

LAS RAZONES DE LA CONFLICTIVIDAD DEL SECTOR ELÉCTRICO: EL CASO DE LA CONSULTA INDÍGENA

Pilar Moraga Sariego¹

Resumen

La oposición de terceros a la realización de proyectos del sector eléctrico se atribuye de manera usual a una cierta “percepción” de la ciudadanía que, “desinformadamente”, decide iniciar acciones judiciales en contra de los proyectos eléctricos por el temor a los eventuales impactos ambientales y sociales que estos puedan producir. Sin embargo, la conflictividad expresada a través de la “judicialización” de los proyectos del sector busca más bien encontrar un punto de equilibrio entre el desarrollo eléctrico nacional y el respeto a los derechos de las personas consagrados en nuestro marco jurídico, como consecuencia de la ausencia de una política energética sustentable.

Introducción

El informe preparado por la Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico, de noviembre 2011, reconoce la conflictividad existente en el sector eléctrico y explica que esta encuentra su origen en la percepción de la sociedad según la cual los estándares sociales y ambientales de los proyectos del sector no son los adecuados y en la preocupación de la sociedad por la protección del medio ambiente y los impactos sociales del desarrollo eléctrico. A lo anterior se suma la idea de la sociedad de que las decisiones se adoptan en base a “criterios tecnócratas y beneficios privados”. El informe se preocupa de analizar dichas “percepciones” con el fin de mejorar la credibilidad de la política y

¹ Abogada U. de Chile, Dr. en Derecho Universidad de Lille - Francia, Investigadora Académica, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

disminuir los conflictos.² Sin embargo, pareciera ser que la conflictividad va más allá de la sola “percepción social” y que lo que está en juego en realidad es el equilibrio entre el desarrollo energético y el respeto a los derechos de las personas.

Tal conflictividad se profundiza en un contexto carente de política energética explícita y orgánica que considere los aspectos económicos, sociales y ambientales del sector en una óptica de desarrollo sustentable; de regulación suficiente en ámbitos como el ordenamiento territorial, el proceso de consulta indígena consagrado en el Convenio 169 de la OIT y de evaluación ambiental estratégica operativa, todo lo cual presiona al sistema de evaluación de impacto ambiental a resolver problemas sociales que están fuera de su vocación legal.

En esta perspectiva, el presente trabajo contextualizará, en una primera parte, la conflictividad llevada a tribunales por terceros en oposición a proyectos del sector eléctrico, para luego analizar la conflictividad desde la perspectiva de la implementación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, en el marco de la jurisprudencia reciente.

1. Antecedentes de la conflictividad del sector eléctrico

El desarrollo del sector eléctrico ha experimentado un aumento progresivo del nivel de conflictividad durante la tramitación de proyectos. Se trata de una realidad que es transversal a todo tipo de fuentes, renovables convencionales y no convencionales, y no renovables, y más intensa en el caso de megaproyectos hidroeléctricos y termoeléctricas a carbón. La oposición de los terceros encuentra su origen en diversas causas, las cuales se describen a continuación.

1.1. Las razones de la conflictividad

El documento de la Comisión Nacional de Energía “Política energética: Nuevos lineamientos” identifica algunas de las causas de la conflictividad social generada en el marco de la tramitación de los proyectos del sector eléctrico, entre las cuales destacan las siguientes:³

- Los beneficios de los proyectos energéticos son generales, pero sus impactos locales, situación que favorece la oposición entre los intereses de las comunidades con los objetivos establecidos en materia

2 Informe de la Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico, noviembre 2011, p. 137.

3 Comisión Nacional de Energía, “Política energética: Nuevos lineamientos. Transformando la crisis energética en una oportunidad”, 2008, p. 91.

energética a nivel nacional.⁴ A su vez, los impactos locales tienen un efecto global, que Chile debe considerar en su estrategia energética para efectos de cumplir con sus compromisos internacionales.⁵

- Los proyectos energéticos no son intensivos en mano de obra.⁶
- Dado el sistema impositivo, los proyectos energéticos no generan muchos recursos tributarios para la comuna donde se instala el proyecto.⁷
- Falta de regulación del uso territorial. En esta materia, el documento de la Comisión Nacional de Energía reconoce la importancia de contar con una estrategia nacional de gestión integrada de cuencas, que facilite la articulación de los diversos usos del territorio y así simplifique “el proceso de implantación de proyectos energéticos”.⁸
- Ubicación de proyectos energéticos en zonas indígenas. La Comisión Nacional de Energía subraya la oportunidad que representa la implementación del Convenio 169 de la OIT para regular los derechos de los pueblos indígenas en armonía con el desarrollo energético y, de esta manera, reducir el nivel de oposición existente.⁹

Las causas de los conflictos generados en torno a proyectos del sector eléctrico identificadas por la Comisión Nacional de Energía, según lo expuesto anteriormente, coinciden en gran parte con las causas de conflictividad identificadas en el estudio de la Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile sobre “Análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la inversiones del sector energía”.¹⁰ implementación

4 Ibid., p.51.

5 Ibid. En la XV Conferencia de las partes de la Convención de Cambio Climático que tuvo lugar en Copenhagen (Dinamarca) en 2009, Chile se comprometió voluntariamente a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en 20% al año 2020. En la XVI Conferencia de las Partes que tuvo lugar el año siguiente en Cancún (2010), Chile confirmó este compromiso. Dado el estado actual de las negociaciones, es altamente probable que este compromiso se transforme en obligatorio a partir de 2015.

6 Comisión Nacional de Energía, op. cit., p. 91.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Fundación Facultad de Derecho, Estudio “Análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la in-

del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, mecanismo de participación ciudadana, inadecuada distribución de las cargas ambientales, insuficiencia del sistema de evaluación de impacto ambiental en la definición de una estrategia energética nacional y determinación de la línea de base.¹¹

Además, este trabajo deja constancia de la relación que existe entre el tamaño de los proyectos y el nivel de oposición a los mismos, expresado a través de la presentación de acciones y recursos en sede administrativa y judicial. Así, entre mayor es la envergadura del proyecto, mayor es el nivel de oposición de terceros, tal como se puede observar en el cuadro presentado a continuación.

Cuadro N° 1: Magnitud de los proyectos eléctricos y nivel de conflictividad

PROYECTO	MW INSTALADOS	TOTAL DE RECURSOS PRESENTADOS
HidroAysén	2.750	23
Castilla	2.354	19
Los Robles	750	17
Achibueno	135	12
Alto Maipo	530	10
El Tatio	n/a	9
Pacífico	350	7
Patache	110	6
Campiche	270	6
San Clemente	6	4
Línea de transmisión Loncoche-Villarrica	n/a	2
Pirquenes	50	1
Parque Eólico Chiloé	112	1

Fuente: Fundación Facultad de Derecho, Estudio análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en las inversiones del sector energía”, enero 2012, p.182. Universidad de Chile, realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

versiones del sector energía”, (Universidad de Chile) 2012. Realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

11 Ibid., p. 181.

La conflictividad se concreta, en la mayor parte de los casos, en la presentación de acciones judiciales de parte de terceros a los proyectos, las cuales en su mayoría son rechazadas por los Tribunales de Justicia.

1.2. Contexto de la conflictividad en sede judicial y sus resultados

La mayoría de los recursos judiciales presentados contra los proyectos más emblemáticos del sector eléctrico son recursos de protección interpuestos en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Estos son presentados por terceros a los proyectos (personas naturales o jurídicas, organizaciones ciudadanas, alcaldes, diputados y/o senadores) en contra de la autoridad (COREMA regional/Comisión de Evaluación, Dirección Ejecutiva de CONAMA/Dirección ejecutiva del SEA, Secretarías Regionales Ministeriales, tales como SEREMI de Salud o Dirección General de Aguas).¹²

Sin embargo, el efecto de la intervención de terceros en la aprobación de los proyectos es más bien menor, pues, en su mayoría, los recursos son rechazados. El rechazo se funda, en numerosos casos, en un análisis formal del proceso de dictación de los actos administrativos impugnados, pues se considera que la naturaleza del recurso de protección no permite pronunciarse sobre el fondo, tal como se desprende de los términos del fallo relativo al proyecto los Robles:

Que, conforme lo señalado precedentemente, la Resolución Exenta 214-08 ha sido dictada de conformidad con la legislación ambiental vigente, sin que exista reproche alguno en cuanto a su legalidad, pero además, las discusiones ambientales de fondo, que en esta Sede no es posible analizar en consideración a la naturaleza del recurso, han sido formuladas a la autoridad correspondiente, haciendo uso de los recursos legales y han sido debidamente considerados y aceptados conforme a las razones científicas y técnicas que en cada caso se señala, desestimándose otras, también en forma fundada.¹³

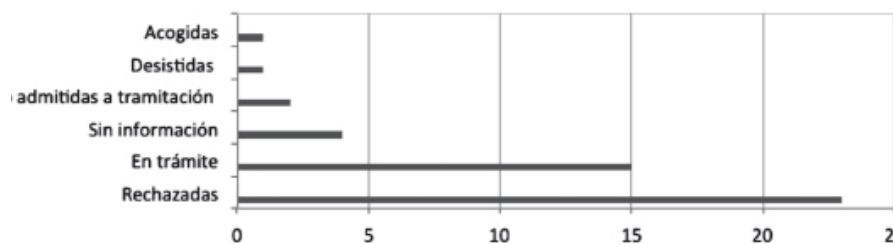
Dichos argumentos le sirven en este caso, a la Corte de Apelaciones de Talca, para desestimar el recurso de protección presentado por terceros en contra de la Resolución que califica favorablemente el proyecto termoeléctrico Los Robles.

¹² *Ibíd.*, p. 82.

¹³ Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°72-2009, sentencia del 27 de noviembre de 2009, considerando undécimo.

Asimismo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, en el marco del análisis del recurso de protección presentado en contra de la resolución que califica favorablemente el Proyecto Línea de Transmisión Loncoche-Villarrica, señala que “la resolución exenta recurrida es la consecuencia de la aplicación de un procedimiento legalmente reglado, el que ha cumplido con las diversas etapas que lo constituyen, incluyendo la consulta a los servicios involucrados, todos los cuales, menos uno, informaron favorablemente el proyecto sometido a Evaluación de Impacto Ambiental”,¹⁴ con lo cual se concluye que “el acto consistente en la dictación de la resolución exenta N° 16 no es ilegal ni arbitrario, por lo que tampoco se ha infringido el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”.¹⁵ Los mismos argumentos se utilizan en el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que rechaza el recurso de protección presentado contra la resolución que califica favorablemente el Proyecto Eólico Chiloé “Que al no existir un acto arbitrario o ilegal, es innecesario analizar la transgresión de las garantías constitucionales que el recurrente estima amagadas”.¹⁶

Gráfico n°1: Resultados de las acciones presentadas por terceros en oposición a proyectos del sector eléctrico



Fuente: Fundación Facultad de Derecho, Estudio análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la inversiones del sector energía”, enero 2012. Universidad de Chile, realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

14 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°150-2011, sentencia del 3 de mayo de 2011, considerando vigésimo.

15 *Ibíd.*, considerando vigésimo primero.

16 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°239-2011, sentencia del 11 de octubre de 2011.

En el contexto antes descrito, en que la gran mayoría de los recursos presentados por terceros que se oponen a los proyectos del sector eléctricos en sede judicial son rechazados, el gran efecto de la judicialización es el retraso de los proyectos, lo que en términos económicos no parece ser muy relevante para la ejecución de los mismos.¹⁷ En todo caso, cabe resaltar que la oposición de los terceros a los proyectos eléctricos no es antojadiza y que se fundamenta en diversos argumentos, los cuales se analizan a continuación.

1.3. Argumentos utilizados por terceros para justificar su oposición

Los fundamentos de las acciones judiciales presentadas por terceros dicen relación, en su mayoría, con cuestiones de fondo referidas principalmente a: a) vulneración de derechos, b) ilegalidad o arbitrariedad de la resolución que califica ambientalmente el proyecto, en razón de la inadecuada ponderación de las observaciones o ausencia del procedimiento de consulta indígena, deficiencias en la definición de la línea de base del proyecto.¹⁸

a. Vulneración de derechos. Es posible observar que gran parte de la oposición de terceros a los proyectos del sector eléctrico más emblemáticos se fundamenta en la vulneración de ciertos derechos, como el derecho a la vida (artículo 19 N° 1 CPR), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 CPR), el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 CPR), el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N° 21 CPR) y el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 CPR).¹⁹

b. Ilegalidad de la RCA. La mayoría de las acciones judiciales (en gran parte recursos de protección) iniciadas en contra de los proyectos del sector eléctrico dicen relación con la resolución que lo califica ambientalmente (RCA)²⁰ y excepcionalmente respecto de actos trámites, aquellos dictados en el marco de un procedimiento administrativo, dando curso progresivo al mismo.²¹ Lo

17 Fundación Facultad de Derecho, op. cit., p. 188 y ss.

18 *Ibid.*

19 A diferencia del recurso previsto en caso de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 9°, 11°, 12°, 13°, 15°, 16°, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25°, del artículo 19 de la CPR, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, la CPR establece en el caso de la garantía constitucional del número 8 de la misma disposición lo siguiente: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

20 *Ibid.*, p. 83.

21 Bermudez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing) 2010, p. 84.

anterior se explica por el hecho de que la doctrina jurisprudencial ha sido, durante largo tiempo, reacia a aceptar que los actos trámites o intermedios tuvieran la aptitud de privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales cautelados por el recurso de protección, tendencia que ha ido tomando una orientación en el sentido contrario. Respecto de esta nueva orientación, cabe recordar el caso del proyecto Central Hidroeléctrica Río Cuervo, en el marco del cual se interpuso acción de protección “contra el Servicio de Evaluación Ambiental de Aysén, por la existencia de un acto arbitrario o ilegal que amenazaría y/o vulneraría las garantías constitucionales incluidas en los numerales 1, 2 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, consistente en la emisión del Informe Consolidado de Evaluación” (ICE).²² El fundamento de la arbitrariedad o ilegalidad alegadas por el recurrente en ese caso, se basaba en la omisión de un informe técnico recomendado por el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), relativo al riesgo que generaba el proyecto respecto de la población “en relación a la falla Liquiñi-Ofqui y la actividad volcánica de la zona”.²³ La Corte Suprema acogió el recurso, declarando la ilegalidad del ICE, la que constituía a su juicio una amenaza a las garantías consagradas en el número 1 y 8 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República. En este orden de ideas, la Corte resolvió que, previo “a pasar el estudio de impacto ambiental a la Comisión de Evaluación Ambiental para que ésta se pronuncie respecto de la aprobación o rechazo del proyecto “Central Hidroeléctrica Cuervo”, el titular del proyecto debe realizar el estudio de suelo indicado por el SERNAGEOMIN, “el que deberá ser incluido en el informe consolidado de evaluación que servirá de base al pronunciamiento de dicha Comisión”.²⁴ De esta manera, la Corte confirmó al menos dos de los criterios utilizados en el fallo de Central Castilla: 1) “Que los pronunciamientos sectoriales cuando son vinculantes tienen efectos invalidantes de la evaluación ambiental en general”, y 2) “que esos actos trámites cualificados, son susceptibles de impugnación autónomamente”.²⁵

22 Corte Suprema, Rol N°2463-2012, sentencia del 11 de mayo de 2012, considerando tercero.

23 *Ibíd.*

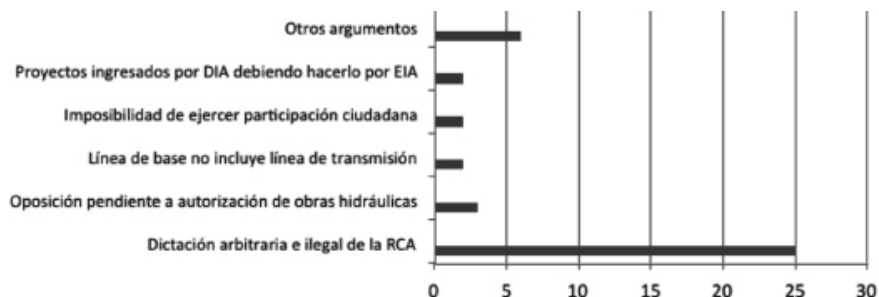
24 *Ibíd.*, considerando décimo.

25 Cordero, Luis, “Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla: Un caso de Derecho Administrativo Procedimental”, en *Justicia Ambiental*, 3, (Fiscalía Nacional del Medio Ambiente) 2011, p. 200 y ss.

Defectos en el proceso de participación ciudadana y consulta indígena. También es posible advertir que, en gran número de casos, los terceros reclaman la vulneración al principio de participación ciudadana (Central Termoeléctrica Los Robles, Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo, entre otros), incluyendo alegaciones fundadas en defectos en la aplicación del procedimiento de consulta indígena prevista en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por nuestro país.²⁶ Lo anterior ha dado lugar a alegaciones fundadas en que el ingreso del proyecto no se debió realizar vía Declaración, sino por Estudio (Parque Eólico Chiloé).

Área de influencia del proyecto (*línea de base*). Otro fundamento de las acciones de terceros respecto de los proyectos eléctricos es la distinta interpretación del área de influencia del proyecto, cuestión que ha sido debatida a propósito de varios de los proyectos del sector eléctrico (Proyecto hidroeléctrico Hidroaysén o Proyecto hidroeléctrico Alto Maipo).

Gráfico n°2: Argumentos de terceros en oposición a proyectos eléctricos en sede judicial



Fuente: Fundación Facultad de Derecho, Estudio análisis de casos de recursos administrativos y judiciales relacionados con la tramitación de permisos para proyectos del sector eléctrico y sus efectos en la inversiones del sector energía”, enero 2012. Universidad de Chile, realizado por encargo de la Subsecretaría de Energía.

²⁶ Decreto 236, Ministerio de Relaciones Exteriores, 14 de octubre de 2008.

Así, es posible concluir que las reclamaciones en juicio efectuadas por terceros respecto de los proyectos eléctricos se fundamentan en argumentos que persiguen el restablecimiento del equilibrio entre el desarrollo de una actividad económica y el respeto de los derechos de las personas.

Es necesario precisar que la ausencia de una definición del Estado en ciertas materias (política energética, ordenamiento territorial, implementación del convenio 169, implementación de la evaluación ambiental estratégica) alimenta el nivel de conflictividad. El análisis de la jurisprudencia reciente en materia de la implementación del Convenio 169 da cuenta de manera muy clara cómo la diversidad de interpretaciones entre los terceros a los proyectos y la autoridad ambiental, en un terreno de indefinición normativa, favorecen la conflictividad en el sector eléctrico.

2. La conflictividad desde la perspectiva de la implementación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT

El artículo 6 N°1, letra a) del Convenio 169 establece la necesidad de “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”. A su vez, el número 2 de la misma disposición prescribe que: “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”.

Varios de los casos judiciales iniciados en contra de los proyectos eléctricos más emblemáticos se han fundamentado en la ausencia o en la defectuosa aplicación del procedimiento de consulta indígena antes descrito.

El conflicto en este caso se genera por la diversa interpretación entre la autoridad ambiental y los terceros al proyecto respecto de la procedencia o improcedencia de este mecanismo de “consulta”, pero también sobre el modo de hacerla efectiva, tal como se deja constancia a continuación.

2.1. Incumplimiento del procedimiento de Consulta indígena del Convenio 169 de la OIT

La revisión de la jurisprudencia reciente permite constatar la diversa visión que existe entre la autoridad ambiental y los terceros que se oponen a la ejecución de proyectos del sector eléctrico respecto de cuándo procede aplicar el

mecanismo de consulta consagrado en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por nuestro país, y también sobre su contenido.

Tal diferencia interpretativa es una de las razones que explican la conflictividad generada en el sector eléctrico, tal como se observa, por ejemplo, en el caso del Parque Eólico Chiloé, en el marco del cual la Comunidad Indígena Antu Lafquen presentó una acción cautelar de protección contra la Resolución Exenta N°373/2011, de 18 de agosto de 2011, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de los Lagos que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé”. La Comunidad consideró que tal decisión era ilegal y arbitraria, pues el proyecto debió ingresar al sistema por medio de Estudio de Impacto Ambiental, en conformidad al Artículo 11 de la Ley 19.300, con lo cual se violaban las garantías del Artículo 19 n°2 y n°21 de la CPR.²⁷ Asimismo, la comunidad fundó un segundo reproche de ilegalidad en la ausencia del deber de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT.²⁸ La acción fue acogida por unanimidad por la Corte Suprema en fallo del 22 de marzo de 2012, el cual dispuso que el proyecto debía someterse a un estudio de Impacto Ambiental, “cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto por los artículos 26 al 31 de la Ley 19.300 se rija por los estándares del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales”.²⁹

El contenido del fallo antes citado se condice con los términos de una resolución de la Corte Suprema en materia minera, dictada el 30 de marzo del mismo año, que acogió la acción cautelar presentada por los comuneros de la Quebrada de Tarapacá en contra la Resolución exenta N°81/2011 de la Comisión de Evaluación de la Región de Tarapacá, que calificó favorablemente el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, emplazado en el área de Desarrollo Indígena “Jiwaso Orage”, reconocida por Decreto Supremo N°67.³⁰

En ambos casos, la Corte consideró lesionada la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues la no aplicación de la consulta consagrada en el Convenio niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.

En materia del contenido del procedimiento de consulta, ambos fallos dan cuenta de la insuficiencia de los acercamientos voluntarios respecto de las exigencias o estándares del procedimiento de consulta previsto en el Convenio

27 Corte Suprema, Rol N° 10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando primero.

28 *Ibíd.*, considerando cuarto.

29 *Ibíd.*, considerando undécimo.

30 Publicado en el Diario Oficial el 9 de mayo de 2001.

169 de la OIT. Al respecto, la Corte Suprema señaló que “las reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad acerca de los alcances del proyecto”³¹ o bien “el compromiso voluntario de realizar socialización mensual, durante la ejecución del proyecto, con la finalidad de informar a las comunidades involucradas de lo realizado, procurando, especialmente, aclarar los alcances de la actividad de prospección”,³² “distan de satisfacer las especiales características que posee” el procedimiento de consulta consagrado en el Convenio 169. Dicha falta “torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía acatar a la autoridad por imperativo legal”.³³

En esta lógica, la Corte Suprema declaró dejar sin efecto las resoluciones de calificación ambiental respectivas³⁴ y estableció la necesidad de realizar un Estudio de Impacto Ambiental en reemplazo de las Declaraciones a través de las cuales los proyectos mencionados ingresaron al SEIA, pues este comprende un procedimiento de participación ciudadana.

La Corte señaló, además, que la aplicación de este procedimiento “deberá ajustarse” a los términos del Convenio 169,³⁵ con lo cual reconoció que el procedimiento de participación ciudadana por sí solo no responde a los requerimientos del mecanismo de consulta previstos por tal Convenio, a diferencia de lo sostenido hasta ahora por la autoridad ambiental en su calidad de recurrida en los casos analizados.

2.2. Suficiencia del procedimiento de participación de la Ley 19.300

Tal como hemos enunciado precedentemente, el análisis de la jurisprudencia reciente permite afirmar que para la autoridad ambiental el procedimiento de participación ciudadana contemplado en la Ley 19.300 es suficiente para responder a la obligación del Estado de Chile referido a la aplicación del mecanismo de consulta indígena consagrado en el Convenio 169 de la OIT. Esta visión discrepa de aquella sostenida por las comunidades indígenas que, por

31 Corte Suprema, Rol N°10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando octavo.

32 Corte Suprema, Rol N°11.040-2011, sentencia del 30 de marzo de 2012, considerando octavo y noveno.

33 Corte Suprema, Rol N°10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando noveno y Corte Suprema, Rol N°11.040-2011, sentencia del 30 de marzo de 2012, considerando noveno.

34 Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Lagos, Resolución Exenta N°373/2011 del 18 de agosto de 2011, Proyecto Eólico Chiloé y Comisión de Evaluación Región Tarapacá, Resolución Exenta N°81/2011 del 29 de agosto de 2011, proyecto Sondajes de Prospección Paguanta.

35 Corte Suprema, Rol N°10.090-2011, sentencia del 22 de marzo de 2012, considerando décimo y Corte Suprema, Rol N°11.040-2011, sentencia del 30 de marzo de 2012, considerando undécimo.

el contrario, consideran necesaria la creación de un mecanismo que garantice el respeto a los estándares del Convenio, lo cual ha sido confirmado por los Tribunales de Justicia. De mantenerse esta asimetría interpretativa respecto de la manera de implementar el procedimiento de consulta indígena en análisis, es altamente probable que el nivel de conflictividad del sector energético no solo se mantenga, sino que se agrave.

En el caso del Proyecto de Línea de Transmisión Loncoche Villarrica, segundo circuito, la autoridad ambiental señaló a propósito de la “supuesta violación” al Convenio 169 de la OIT: “que no existe tal, y por el contrario el SEIA se basa en el principio de la participación ciudadana, por lo que es plenamente conciliable con las normas que informan tal Convenio”. En esta ocasión, la defensa de la autoridad ambiental deja en evidencia la distancia interpretativa existente con las comunidades en esta materia al afirmar “que en todo caso lo alegado por su contraria obedece a una interpretación equívoca del Convenio 169 de la OIT, en cuya virtud pretenden otorgarle un efecto erróneo sobre toda la legislación interna e instituciones, haciendo creer que el SEIA o cualquier otro instrumento aplicado por el Estado no se condice con los principios mencionados en ese Convenio, por lo que deben ser excluidos de nuestro ordenamiento o bien modificados, lo que es una interpretación completamente errada”.³⁶

A semejanza de lo que sucede en casos emblemáticos del sector eléctrico como el antes citado, en el ámbito del sector minero, el caso El Morro confirma de manera muy clara los dichos anteriores en defensa de la recurrida al señalar: “CONAMA se mantuvo en contacto permanente con la directiva, entregándosele el Estudio de Impacto Ambiental en las etapas de participación ciudadana, junto con las copias de la agenda y actas de reuniones efectuadas fuera del periodo de participación ciudadana para recoger sus inquietudes. La comunidad formuló sus observaciones”. Al respecto agrega que el procedimiento de consulta indígena previsto por el Convenio 169 no exige de parte del Estado la creación de un procedimiento reglado, sino que basta con realizar un procedimiento de “buena fe”, conforme a los términos del Convenio, a través de los organismos competentes y normas vigentes en un contexto de flexibilidad, tal como sostuvo el Tribunal Constitucional.³⁷ La autoridad

³⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 150-2011, sentencia del 3 de mayo de 2011, considerando segundo.

³⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 618-2011, sentencia del 17 de febrero de 2012, considerando primero y considerando segundo, confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N° 2211-2012, fallo del 27 de abril de 2012.

ambiental, además, afirma en su defensa que es el procedimiento de participación ciudadana previsto en la Ley 19.300 el idóneo para efectuar el mecanismo de consulta en cuestión: “[...] el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es conciliable con los principios que informan el Convenio 169[...].”³⁸

Cabe destacar que, en ambos casos, la recurrida ha invocado el fallo del Tribunal Constitucional para fundamentar que no es necesario crear nuevas instituciones jurídicas para implementar el proceso de consulta indígena previsto en el Convenio 169.

Del análisis anterior es posible constatar de manera clara la distancia interpretativa existente entre los argumentos de los recurrentes (comunidades indígenas) y los de la autoridad ambiental respecto de la oportunidad y del modo de aplicar el procedimiento de consulta, y las dificultades de suponer que este puede implementarse en el marco del procedimiento de participación ciudadana contemplado en el SEIA. En efecto, la propia Corte Suprema reconoce que la aplicación de este procedimiento de consulta indígena requiere una adaptación de la normativa relativa al procedimiento de participación propio del SEIA. Además, el propio Convenio 169 se refiere a actos legislativos y administrativos, con lo cual no es posible sostener que el SEIA pueda una vez más constituirse como foro para resolver asuntos que se encuentran fuera de su vocación legal. La literatura coincide con esta afirmación al sostener que: “el mero cumplimiento de las disposiciones sobre participación ciudadana establecida en la Ley 19.300 no supone un cumplimiento pleno de la consulta regulada en el Convenio 169”.³⁹

En este contexto es posible admitir que, mientras no exista una visión unívoca y/o al menos consensuada de la manera cómo se implementa el procedimiento de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT, plasmada en la legislación y construida en base a un consenso social, los terceros a los proyectos que se identifiquen como indígenas se sentirán legitimados a iniciar acciones legales en contra de los proyectos que puedan afectar sus derechos.

La conflictividad antes descrita y generada por los problemas en la implementación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, que se traduce en una transgresión al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, deja de manifiesto la importancia de contar con una política

38 Ibid.

39 Precht, Alejandra y Aylwin, Sebastián, “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”, en *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, 2010, p. 459.

energética en la que se reconozca, a semejanza de los textos internacionales, el rol de las comunidades indígenas en la implementación de un desarrollo de tipo sustentable que tome en cuenta los imperativos de desarrollo económico y justicia inter generacional.⁴⁰

Conclusiones

Del análisis efectuado es posible concluir lo siguiente:

- La mayoría de los recursos presentados por terceros en oposición a proyectos del sector energía en sede judicial son recursos de protección fundados en el no respeto de derechos y/o en la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución que califica ambientalmente los proyectos.
- La mayoría de esos recursos son rechazados.
- Existen vacíos normativos que favorecen la conflictividad; por ejemplo, en materia de ordenamiento territorial.
- Una de las razones de la oposición de terceros a los proyectos del sector eléctrico es la no aplicación del mecanismo de consulta a los pueblos indígenas previsto en el Convenio 169 de la OIT suscrito por Chile.
- La ausencia de aplicación del mecanismo de consulta se debe al vacío legal existente en la materia, el que da lugar a distintas interpretaciones sobre la oportunidad, significado y estándares aplicables al procedimiento.
- Que la aplicación del mecanismo de consulta consagrada en el Convenio 169 de la OIT y la dictación de la normativa necesaria para su aplicación es una obligación del Estado y no de los titulares de los proyectos. En esta lógica, la indefinición legal que lleva a la incerteza en la tramitación ambiental de los proyectos del sector no se debe a la “oposición por la oposición” de los terceros a los proyectos del sector eléctrico, sino al incumplimiento por parte de la autoridad de su deber de dictar las normas necesarias para una correcta implementación de la obligación internacional asumida por Chile.
- Que el SEIA no es la instancia idónea para la aplicación del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT, pues la consulta se aplica a actos de la autoridad no necesariamente ambientales y a actos legislativos y porque no cumple con los estándares necesarios.

40 Henderson, Gail, “Rawls and Sustainable Development”, en *McGill International Journal of Sustainable Development, Law and Policy*, 3, 2011.

- La tramitación ambiental de proyectos del sector eléctrico demuestra la injustificada presión que experimenta el sistema de evaluación de impacto ambiental, pues, de existir dificultades en el procedimiento, estas son percibidas por las autoridades gubernamentales como amenazas al desarrollo económico del país, cuando en realidad la responsabilidad de ello escapa al SEIA cuyo único objetivo es determinar –a través de un estudio o declaración de impacto ambiental–, si la actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes (artículo 2, letra j, Ley 19.300) y en ningún caso la definición de si la actividad o proyecto contribuye a responder a las necesidades de abastecimiento energético del país.
- Este debate se debiera abordar y resolver en el marco de la política energética con la que debiera contar el país, la que debiera responder a las exigencias del desarrollo económico y también a las necesidades de protección ambiental y social, siempre respetando los derechos garantizados a las personas por nuestro ordenamiento jurídico.