte, están quienes sostienen que su progresiva complejidad ha retrasado la ejecución de inversiones, y por otra, quienes señalan que este procedimiento está destinado simplemente a aprobar proyectos, realizando una participación ciudadana formal. No obstante, lo cierto es que a pesar de que las tasas de judicialización de proyectos son porcentualmente bajas con relación al total de proyectos evaluados, éstas aumentan exponencialmente cuando se trata de proyectos de gran magnitud y montos de inversión que normalmente ingresan al SEIA a través de Estudios de Impacto Ambiental (“EIA”). Ahora bien, la evidencia muestra que parte importante de esa judicialización se debe a la falta de claridad sobre la aplicación de algunas reglas procedimentales que permiten arbitrajes regulatorios que se utilizan en el litigio con fines especulativos, generando además estrategias de las compañías durante la evaluación ambiental en el mismo sentido, es decir, entregando información parcelada y sólo en la medida que avanza la evaluación, afectándose por esa vía la información que éstas ponen a disposición de las comunidades.

Esta falta de claridad se relaciona, en parte, con que actualmente el diálogo y relacionamiento comunitario con presencia del Estado en la ejecución de proyectos de inversión se circunscribe al procedimiento participativo de consulta ciudadana (“PAC”) regulado en el SEIA por la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”) y por la Consulta Indígena establecida en el Convenio N° 169 de la OIT (“CI”). Pero existe además consenso en que la PAC presenta diversas insuficiencias, especialmente en cuanto a su oportunidad o momento en que ocurre, así como en los ámbitos o temas a los que ésta se refiere¹ y al impacto, efecto o incidencia que tiene en la ejecución del proyecto, ya que actualmente esta instancia no tiene un alcance o especificidad preestablecida y se desarrolla en las etapas posteriores al diseño del proyecto y a la construcción de su EIA.

¹ Berdichevsky, P., y Sepúlveda, C. (2016). Asimetrías en la Participación Ciudadana Ambiental de Chile. Desafíos para una política pública en base a dos décadas de aprendizaje. Documento de Referencia N°27. Santiago: Fundación Espacio Público., pág. 21.

A lo anterior, se suma que las instancias de participación temprana existentes² son de carácter voluntario y se sustentan en que, a través de ellas, se permite a los proponentes disminuir los costos asociados a la conflictividad ambiental, tanto económicos, debidos a la judicialización de los permisos ambientales, como sociales, derivados de la falta de respaldo a las inversiones. No obstante, dichas instancias carecen de principios y estándares mínimos de implementación, no cuentan con la participación del Estado como garante y partícipe activo, y carecen de una regulación sistemática.

Además de sus deficiencias en participación, el SEIA está siendo tensionado por la falta de densidad normativa que presenta nuestro ordenamiento jurídico en instrumentos de gestión de riesgos ambientales y ordenamiento territorial. En efecto, los proyectos de inversión debieran ser evaluados primero, en cuanto al cumplimiento de las condiciones, requisitos y exigencias establecidas en el espacio normado representado por los instrumentos de aplicación colectiva o en que existe una gestión ambiental del territorio, y por aquellos que contienen la decisión política ambiental acerca de cuánta contaminación es admisible respecto de las personas y naturaleza. En ambos espacios, el riesgo ambiental ha sido previamente zanjado por el regulador, por lo que el análisis o evaluación se limita a la simple verificación. Nos referimos al espacio normativo que alberga tanto a la normativa ambiental secundaria (normas de emisión, planes de prevención/descontaminación e instrumentos de ordenamiento territorial), como a las primer orden conformada por las normas de calidad primarias (referidas a personas) y secundarias (referidas a la naturaleza).

Una evaluación ambiental robusta sólo puede realizarse desde una plataforma normativa lo suficientemente compleja como para circunscribir los espacios de análisis discrecional a los impactos ambientales generados por la especificidad del proyecto, para lo cual las modelaciones y análisis de suficiencia de las mismas deben restringirse a las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas por el titular. Sólo así el SEIA podrá operar en el campo que le es propio, a saber, un tercer nivel de gestión ambiental sitio-específico avocado tanto a la verificación del cumplimiento normativo de los instrumentos de gestión ambiental de primer y segundo nivel, como a la internalización de efectos ambientales significativos a través de medidas de mitigación, compensación y reparación específicas.

No obstante, la actual falta de densidad normativa de primer y segundo orden implica que la gestión ambiental del país se centre principalmente en este instrumento, volcando en el SEIA complejidades sistémicas en un instrumento de gestión caso-específico que termina muchas veces procesando complejidades no ambientales ajenas a su competencia, tales como la posibilidad de desarrollar proyectos en un espacio territorial determinado o

² Los Acuerdos voluntarios de Pre-inversión (AVP) de la Agencia de Sostenibilidad y Cambio Climático (ASCC) tienen por finalidad lograr acuerdos para mejorar proyectos de inversión y crear relaciones constructivas de largo plazo entre empresas, comunidades locales y otros actores de interés, promoviendo la adopción de altos estándares socio ambientales mediante un proceso de participación temprana que garantice la inclusión y representación de los diversos actores e intereses, así como una incidencia real en el diseño de los proyectos.

el permitir una compensación íntegra a las comunidades que se ven impactadas por el proyecto.

Finalmente, junto a las deficiencias de los mecanismos participativos y la falta de densidad normativa de los espacios regulatorios colectivos y de ordenamiento territorial, existe también una falta de independencia significativa del órgano administrativo a cargo de la evaluación ambiental que le impide ponderar adecuadamente las consideraciones políticas y técnicas en el procedimiento de evaluación ambiental. Si bien el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) es un órgano público funcionalmente descentralizado, su actual gobernanza y estructura administrativa no le confieren la autonomía necesaria como para desarrollar y administrar capacidades técnicas de evaluación en cada una de las regiones del país y en todos los componentes ambientales y ecosistemas que comprende una evaluación ambiental integral.

Esta exposición a las dinámicas propias de los procesos políticos del país elevan aún más el nivel de complejidad que debe procesar el SEIA, sobrexigiendo a sus actuales capacidades técnicas y territoriales y desbalanceando el equilibrio del proceso de decisional.

II. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La PAC del SEIA ha sido objeto de múltiples cuestionamientos, tanto respecto a la implementación de procedimientos no estandarizados en su despliegue territorial, como a los plazos de su desarrollo e implementación, pero principalmente sobre su alcance en cuanto a que la instancia participativa termina operando como plataforma para accionar pretensiones no ambientales ni relacionadas con la suficiencia y adecuación de las medidas de compensación mitigación y reparación propuestas por el titular para internalizar los impactos ambientales previamente identificados, sino que con la aceptabilidad o rechazo a la ejecución del proyecto en un determinado territorio por parte de sus habitantes.

La instrumentalización de la PAC para accionar pretensiones sustantivas respecto de una u otra estrategia de desarrollo territorial que contemple o precinda de determinados proyectos de inversión, ha llevado al SEIA, paradójicamente, a extender por una parte el alcance de la PAC a instrumentos de gestión ambiental que no fueron concebidos para desplegar la conflictividad propia de una discusión sobre la viabilidad o legitimidad de la ejecución de un determinado proyecto de inversión, y por otra, la asimetría de partes para enfrentar un conflicto desde un procedimiento administrativo concebido para otros fines.

Y es que en la medida que los participantes de la PAC tengan por finalidad impedir la ejecución de un proyecto valiéndose de las herramientas que entrega un procedimiento estructurado para evaluar la suficiencia de la internalización de las externalidades

ambientales que genera una determinada actividad industrial o inmobiliaria, primará siempre la insuficiencia de los instrumentos, la falta de incidencia y las asimetrías de información para alcanzar dicho propósito, apareciendo la instancia como una oportunidad más formal que efectiva. Lo anterior ha llevado a que la PAC en el SEIA pierda prestancia y legitimidad ante las comunidades y, al mismo tiempo, ha propiciado una crítica tanto al SEA en su rol de administrador del procedimiento de evaluación, como al Consejo de Ministros y tribunales ambientales para darle cabida a pretensiones sustantivas accionadas desde estas instancia participativa.

Un primer paso en la extensión del alcance de la PAC se verificó tras la modificación incorporada por la Ley N° 20.417 que le permitió al SEA convocar procesos de participación ciudadana en procedimientos de evaluación de Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) que estimase generaran cargas ambientales entendidas como externalidades negativas que ocasionasen beneficios sociales. Y si bien el propósito de este requisito era poder circunscribir el alcance de la PAC a aquellos proyectos que generasen este tipo cargas de externalidades negativas, en los hechos ha prevalecido su utilización como plataforma para impedir la realización de proyectos, generando un verdadero desincentivo a la materialización de inversiones que catalicen el desarrollo de los territorios y sus comunidades.

El segundo paso en esta apertura de la PAC como plataforma para la impedir la realización de proyectos y actividades productivas, lo estableció la Corte Suprema³ al sentar jurisprudencia que validó su exigibilidad a todo proceso de evaluación ambiental en que lo fuera requerido por las comunidades, por no considerar razonable que al interior del SEIA existan distinciones que restrinjan la participación ciudadana. Con ello, no sólo se desnaturaliza un instrumento de gestión ambiental concebido para la verificación formal de la normativa ambiental, sino que además se equiparan a los EIA en cuanto a complejidad y alcance.

Dada esta tendencia a ampliar el alcance de la PAC tanto en la jurisprudencia como a nivel legislativo⁴, parece necesario volver a delimitar tanto el perímetro normativo de la PAC como su propósito o finalidad a fin de darle mayor certeza jurídica al procedimiento de evaluación, asentando además la legitimación activa de las acciones recursivas en el titular del proyecto, en todas aquellas que hayan presentado observaciones en la PAC y en aquellas personas naturales o jurídicas que acrediten su residencia o realicen actividades dentro del área de influencia del proyecto o actividad. Del mismo modo, se debiese eliminar la posibilidad de presentar una solicitud de invalidación en el marco del SEIA,

³ Cfr. Corte Suprema, fallos de fecha 15 de mayo de 2019, rol N° 197-2018 y de fecha 16 de marzo de 2017, rol N° 55.203-2016, entre otros.

⁴ El Proyecto de Ley que Moderniza el SEIA (Boletín N° 12714-12) amplían los espacios de participación ciudadana en materia ambiental, pudiendo realizarse en todos los procesos de evaluación ambiental, sin importar que ingresen al SEIA vía Declaración o Estudio de Impacto Ambiental. De esta manera, se elimina la restricción, que circunscribía la participación solo a las Declaraciones de Impacto Ambiental con cargas ambientales, y que fueran aceptadas como tales por parte del Servicio de Evaluación Ambiental.

limitando los medios de impugnación al recurso de reclamación regulado en la Ley N° 19.300 para obligar a que todo interesado recurra en contra de la RCA en los plazos prestablecidos para esos efectos, fomentando con ello la participación en la evaluación.

III. PARTICIPACIÓN CIUDADANA TEMPRANA

Tal como se adelantó en el apartado anterior, las actuales asimetrías de alcance de la PAC referidas tanto a la oportunidad en que ésta ocurre como a los ámbitos que aborda, conducen a concluir que una mayor incidencia ciudadana pasa necesariamente por adelantar los espacios de participación existentes. En efecto, la asimetría en la oportunidad es resultado del inicio tardío de la PAC al estar circunscrita a una etapa de desarrollo del proyecto en la que se encuentra terminado el EIA y ya en desarrollo su ingeniería de detalle⁵, frente a lo cual las opciones de la comunidad se reducen a adoptar una posición binaria de apoyar o rechazar su ejecución, estando procedimentalmente impedidas de incidir en el diseño o ejecución del proyecto.

En la literatura especializada se le reconocen a las instancias de Participación Ciudadana Temprana (“PCT”) múltiples beneficios, entre los que destacan que la evaluación ambiental de proyectos descansa en información más completa y acertada, representando una oportunidad para que los titulares conozcan a tiempo las inquietudes de las comunidades y puedan resolverlas antes de que se conviertan en situaciones inmanejables. Asimismo, permite además a los titulares de proyectos contar con una mejor línea base de medio humano⁶, y producto del involucramiento de las comunidades y actores locales relevantes en etapas tempranas del diseño del proyecto o de la elaboración de los EIA, éstos cuentan además con información relevante o esencial para abordar los impactos ambientales del proyecto, especialmente los efectos sobre los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, pudiendo evitar con ello una dilación en su tramitación ambiental. Al mismo tiempo, la disponibilidad de información relevante en etapas tempranas del diseño del proyecto le permite a los titulares ejecutarlos con un mayor grado de coherencia territorial, potenciando la realización de proyectos más sostenibles y adecuados para su interrelación con los ecosistemas y comunidades.

La PCT favorece también mayores niveles de compromiso de las comunidades respecto del proyecto, en la medida que la comunidad es consultada sobre temas de su interés que puedan reflejarse posteriormente en el EIA que ingresará al SEIA. Igualmente, aumenta la confianza hacia la empresa al permitir que sus planes se encuentren abiertos a sugerencias y mejoras, contribuyendo a obtener evaluaciones ambientales de mayor calidad, en la medida que tienen más posibilidades de incorporar el conocimiento local.

⁵ Berdichevsky, P., y Sepúlveda, C. (2016 op. Cit. pág. 24.

⁶ La línea base de medio ambiente consiste en “la descripción detallada del área de influencia de un proyecto en forma previa a su ejecución”. Uno de las dimensiones de dicho análisis corresponde al análisis de la línea base del medio humano, en el cual se levanta información y análisis de dimensiones geográfica, demográfica, antropológica, socioeconómica y de bienestar social, poniendo especial énfasis en las comunidades protegidas por leyes especiales. SEA (2017).

En definitiva, la PCT constituye una oportunidad para identificar anticipadamente los posibles eventuales focos de controversia, disminuyendo la eventual conflictividad social asociada al proyecto.

No obstante, para obtener estos beneficios la PCT debe enmarcarse en un procedimiento administrativo reglado que tenga por finalidad generar una instancia de diálogo y socialización del proyecto con los distintos Órganos de la Administración del Estado con Competencias Ambientales (“OAECA”) y con las comunidades del territorio en el que se emplazará el proyecto de inversión, a fin de, simultáneamente, resolver tempranamente algunos elementos esenciales del proyecto que fijen el alcance de su posterior evaluación ambiental, y definir los ámbitos de los posibles acuerdos de desarrollo territorial que podrían verificarse entre el titular y las comunidades. Pero para resolver tempranamente aquellos elementos esenciales que establecerán el alcance de la evaluación ambiental que se efectuará en la etapa siguiente, la PCT debe necesariamente terminar con una resolución administrativa del SEA que comunique al titular los Términos de Referencia Ambientales (“TRA”) en virtud de los cuales deberá posteriormente realizar un EIA.

En este sentido, en los TRA el SEA debiera al menos establecer una descripción general del proyecto conforme a su ingeniería de perfil, así como incorporar los antecedentes que sirvan para la determinación del Área de Influencia y Línea de Base, incluyendo la metodología, requisitos y condiciones, y en especial del componente Medio Humano. Igualmente, en los TRA el SEA debiera establecer la delimitación geográfica de los ecosistemas que se verán afectados por el proyecto para la estructuración del Área de Influencia, así como también una visión general respecto de los potenciales efectos del proyecto en el medio ambiente. Por último, los TRA debieran contener también los antecedentes ambientales que hayan sido proporcionados por los OAECA y las comunidades participantes respecto del proyecto o actividad, y la compatibilidad territorial del proyecto con los PLADECO, PROT y áreas sujetas a protección oficial. Por su parte, si bien los aspectos de valor compartido o desarrollo territorial debiesen ser presentados y discutidos durante la PCT, éstos debiesen ser negociados y convenidos entre el titular del proyecto y las comunidades en instancias paralelas y autónomas que les permitan a ambas partes extenderse por un plazo superior al requerido para establecer los TRA con total independencia de los eventuales Acuerdos de Desarrollo Territorial (“ADT”) que puedan llegar a suscribirse durante la tramitación ambiental del proyecto o, incluso, en el transcurso de las fases de construcción y ejecución.

Ahora bien, como señalamos antes, para que ello sea eficaz la PCT debe necesariamente contemplar la actuación del Estado, quien a través del Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”) administre la PCT, constituyéndose en un facilitador y coordinador del proceso, resguardando además las garantías procedimentales para todos los participantes. En este sentido, las guías dictadas por el SEA y los órganos sectoriales afines pueden ser útiles, pero los aspectos procedimentales y metodológicos deben ser materia reglamentaria.

Cabe destacar que si bien la PCT debiera ser siempre voluntaria, tanto para los proyectos que ingresen al SEIA por DIA como EIA, debiese además establecerse su aplicación obligatoria a proyectos de inversión que cumplan con ciertos criterios tales como presentar impactos significativos, sobrepasar un determinado umbral de afectación espacial o instalarse en zonas de alta conflictividad territorial o con presencia de grupos indígenas⁷. Considerando estos criterios, debiera entonces establecerse la obligatoriedad de la PCT para aquellos proyectos que deban ingresar por EIA en razón de presentar el efecto, características o circunstancias descrita en el literal a)⁸ del artículo 11 de la Ley N° 19.300, o por presentar conjuntamente dos o más de los efectos, características o circunstancias descritos en los literales b)⁹, c)¹⁰, d)¹¹ y f)¹² de la ley antes indicada, aunque respecto de este último sólo cuando se refiera a localización en o próxima a poblaciones protegidas.

Finalmente, los TRA debieran caducar transcurrido más de dos años desde su otorgamiento sin que el titular haya presentado el EIA, así como actualizarse a través de un procedimiento de administrativo sumario establecido por vía reglamentaria en el evento que se verifiquen modificaciones sustanciales a los antecedentes que dieron cuenta de los TRA producto de nueva información disponible.

3.1. Certeza Jurídica

No hay dudas que los activos más relevantes de una PCT con las características propuestas son, por una parte, la mayor certeza jurídica y validación procedimental que obtiene el titular para enfrentar una judicialización posterior al obtener su Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”), y por otra, la reducción de los tiempos de tramitación del procedimiento de evaluación ambiental.

Respecto de la primera, debemos recordar que la reforma ambiental de la ex Presidenta Bachelet, del año 2009, que fue implementada por la primera administración del Presidente Piñera, tuvo una finalidad estrictamente institucional, y en el caso del SEIA, se limitó a crear al SEA como agencia estatal a cargo de administrar la evaluación ambiental, realizando en el SEIA ajustes específicos destinados a mejorar su gestión y a erradicar algunas prácticas indebidas en las evaluaciones sectoriales que habían sido advertidas

⁷ Alianza Valor Mínero, Informe para Políticas Públicas abril de 2018, “Institucionalidad de Diálogo Territorial: Avance del Diseño de Política Pública”, página 5.

⁸ Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos.

⁹ Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire.

¹⁰ Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

¹¹ Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.

¹² Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

desde la administración del ex Presidente Lagos, desde comienzos del año 2000. Sin embargo, durante dicha reforma, también se suscitó la inquietud sobre la judicialización de proyectos, especialmente por el rol que asumió el recurso de protección desde 2009, año en que la Corte Suprema comenzó a utilizar este medio para anular RCA, considerando que los recursos de protección eran masivamente rechazados. Ese nivel de incertidumbre generó los incentivos para que, tanto el sector privado como las ONG ambientales, estuviesen de acuerdo en crear tribunales especializados para resolver estas controversias.

Pero la reforma ambiental del 2009 no sólo permitió la creación de los Tribunales Ambientales (“TA”), sino que sobre dicho acuerdo la Corte Suprema asentó un conjunto de criterios jurisprudenciales que se mantienen vigentes. Entre ellos, destaca el que la impugnación de las RCA deba realizarse en el procedimiento de reclamación ante los TA y no mediante el recurso de protección. Asimismo, la jurisprudencia del máximo tribunal opera sobre un principio de deferencia especializada al organismo judicialmente competente, en este caso, respecto de los TA. También se ha asentado que lo impugnabile es la RCA y no los actos intermedios o trámites de la evaluación ambiental, así como que éstas pueden impugnarse por todos quienes realicen observaciones en la PAC, quedando para los terceros ajenos al procedimiento la utilización de la denominada “invalidación ambiental” ante los TA.

Sobre esta base, la judicialización de proyectos a través del recurso de protección en el marco del SEIA se ha reducido sustancialmente, habiéndose canalizado éstas en las reclamaciones ante los TA, sin que se hubiesen percibido aumentos de demanda significativos ante estos tribunales, pero advirtiéndose que la existencia de procedimientos PAC inadecuados son fácilmente impugnables, especialmente, cuando los organismos a cargo de la evaluación son ambiguos en el procedimiento. Considerando esta reducción sustancial de la judicialización por la vía del recurso de protección, una de las fórmulas para incrementar la certeza jurídica del procedimiento de evaluación ambiental es procurar que éste se desarrolle en un orden consecutivo que permita ir cerrando etapas, sin que la siguiente tenga capacidad de volver a discutir lo resuelto en la etapa previa. Es decir, transformar el procedimiento de evaluación en una serie sucesiva de etapas concatenadas e irreversibles.

Otra fórmula de otorgarle mayor certeza jurídica tanto a los titulares de proyectos como a las comunidades, es incorporar una etapa previa al ingreso al SEIA que tenga por propósito establecer mecanismos de participación ciudadana temprana y definir los criterios bajo los cuales se evaluará un proyecto en el sistema. Esta etapa previa no es una novedad en el derecho nacional pues la propia Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado (“LBPA”) permite en la actualidad abrir una etapa denominada “información previa” que tiene la finalidad, en base a un principio de eficiencia, decidir si se inicia un procedimiento

administrativo y bajo qué condiciones (art. 29 inciso segundo)¹³. Sin embargo, para lograr dicho efecto, la PCT debe ser necesariamente vinculante, es decir, tener la aptitud jurídica de comprometer en términos obligatorios las etapas que siguen, pues de lo contrario, el propósito perseguido con la etapa temprana no se cumplirá dado que las etapas siguientes del procedimiento quedarían sujetas a condiciones contingentes o discrecionales en su uso. Para obtener este efecto vinculante que permita concatenar la PCT con la evaluación ambiental y así despejar en etapas posteriores elementos contingentes y discrecionales, se requiere entonces que esta participación anticipada sea concebida como un procedimiento administrativo que inicie y termine con resoluciones administrativas emanadas del SEA.

Para esos efectos, la resolución que contenga los TRA, en su calidad de acto administrativo terminal de la PCT, sólo podrá ser recurrible mediante recurso de reclamación interpuesto por el titular del proyecto, o por quienes hayan participado en la PCT, bajo pretensión de inexactitud de su contenido, incorrecta ponderación de las observaciones presentadas y vicios de procedimiento, adelantando con ello la conflictividad judicial que el proyecto podría desencadenar. Esta judicialización temprana permitiría no sólo entregarle al titular del proyecto, al Estado y a las comunidades un mayor grado de certeza jurídica respecto de los contenidos y acuerdos que se adopten en dicha instancia, sino que además reducirá significativamente la intensidad litigiosa de la etapa posterior de evaluación ambiental por aplicación de los mismos criterios establecidos por la Corte Suprema luego de la creación de los TA.

3.2. Reducción de tiempos de la tramitación ambiental

El objetivo de la PCT es permitir que los titulares ingresen sus proyectos de inversión al procedimiento de evaluación ambiental en fases de la etapa de pre-inversión muy anteriores a las requeridas para elaborar un EIA y, consecuentemente, cuando los montos invertidos son mucho menores. Por lo tanto, su funcionalidad no es modificar los plazos del procedimiento de evaluación ambiental, sino que permitir al titular del proyecto comenzar su evaluación anticipadamente. En efecto, el ingreso de un proyecto a una instancia de la PCT debe verificarse en la fase de perfilamiento de la etapa pre-inversión, ya que es en ella dónde las comunidades tienen mayores oportunidades de incidir en las decisiones sobre el diseño y evaluación del proyecto, dado que el titular aún se encuentra evaluando alternativas de diseño y localización, y porque los porcentajes de CAPEX efectivamente invertidos son mucho menores, existiendo, por tanto, menor resistencia a realizar cambios y ajustes.

Por el contrario, habiéndose efectuado las inversiones de CAPEX para realizar la ingeniería básica de factibilidad y parte de la requerida para la ingeniería de detalle, junto

¹³ Inicio de oficio. Los procedimientos se iniciarán de oficio por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior, a petición de otros órganos o por denuncia. Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

con los estudios de terreno u obras tempranas que se requieren para ello, las posibilidades de incidencia se restringen casi exclusivamente al diseño de las medidas de compensación o mitigación de los impactos ambientales identificados en la evaluación, tal como ocurre hoy en día en la PAC. En este sentido, el ingreso de un proyecto a una instancia de la PCT durante su fase de perfilamiento no extiende sus plazos de desarrollo ni los de su evaluación ambiental posterior. Más aún, si se verificare una judicialización al término de esta fase temprana, el titular, habiendo incurrido en una inversión menor propia de la etapa de estudio de perfil del proyecto o de pre-factibilidad, podrá oportunamente suspender la ejecución de la fase de ingeniería de detalle requerida para la elaboración del EIA que contempla una inversión en CAPEX de mayor magnitud. Así, la judicialización temprana es valiosa tanto para el titular del proyecto, que demanda mayor certeza jurídica, como para la comunidad, que demanda participación incidente.

Ahora bien, aún cuando se verifique esta judicialización temprana, la certeza jurídica y validez procedimental que la PCT le otorgará al titular, a los propios OAECA y las comunidades, permitirá reducir los actuales tiempos de la evaluación ambiental gracias a la reducción del alcance que deberá necesariamente verificarse en las diversas preguntas y requerimientos formulados por los distintos OAECA en los sucesivos Informes Consolidados de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (“ICSARA”), permitiendo entonces una respuesta mucho más ágil del titular que podría, incluso, no requerir suspender el procedimiento de evaluación para la elaboración y presentación de las distintas adendas como ocurre actualmente. De esa forma, el procedimiento de evaluación ambiental posterior a la PCT debería desarrollarse en los plazos actualmente establecidos en la ley, verificándose en la práctica una reducción sustancial de los actuales promedios de tramitación.

IV. PROYECTOS DE LEY COMO OBJETO DE CONSULTA INDÍGENA

Desde su entrada en vigencia en septiembre de 2009, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente¹⁴, de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (“Convenio 169”), ha tenido una implementación compleja, especialmente respecto del alcance y regulación de la aplicación de la Consulta Indígena (“CI”). Actualmente la CI está regulada por el D.S. 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 169 (el “Reglamento”), el cual establece que la CI tiene por objetivo *“llegar a un acuerdo o lograr consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente”*. El propio Reglamento establece el deber para los órganos de la Administración del Estado, incluyendo a los Ministerios, de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

¹⁴ Promulgado por medio del Decreto Supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/dto-236.pdf (Marzo, 2011)

Sobre este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la CI previa se trataría de una forma específica de participación¹⁵, entendiéndola como *“un mecanismo para asegurar la intervención de los pueblos indígenas en las medidas estatales que los afecten directamente”*¹⁶. Sin embargo, desde su entrada en vigencia, en diversas oportunidades, el Congreso Nacional ha discutido sobre la procedencia de la CI previa respecto a determinados proyectos de ley¹⁷, no existiendo aún un criterio uniforme para determinar qué debe entenderse por susceptibilidad de afectación directa.

Algunas claves interpretativas para delimitar la afectación directa provienen de la propia OIT, como por ejemplo, la aclaración que su Directora de Normas¹⁸ realizara respecto del artículo 7 del Convenio 169 al señalar que el *criterio para definir la afectación directa debe entenderse en relación con el proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera*, o el informe que el ex Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU hiciera sobre el proyecto de reglamento de consultas en Guatemala¹⁹, en dónde sostiene que para que proceda la consulta previa, debe haber un impacto directo pues *“[s]ería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población”*²⁰.

En la búsqueda de establecer los márgenes de la afectación directa, el propio ex Relator señaló que tampoco puede llegarse al otro extremo de sostener que la consulta previa sólo podría realizarse cuando la medida afecte *“únicamente”* a dichos pueblos, sino más bien que debe ser exigida *“siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”* precisando que *“[u]na incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las*

¹⁵ Cfr. Rol 2387-12, considerando 24.

¹⁶ Montt, Santiago y Matta Manuel, *“Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”*, año 2011. Estudios Públicos 121, páginas 133-212.

¹⁷ A modo de ejemplo, Reforma Constitucional de Reconocimiento de los Pueblos Indígenas (Boletín 5522-07), proyecto de acuerdo de Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (Boletín N° 6426-10), Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas (Boletín 7543-12; Modificación de la Ley General de Pesca (Boletín 8091-21); Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín N° 7487-12), y Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas (Boletín N° 10.525-06, retirado y reingresado con Boletín N° 10687-06) y el Proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de los Pueblos Indígenas (Boletín N° 10.526-06); y el Proyecto de Ley de Fomento Forestal que modifica y extiende el D.L. 701 (Boletín N° 8603-01).

¹⁸ Respuesta enviada por escrito por la Directora de Normas de la OIT, Sra. Cleopatra Doumbia-Henry, en respuesta a consultas hechas por los Senadores en Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el 21 de diciembre de 2010.

¹⁹ Cfr., Anaya, James, "El proyecto de reglamento de consultas en Guatemala. Comentarios del Relator Especial, James Anaya", p. 3, Documento en línea, disponible en <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html> y [Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34 \(14 de julio 2009\) \[en adelante “Informe de 2009”\]; Principios internacionales aplicables a la consulta en relación a la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, A/HRC/12/34/Add.6 \(apéndice A\), párrafo 41.](#)

²⁰ Anaya, James, op. cit., p.3

*condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes”*²¹, dando a continuación el ejemplo de una modificación a las normas que regulan el uso de la tierra, que si bien afecta a toda la población, podría afectar de una manera particular a los pueblos indígenas, en consideración a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos.

Del mismo modo, en su Manual²², la OIT ejemplifica casos de medidas legislativas y administrativas que deben ser objeto de consulta previa, basándose en el criterio de la susceptibilidad de afectación directa. Lo propio hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) a partir del caso Saramaka vs. Surinam, brindando un listado de requisitos mínimos para tal caso²³, donde destaca como criterio la afectación jurídica de los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios y aquellas medidas relacionadas con el acceso y goce efectivo del territorio ancestral, criterio seguido también por la Corte Constitucional de Colombia²⁴.

En Noruega, en tanto, el acuerdo para el procedimiento de CI del 2005 establece que los procedimientos de consulta aplican *in matters that may affect Sami interests directly*²⁵, dejando espacio a la *susceptibilidad* de afectación como elemento desencadenante de la consulta previa en lugar de la afectación pura y simple. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha distinguido 3 tipos de proyectos de ley que deben consultarse: i) aquellos dirigidos a afectar los derechos e intereses de los pueblos indígenas; ii) aquellos proyectos generales, que contienen disposiciones específicas dirigidas a pueblos indígenas; y, iii) los proyectos generales que afectan elementos esenciales de la identidad indígena, como tierra, territorios y recursos naturales.

4.1. Afectación directa en Chile

²¹ Idem.

²² La OIT, por medio de su publicación Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual, facilita la comprensión y el uso del Convenio 169. Documento en línea disponible en: <http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf>

²³ El listado es el siguiente: 1. “el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka; 2. el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran; 3. el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; 4. el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia rol T-547-2010.

²⁵ Ministry of Labour, Procedures for Consultations between state authorities and the sami parliament (Norway), 2005. Documento en línea, disponible en <http://www.regjeringen.no/en/dep/ad/doc/lover_regler/reglement/2007/procedures-for-consultations-between-sta.html?id=440913>

Desde el punto de vista normativo, el artículo 7²⁶ del Reglamento regula las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, estableciendo que no todos los anteproyectos de leyes deben consultarse, ya que no cualquier afectación da lugar a una consulta. Sin embargo, el Reglamento entrega una fórmula abstracta para determinar la afectación directa, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: i) Ser causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales; y ii) afectar el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Respecto del requisito de causalidad directa, en la doctrina chilena Contesse afirma que la consulta previa no procede cuando *"la posibilidad de afectarles sea remota, o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado"*²⁷, quedando por tanto la afectación directa sujeta al margen de apreciación de la realidad local, a la luz de las ideas del proyecto y de los reglamentos del Ejecutivo, en concordancia con los criterios de la OIT. Por tanto, para que una medida legislativa deba ser objeto de consulta previa la afectación no puede ser remota.

Por su parte, respecto el carácter específico de la afectación, cabe señalar que éste no debe entenderse como exclusiva respecto de los pueblos indígenas, sino que la afectación debe ser en forma diferenciada del resto de la población. De hecho, durante la discusión del Reglamento, se planteó la opción de establecer una afectación exclusiva, la que fue posteriormente descartada. Para entender esta distinción es útil considerar el bien jurídico protegido por la consulta previa: la diversidad cultural, de lo cual se colige que la cultura de un pueblo indígena determinado podrá verse afectada de una manera particular que los demás individuos no alcanzan a captar, justamente por pertenecer a otra cultura²⁸. Por lo tanto, no procederá la consulta previa en aquellas medidas legislativas que puedan afectar de manera indistinta tanto a quienes pertenecen a un pueblo indígena como a quienes no pertenecen a ellos. Si, por el contrario, la afectación es diferenciada respecto de los pueblos indígenas en tanto dichos impactos son específicos para su condición de indígenas, entonces habrá afectación directa y procederá llevar a cabo la consulta previa.

Finalmente, para entender el criterio de significancia que establece el Reglamento, es útil la interpretación que la Corte Suprema utilizó para la determinación de la significancia en

²⁶ A las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas: "..... Los Órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, o la parte de estos, cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas....."

²⁷ Contesse, J., (ed.), "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*, Ediciones Universidad Diego Portales, Chile, 2012. p. 194.

²⁸ Cfr. Lopez, Ricardo y Mohr Tania, "Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de las Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia ¿Cuestión de Derecho", año 2014.

las RCA como medidas administrativas susceptibles de ser objeto de CI, en que afirmó que esta significancia debe ser "*explicitada razonablemente*", fijando con ello un estándar mínimo para juzgar la pertinencia de realizar una consulta conforme al Convenio 169²⁹. Además de la razonabilidad³⁰, la Corte Suprema estableció también un criterio de proporcionalidad entendido como la necesidad de que la determinación de la afectación directa no sea consecuencia de un análisis desproporcionado de la situación.

4.2. Proyectos de ley objeto de CI

En noviembre de 2007, antes de la ratificación del Convenio 169, el Ejecutivo ingresó al Congreso el proyecto de Reforma Constitucional sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile. Según consta en actas de la Comisión de Constitución de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se recibió a diversas organizaciones sociales, en cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio 169. No obstante, en Sala, se hizo presente que no se efectuó una CI de estándar internacional. Por lo cual, una vez aprobada la idea de legislar por el Senado en el año 2009, el Ejecutivo convocó a una CI en torno al texto aprobado, con el objeto que los planteamientos que se efectuaran en la instancia fueran considerados durante la discusión en particular. Del tenor de este proyecto de ley se desprende que se trata de una medida legislativa favorable, que se refiere de manera explícita, exclusiva y directa a los pueblos indígenas, por lo que, claramente cumple con los requisitos para determinar la posible afectación directa de los pueblos indígenas.

En enero de 2016 ingresaron al Congreso Nacional los proyectos de ley que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo de Pueblos Indígenas, respectivamente. El primero tiene por objeto crear una instancia centralizada, con rango de ministerio, para diseñar, coordinar y evaluar planes y programas dirigidos a los pueblos indígenas y permitir la participación de éstos a través de los Consejos de Pueblos Indígenas, propuestos en el respectivo proyecto. El segundo, en tanto, pretende crear un Consejo de Pueblos para cada uno de los 9 pueblos reconocidos legalmente en Chile y otro, de carácter Nacional.

Ambos proyectos fueron sometidos a CI, centrándose ambas en sus ideas matrices³¹. Al igual que en el caso del proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los

²⁹ Cfr. Donoso Rodríguez, Sebastián, "Declaraciones de Impacto de Impacto Ambiental y consulta indígena ambiental en el SEIA: Comentario a la tendencia de homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la susceptibilidad de afectación susceptible de afectación directa del Convenio 169, año 2013.

³⁰ Carrasco Quiroga, Edesio (2013): "Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N°169 de la OIT", en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 40 - N° 1, enero-abril 2013, pp. 301-316.

³¹ En el primer proyecto, la consulta se centró en la naturaleza del organismo, sus atribuciones y funciones y Política de Desarrollo Indígena, incluyendo la implementación del Convenio 169, las áreas de desarrollo indígena, etc. En el segundo caso, se centró en sus atribuciones y funciones, composición, duración en el cargo, requisitos de postulación, etc.

pueblos indígenas, nos encontramos frente a propuestas de institucionalidad directamente relacionadas con los pueblos indígenas. La primera de ellas, por la creación de una instancia encargada de abordar sus temas y la segunda, por establecer instancias de auto-representación indígena.

En el año 2011, en el marco de los compromisos asumidos para la implementación de la nueva institucionalidad ambiental, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley para dar cumplimiento al mandato legal de la Ley N° 20.417. Este proyecto originalmente no fue sometido a CI, siendo posteriormente retirado por el gobierno de Michelle Bachelet el año 2014, quien presentó otro proyecto, el cual tampoco fue consultado. Sin embargo, el año 2016, tras una serie de demandas de organizaciones indígenas, el Ejecutivo convocó a un proceso de CI para consultar las materias que conformarían las futuras indicaciones. En el marco de esta CI, se estimó necesario consultar de manera específica las disposiciones relativas a sitios prioritarios, instrumentos de conservación de ecosistemas, instrumentos de conservación de especies e instrumentos económicos de conservación de biodiversidad y áreas protegidas. De acuerdo a lo indicado por el Ministro de Medio Ambiente de la época, la decisión se basó en que las áreas protegidas podían superponerse a las áreas de desarrollo indígena contemplada en la Ley de Desarrollo Indígena y/o coincidir con tierras indígenas conforme a las definiciones que a este respecto otorga el derecho internacional. A juicio del Ministerio de Medio Ambiente, eran criterios suficientes para la determinación de la afectación directa la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad biológica, tomando en consideración a este respecto el Convenio sobre Biodiversidad Biológica. Por tanto, el criterio para consultar fue la eventual afectación de un elemento fundamental para los indígenas que es su tierra y territorio. A diferencia de lo que ocurrió con la Ley General de Pesca y el Proyecto de Ley de Reforma del Código de Aguas, que veremos a continuación, en esta oportunidad se consideró que la creación de un estatuto especial que podía afectar la tierra y el territorio indígena (áreas protegidas) era suficiente motivo para consultar.

En marzo de 2011 ingresó a la Cámara de Diputados una moción parlamentaria que tenía por objeto establecer una mayor equidad y seguridad en el acceso al derecho de agua como un derecho esencial. Durante su tramitación, el proyecto de ley se transformó en una modificación integral del Código de Aguas. La necesidad de someter a CI fue planteada tanto por las comunidades y organizaciones indígenas como por la autoridad. De hecho, el Director de la DGA indicó que eran tres las materias que debían ser expresamente consultadas: i) la transferencia y gravamen de derechos de aprovechamiento destinados a usos ancestrales que proceden sólo entre comunidades (indígenas); ii) la regularización de derechos de aguas en territorios indígenas; y iii) la exención del pago de uso de patente por el no uso de agua, en beneficio de indígenas y comunidades indígenas³². De lo anterior, se desprende que, a juicio del Ejecutivo, la afectación directa de los pueblos indígenas se circunscribía a las hipótesis y disposiciones detalladas anteriormente, siendo la regulación del recurso hídrico *per se* una de alcance

³² Informe de la Comisión de Recursos Hídricos de la Cámara de Diputados, año 2015: 66-67.

general que no supone una afectación directa y específica en los términos del Reglamento que justifique la consulta indígena previa.

En marzo de 2009, el Ejecutivo ingresó a la Cámara de Diputados el Proyecto de Acuerdo que buscaba la aprobación de la revisión hecha en el año 1991 del Convenio para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPVO) de 1961. Este convenio tenía por objeto asegurar un marco jurídico que permitiera garantizar al obtentor de una nueva variedad vegetal un adecuado reconocimiento al derecho sobre la variedad que es de su creación. Durante su discusión legislativa, los parlamentarios no levantaron la necesidad de someter el proyecto a CI. Sin embargo, el tema fue llevado al Tribunal Constitucional, el cual descartó el requerimiento por razones de forma y fondo, señalando en definitiva que el convenio puede afectar a los indígenas de manera indirecta y que sus derechos se encontraban protegidos. Además, indicó que si se utilizan libremente variedades vegetales protegidas se está en igualdad de condiciones y derechos que el resto de los agricultores. En definitiva, el Tribunal Constitucional señaló que la afectación sería indirecta, porque el tratado no distinguía en cuanto a sus efectos entre indígenas y no indígenas³³.

Finalmente, en el año 2011 el Ejecutivo presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto de ley que dio origen a la Ley 20.657 del año 2012, que tenía como objetivo principal garantizar el uso sustentable del recurso pesquero. Con este objetivo, el proyecto original contemplaba una modificación al sistema de toma de decisiones administrativas; incorporando la investigación científica independiente; una nueva regulación de acceso a los recursos hidrobiológicos; modificaciones a la regulación del sector pesquero artesanal y el fraccionamiento de las pesquerías. Ante su ingreso, el anteproyecto no fue sometido a CI, no obstante, durante su discusión en Sala, fue levantada la necesidad de someterlo a CI basándose principalmente en una eventual afectación a los derechos que la Ley Lafkenche le otorga a los pueblos indígenas en el espacio costero. Frente a este argumento, el Ejecutivo indicó que el proyecto no produciría una afectación directa a los pueblos indígenas, pues no regularía una materia de su interés directo, sino que sólo existiría una aspiración de los Lafkenche a que el proyecto les asignará una cuota de pesca, lo que estaría fuera de los objetivos del proyecto y constituiría una mera expectativa. El sometimiento a CI pasó a ser el tema central de la discusión y fue llevado al Tribunal Constitucional, que no llegó a pronunciarse acerca del fondo del asunto. En esta instancia, el Ejecutivo reiteró su tesis que no existiría afectación directa, dado que se trataba de una legislación de alcance general que no afectaría a los pueblos indígenas, especialmente, cuando se encuentren resguardados por alguna legislación especial, que les reconoce derechos en este sentido. Y es que en caso de hacerlo, alcanzaría a los indígenas y no indígenas de una manera similar, no existiendo así especificidad en la afectación³⁴.

³³ Cfr. Fallo 1988-2011. Existe voto de minoría de los ministros Carmona y García que señalaron que existía una afectación directa por cuanto el convenio se relaciona con la tierra y el cultivo, que sería parte esencial de la cultura indígena, no obstante, la omisión de la consulta no conllevaría la inconstitucionalidad del proyecto, por tratarse el Convenio 169 de una norma infraconstitucional.

³⁴Fallo Rol 2387, especialmente considerando 17.

4.3. Aplicabilidad de la CI a la PCT

El artículo 7 del Reglamento establece que pueden someterse a CI tanto proyectos de ley, como partes específicas de éstos, cuando éstos sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Considerando entonces los criterios de afectación directa, especificidad y significancia desarrollados en la sección anterior, es posible descartar que la totalidad de un proyecto del ley de modernización del SEIA que contenga una PCT deba ser objeto de CI, por tratarse éste de una modificación a un procedimiento administrativo consagrado en una norma de carácter general que rige para todos los habitantes del territorio de la República, sin que tenga una aplicación o efecto diferenciado para las distintas etnias que habitan el país.

Ahora bien, un reciente informe de la OIT³⁵ estableció que la incorporación de una PCT al SEIA justificaría que esa parte del proyecto deba ser objeto de CI, en la medida que ésta implique modificaciones legislativas en lo referido a la consulta de los pueblos indígenas. Es decir, sólo en cuanto la PCT implique modificar el actual procedimiento de CI que rige y aplica para el SEIA, dicha parte del proyecto deberá ser consultada con los pueblos indígenas. Cabe preguntarse entonces, ¿cómo podría la PCT modificar el actual procedimiento de CI del SEIA? Siguiendo el raciocinio de la OIT, la respuesta sólo puede encontrarse en la posibilidad de que la PCT que se incorpore al procedimiento de evaluación, contemple la posibilidad de que se adopten en él decisiones que afecten o modifiquen el normal desarrollo de la CI que deberá realizarse con motivo del proceso de evaluación ambiental, efecto que sólo es posible si la PCT permite a los titulares de proyectos y comunidades indígenas, alcanzar acuerdos vinculantes que no puedan ser revisados o modificados con la CI.

En efecto, si como parte del proceso participativo que se propone anticipar, no sólo se obtienen TRA que sirvan de base para que los titulares preparen sus respectivos EIA, sino que además dicha instancia participativa faculta a los titulares de proyectos para llegar a acuerdos con las comunidades indígenas, que posteriormente no puedan ser revisados o modificados en la CI que se realice con motivo de las medidas de compensación, mitigación y reparación que el titular proponga durante la evaluación ambiental y que deben necesariamente ser objeto de una CI, entonces el proyecto de ley que proponga dicha PCT deberá también ser objeto de CI.

Por el contrario, un proyecto de ley que proponga una PCT en la cual no se de lugar a que los titulares de proyectos y comunidades indígenas puedan alcanzar acuerdos en una instancia participativa anticipada no debiera ser objeto de CI, toda vez que dicha instancia no tendría efecto alguno sobre la CI que deberá llevarse a cabo para consultar a los pueblos indígenas las medidas de compensación, mitigación y reparación que proponga el titular

³⁵ Cfr. Informe de la Comisión de Expertos (CEACR) en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OT, de fecha 8 de febrero de 2019, páginas 668-670.

del proyecto para enfrentar los impactos que sean identificados durante la evaluación ambiental. Y es que la sola incorporación de un proceso participativo anticipado no afecta en nada a las comunidades en su calidad de indígenas, en la medida que dicho procedimiento tenga por finalidad exclusiva definir algunos elementos esenciales del EIA de índole estrictamente ambiental, elementos todos que serán posteriormente evaluados y debidamente consultados, conforme a las reglas generales que contempla la normativa ambiental vigente.

Lo anterior, es plenamente coherente con lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto al proyecto de acuerdo de Convenio UPOV, y por el Ejecutivo respecto a la Ley General de Pesca y Acuicultura, en cuanto a que la regulación de un proyecto de ley, en lo relativo a un proceso de participación ciudadana temprana, no afectaría de manera específica a los pueblos indígenas, especialmente cuando sus derechos de participación ya se encuentran resguardados por la CI existente.

Finalmente, incluso en el caso que se sostuviera la existencia de una eventual afectación a los derechos de los pueblos indígenas por la incorporación de una PCT, que tenga por finalidad exclusiva evaluar anticipadamente algunos componentes ambientales, está sería indirecta o remota y alcanzaría a los indígenas y no indígenas de una manera similar, ya que la instancia participativa no distingue entre los sujetos a quienes afecta. Así, no existe especificidad en la afectación, ni tampoco una de significancia explícita razonada, especialmente, si se tiene en consideración que de la sola regulación de la PCT propuesta, no puede advertirse una incidencia al proceso de CI existente. Por otra parte, desde la perspectiva de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que se deben seguir para efectos de determinar la procedencia de la CI, puede afirmarse que resultaría desproporcionado el sometimiento a CI de aquella parte del proyecto de ley que proponga una PCT, por el sólo hecho de contemplar una PCT, sin que se identifique expresamente cómo ésta puede incidir a la CI existente.

Por tanto, sólo cabe concluir que aquella parte del proyecto de ley que establezca una instancia del PCT, en la cual se permita que titulares y comunidades indígenas alcancen acuerdos vinculantes que puedan incidir de alguna manera en la CI, deberá ser, a su vez, objeto de CI.

4.4. Consulta Indígena y Participación Ciudadana Anticipada

Ni el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (RSEIA)³⁶ ni el de Consulta Indígena³⁷ establecen una oportunidad específica para efectuar la CI de la RCA, entendida como medida administrativa susceptible de ser objeto de consulta. No obstante, el artículo 8 de este último Reglamento establece que las RCA deben ser consultadas de acuerdo a la

³⁶ Decreto Supremo 40 de 2012 del Ministerio de Medio Ambiente.

³⁷ Decreto Supremo 66 de 2011 del Ministerio de Desarrollo Social.

normativa del SEIA y dentro de los plazos que ésta regulación dispone, debiendo, por tanto, realizarse la CI durante la evaluación ambiental.

Dado que el SEIA contempla actualmente un proceso de PAC a través del cual se somete a consideración de la ciudadanía el EIA presentado por el titular, o bien la DIA cuando el proyecto genera cargas ambientales, el SEA ha optado por ejecutar en esa oportunidad una instancia paralela de CI, en todos aquellos proyectos de inversión que pueden afectar a poblaciones indígenas. No habiendo cambios normativos en la legislación que regula la CI, ésta deberá entonces continuar desarrollándose en los mismos términos y oportunidad en que hoy se realiza. No obstante, al ser la PCT una instancia participativa, en los mismos casos en que los proyectos de inversión deban realizar una CI por representar la aprobación de su RCA una posible afectación a poblaciones indígenas, debarán también realizar una PCT diferenciada que permita la participación efectiva e incidente por parte de los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, haciéndose cargo de sus particularidades culturales, de su cosmovisión y lenguaje, entre otros, complementando así la CI a realizarse en el marco de la evaluación ambiental.

Ahora bien, esta instancia diferenciada de participación indígena dentro de la PCT, no tiene por finalidad reemplazar la CI, ni modificar las competencias del SEA en esta materia. Por el contrario, la PCT diferenciada no implica establecer múltiples instancias de participación temprana, sino en considerar en la PCT, una instancia exclusiva para los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (GHPPI) susceptibles de ser afectados de manera directa por la realización de un determinado proyecto de inversión. Para ello, esta instancia diferenciada debe contar con un facilitador especializado en la cultura y cosmovisión de la etnia de los GHPPI, rol que debieran ejercer terceros independientes inscritos en un registro que lleve para estos efectos el Ministerio de Desarrollo Social.

Así, será el SEA quien lleve adelante la PCT, debiendo requerir la intervención de terceros acreditados para la realización de esta instancia diferenciada, la cual deberá además articularse con la CI que se desarrollará durante la evaluación ambiental. Para ello, en caso que haya GHPPI, los TRA deberán incorporar los antecedentes, actas, y/o resultados que se hayan levantado durante esta instancia de la PCT diferenciada, de forma que el SEA pueda utilizarlos adecuadamente en la CI.

V. CONCLUSIONES

El SEIA requiere reformas que le entreguen mayor certeza jurídica tanto a los titulares de proyectos de inversión como a las comunidades a fin de evitar la judicialización generada por arbitrajes regulatorios con fines especulativos. Las principales fuentes de incertidumbre responden a tres tipos insuficiencias normativas, a saber, las del proceso participativo en cuanto a oportunidad, ámbitos de aplicación e incidencia, la falta de densidad normativa de los espacios regulatorios colectivos y de ordenamiento territorial,

y la débil autonomía del SEA para ponderar adecuadamente las consideraciones políticas y técnicas en el procedimiento de evaluación ambiental.

Para salvar las actuales deficiencias de la PAC, se requiere establecer una instancia de participación ciudadana temprana vinculante para aquellos proyectos de inversión que cumplan con ciertos requisitos preestablecidos como, por ejemplo, que deban ingresar al SEIA a través de EIA. Una PCT de esta naturaleza permitirá darle mayor certeza jurídica a los titulares de proyectos, a los órganos del Estado que participan en la evaluación ambiental y a las comunidades y grupos de interés, anticipando su judicialización y ordenando las oportunidades y recursos a través de los cuales podrán abrirse instancias de reclamación. Asimismo, permitirá incrementar la cantidad y calidad de la información sobre el área de influencia del proyecto, características locales para su diseño e identificación de impactos ambientales, adelantando y circunscribiendo los requerimientos que planteen los OAECA en la etapa posterior de evaluación, contribuyendo a reducir el riesgo de los proyectos de inversión y los plazos totales de tramitación, al contar el titular y los órganos evaluadores con información más completa y fidedigna, evitando con ello las actuales suspensiones del procedimiento que los titulares suelen presentar entre ICSARA y adendas. La PCT permitirá además, reducir, o al menos mantener sus actuales plazos de tramitación.

Ahora bien, considerando los criterios de afectación directa, especificidad y significancia que determinan la aplicabilidad del CI a proyectos de ley, es posible descartar que la totalidad de un proyecto del ley de modernización del SEIA que contemple una PCT deba ser objeto de CI por tratarse éste de una modificación a un procedimiento administrativo consagrado en una norma de carácter general que rige para todos los habitantes del territorio de la República, sin que tenga una aplicación o efecto diferenciado para las distintas etnias que habitan el país. Asimismo, siguiendo el informe de la OIT puede concluirse que sólo se justificaría que la parte del proyecto de ley que establece la PCT sea objeto de CI, en la medida que ésta implique modificaciones legislativas en lo referido a la consulta de los pueblos indígenas, es decir, sólo en cuanto la PCT permita a los titulares de proyectos y comunidades indígenas alcanzar acuerdos vinculantes, que no puedan ser revisados o modificados con la CI.

Finalmente, la PCT debe contener una instancia de participación indígena diferenciada que se haga cargo de las diversidades y particularidades de GHPPI, sirviendo de complemento a la CI que deberá, en dicho caso, realizarse en el marco de la evaluación ambiental. Esta instancia diferenciada permitirá cumplir de mejor manera los estándares internacionales, al propiciar espacios de diálogo previos, de buena fe y de manera continua con las comunidades indígenas.

Por su parte, en cuanto a las insuficiencias normativas y orgánicas, debemos avanzar simultáneamente en densificar y robustecer la normativa de instrumentos de gestión ambiental de primer y segundo orden tales como normas de calidad, de emisión e

instrumentos de ordenamiento territorial, además de profesionalizar los Tribunales Ambientales y fortalecer la independencia del SEA para tomar decisiones, dotándolo de atribuciones y facultades para gestionar y administrar el SEIA y decidir respecto del alcance de las consultas que éste requerirá de los OAECAs en el procedimiento de evaluación ambiental.