



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Henríquez Ramírez, Alfonso

PARTICIPACIÓN INDÍGENA: DESARROLLO Y ALCANCES EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN
AMBIENTAL

Ius et Praxis, vol. 19, núm. 2, 2013, pp. 251-300

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19729337008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PARTICIPACIÓN INDÍGENA: DESARROLLO Y ALCANCES EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN AMBIENTAL*

INDIGENOUS PARTICIPATION:
DEVELOPMENT AND SCOPE AROUND THE ENVIRONMENTAL PARTICIPATION

ALFONSO HENRÍQUEZ RAMÍREZ**

RESUMEN

La participación, en sus variadas formas, se ha transformado en un elemento central de la política y de las demandas ciudadanas, destacando a este respecto la llamada participación ambiental. Ésta, a su vez, guarda una estrecha relación con la problemática indígena, dada la especial conexión y dependencia que las comunidades mantienen con su entorno. Es así como se ha reconocido la existencia del derecho a la participación indígena, la cual presentaría algunos puntos de contacto, pero también ciertas particularidades que la diferenciarían de la participación ciudadana, con consecuencias relevantes para la comprensión de este derecho. El trabajo analizará algunos aspectos de la participación indígena en relación a la problemática medioambiental.

ABSTRACT

Participation in its various forms has become an essential element of politics and citizen demands, emphasizing in this regard the so-called environmental participation. This at the same time is closely related to indigenous issues, because of the special connection and dependence that communities have with their environment.

Therefore, the existence of the right of indigenous participation has being recognized, presenting some points of contact, but also certain characteristics that differentiate it of citizen participation, with relevant consequences for the understanding of this right.

The paper will analyze some aspects of indigenous participation in relation to the environmental problematic.

PALABRAS CLAVE

Participación ambiental, Participación indígena, Autodeterminación

KEYWORDS

Environmental participation, Indigenous participation, Self-determination

* Trabajo recibido el 29 de abril y aprobado el 26 de julio de 2013.

** Abogado, Magíster Filosofía Moral, Profesor del Departamento Historia y Filosofía del Derecho, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Correo electrónico: alphenriquez@gmail.com. El autor agradece los comentarios formulados al borrador de este artículo por los profesores Dr. Santiago Montt y Dr. Luis Cordero.

INTRODUCCIÓN

El trabajo tiene como objetivo abordar el concepto de participación indígena y su incidencia en materia ambiental. Ahora bien, la participación es un elemento importante en las democracias contemporáneas, que se justifica por el hecho que a mayor participación, aumenta y mejora el flujo de información disponible, y que al tomar en cuenta los intereses de todos los afectados, la decisión gana en legitimidad. Por otro lado, la participación es un mecanismo que permite distribuir el poder político más equitativamente, permitiendo que los directamente afectados puedan hacer valer sus intereses ante los órganos o instancias respectivas.

En términos ambientales, la participación se ha transformado en un elemento relevante. Así se ha entendido, por ejemplo, la importancia de pasar desde un programa legislativo en donde las decisiones se estructuren según el interés privado, a otro en que sean motivadas por consideraciones de tipo público¹. Esto ha llevado a su recepción en una serie de instrumentos de derecho internacional (Carta Mundial de la Naturaleza, Nairobi, 1982, Declaración de Río, 1992, Convención de Aerhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Dinamarca, 1998) como también nacional, principalmente en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, modificada recientemente por la Ley Nº 20.417².

¹ SERRANO, José Luis, *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 95.

² Tratándose del ordenamiento jurídico nacional, el principio de participación ambiental tiene consagración directa en el art. 4º. Dicho artículo establece que “Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”. Por otro lado, dicha participación es regulada en el Título II “De los Instrumento de Gestión Ambiental”, Párrafo 3º “De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”. Se establece que dentro del plazo de 60 días de publicado el extracto del Estudio de Impacto Ambiental “Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente” (art. 29), debiendo el Servicio de Evaluación Ambiental, considerarlas, hacerse cargo y pronunciarse fundamente sobre ellas en su resolución (art. 30). En el caso de Declaraciones de Impacto Ambiental, “[L]as Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días” (art. 30 bis), la cual se encuentra sometida a restricciones en el sentido que para proceder a ella, debe ser solicitada a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas (art. 30 bis). Esta regulación constituye un paso importante hacia un mejoramiento de los mecanismos de participación, sobre todo en el sentido de tender hacia una nivelación entre los titulares de los proyectos y las comunidades, esto a pesar de que las observaciones ciudadanas no son jurídicamente vinculantes para la administración. Véase: BERMÚDEZ, Jorge, “El acceso a la información pública y la justicia ambiental”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Nº 24, 2010, p. 577. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-6851201000100018&script=sci_arttext [visitado el 10/01/2013].

De esta forma, la participación permite alcanzar la llamada justicia ambiental. Esto concepto alude al diagnóstico realizado por diversos estudios desde los años 70 en Estados Unidos, que concluyeron sobre la desigual situación de grupos particularmente vulnerables de la población (afroamericanos, latinos, personas de escasos recursos), los cuales padecían en forma desproporcionada los efectos contaminantes de actividades productivas o de extracción. Lo anterior encontraba su causa, entre otras razones, en la inexistencia de herramientas participativas, que impedían a estas personas entrar en igualdad condiciones al proceso de toma de decisiones ante la autoridad ambiental.

Si llevamos estas consideraciones al tema indígena, apreciamos algunos aspectos que merecen ser destacados. Así, las comunidades indígenas, producto de las políticas que caracterizaron a los Estados latinoamericanos desde sus orígenes, han tendido a estar sometidas a un modelo tutelar de protección, que les ha impedido determinar sus propias prioridades de desarrollo. Entre los efectos que esto ha generado, están las condiciones de pobreza, discriminación o vulnerabilidad social, que en muchas ocasiones han terminado con la extinción de pueblos enteros. En las últimas décadas, producto del aumento de la demanda de energía y de recursos naturales, su situación se ha visto particularmente comprometida, pues precisamente muchos de estos recursos se encuentran en sus tierras o territorios, lo que ha aumentado las situaciones de conflicto, representando precisamente un grupo de la población respecto a la cual existe una situación de desigualdad ambiental.

Para remediar estos problemas se han impulsado cambios normativos que tienen por objetivo conceder algunos derechos, tales como el derecho a la autodeterminación o a la participación, en todas aquellas actividades que los puedan afectar. Esto ha llevado a un cambio sustancial en la forma de relacionarse con el Estado, toda vez que ahora se entienden como actores de su propio desarrollo. Desde nuestra perspectiva, la participación de la que se habla a propósito de las comunidades indígenas, concretada en la regulación del Convenio 169, es esencialmente una participación que se enmarca dentro de los derechos colectivos, y que permite a estos grupos, lograr un trato más acorde con la justicia ambiental.

Es por ello que para ejemplificar los anteriores desarrollos teóricos y normativos, nos valdremos de tres ejemplos, diversos entre sí, pero unidos por el vínculo de la participación, la autodeterminación y la justicia ambiental. El primer caso que analizaremos será el de la Ley N° 20.249, que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, o también conocida como Ley Lafkenche. Este es un muy buen ejemplo de cómo una comunidad pudo contribuir a proponer, discutir, diseñar y lograr la aprobación de una ley que regula una serie de aspectos especialmente relevantes para su cultura, como es el acceso a los recursos. El segundo caso trata de las áreas de conservación,

en que destacaremos la experiencia de administración del Valle de la Luna, particularmente interesante desde el punto de vista de la autodeterminación. El tercer caso explora parte de la jurisprudencia sobre SEIA en relación al deber de consulta previa del Convenio 169. Veremos cómo la Corte Suprema ha ido clarificando la naturaleza jurídica de la consulta, y la importante relación entre las comunidades indígenas y su entorno.

Para lograr nuestro objetivo, el trabajo estará dividido en cuatro secciones. En la primera, analizaremos el concepto de participación y su justificación. En la segunda, exploraremos la noción de justicia ambiental y su aplicación al problema indígena. En la tercera, examinaremos la participación indígena desde una perspectiva de derechos, centrándonos en sus fundamentos y contenido. Finalmente, en la cuarta sección estudiaremos los nexos que unen la participación indígena con el medioambiente y cómo han impactado en algunas áreas específicas.

1. PARTICIPACIÓN Y DEMOCRACIA

Este apartado, tiene como objetivo analizar el concepto de participación y su fundamento. En el primer caso, distinguiremos diversas formas de entenderla, desde aquellas que la vinculan meramente a la actuación en procesos electorales, hasta otras que la piensan como un mecanismo destinado a influir en las políticas públicas, proponiendo un concepto propio, que es aquel que guiará nuestra investigación. En el segundo caso, diferenciaremos dos clases de fundamentos, uno que coloca el acento en la legitimidad y otro que lo hace en la calidad de la decisión.

1.1. *Precisiones conceptuales*

La participación es un concepto complejo que no admite un único significado. Algunos entienden a la participación como un mecanismo por medio del cual los individuos pueden acceder a cargos de elección popular³; para otros está formada por todas aquellas acciones de los ciudadanos dirigidas a influir en sus representantes⁴ o a tomar parte en los procesos de formulación, decisión e implementación de las políticas públicas⁵; algunos, pensando en términos de sus resultados, entenderán a la participación como destinada a la eficacia

³ NELSON, Joan, *Access to power: Politics and the urban poor in developing nations*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 9.

⁴ MILBRATH, Lester; COEL, M.L., *Political Participation. How and Why do people get involved in politics?*, Rand McNally College Publishing Company, Chicago, 1977, p. 2.

⁵ PARRY, Geraint; MOYSER, George; DAY, Neil, *Political Participation and democracy in Britain*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 16.

y eficiencia de las políticas públicas, al empoderamiento de la ciudadanía, al desarrollo humano, o a la legitimidad democrática⁶.

Estas visiones se ajustan, a su vez, a maneras contrapuestas de entender la democracia, que van desde una democracia pensada como un sistema en que los actores principales son los representantes⁷, en que los representados despliegan un rol más bien pasivo, hasta una democracia que enfatiza la participación ciudadana como medida de una real democratización de la sociedad⁸. Para la primera, la decisiones deberán ser tomadas por la administración, de ahí que una democracia participativa sólo vendría a desestabilizar el sistema; para la segunda, los afectados o interesados por la acción del gobierno deberán tener una mayor participación a la hora de pronunciarse sobre la conveniencia o no de los cambios, de ahí que si no se fortalecen las instancias de participación, el efecto será la apatía y el desinterés por los asuntos públicos, disminuyendo, entre otras, las posibilidades de control de la administración.

Esta disparidad, sin embargo, nos permite apuntar que la participación es más bien una cuestión de grados o, como grafica Sherry, una escalera en la que cada peldaño supone una profundización en la misma⁹. Estos peldaños comienzan con formas amplias de entender a la participación, estando destinadas más bien a educar a los ciudadanos, pasando por instancias de información y consulta en que estos son escuchados, hasta niveles de codecisión, o control ciudadano¹⁰, los cuales vendrían a constituir los sentidos más restringidos del término¹¹.

Teniendo claro lo anterior, la participación puede ser entendida para efectos de este trabajo como la intervención de los particulares en los asuntos de

⁶ MARTÍNEZ, Manuel Ignacio, "Más allá del voto étnico: la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones. Fundamentos analítico-conceptuales para su investigación en América Latina". *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Núm. 49, 2011, p. 65.

⁷ SHUMPETER, Joseph, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Ed. Folio, Barcelona, 1984.

⁸ PATEMAN, Carole, *Participation and Democracy theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970.

⁹ ARNSTEIN, Sherry, "A ladder of Citizen Participation", *Journal of American Planning Association*, Núm. 36, Chicago 1969, p. 217, en HOLDER, Jane; LEE, María, *Environmental Protection, Law and Policy* (2nd ed.), Cambridge University Press, New York, 2007, p. 85.

¹⁰ ARNSTEIN, "A ladder", cit. nota n. 9, p. 87.

¹¹ Las razones que pueden llevar de un peldaño a otro son de variada índole. Veámoslo desde la perspectiva de los tres derechos establecidos por el Convenio Aerhus: derecho a la información, a la participación, y a la justicia. Cada uno representa una etapa que responde a objetivos diversos, así por ejemplo el sujeto primero necesitará tomar conocimiento del proyecto, si este le merece reparos, pasará al siguiente peldaño, y abogará por introducir modificaciones al mismo, si sus derechos no son respetados, entonces podrá hacer valer los recursos que correspondan. En materia indígena, como veremos más adelante, bastará en ocasiones con la consulta previa a las comunidades, en otras, sin embargo, cuando la comunidad corra riesgo de desaparecer, se requerirá además de la consulta, su consentimiento con el proyecto, es decir, pasar a una etapa de codecisión.

interés público en tanto son portadores de intereses sociales, suministrando a la administración algunos medios necesarios para tomar una mejor decisión o legitimando la que se tome, a través del ejercicio de derechos individuales o colectivos. Asumimos, por tanto, que la participación es un principio que distribuye el poder político de manera más equilibrada, organizando la relación entre el agente de desarrollo y las comunidades receptoras¹².

2.2. *Justificación de la participación*

Hoy en día se ha entendido que la democracia no es sólo un conjunto de instituciones formales, como son las elecciones, el parlamento o los partidos, sino que es, ante todo, una forma de enfrentar los problemas públicos a través de la discusión¹³.

Pensar que la democracia se reduce al voto emitido en elecciones regulares sería un error, pues si bien esta práctica es una condición necesaria, no es condición suficiente de la misma. En este sentido se requiere que junto a un funcionamiento adecuado de las instituciones, exista una “sociedad civil vibrante, que pueda ejercer un control del gobierno y de los grupos de intereses y proporcionar formas alternativas de participación política”¹⁴. Lo anterior permite instalar a la participación pública como un componente que es necesario fortalecer para avanzar en la consolidación de la democracia. En este contexto, los procesos de participación sobre los asuntos que afectarán a una parte de la población deberán estar abiertos al escrutinio público, a los argumentos e intereses de los directamente afectados y a la información relevante que puede ser recabada. Una democracia así concebida será un espacio más adecuado para la protección de las minorías, los marginados, las personas de escasos recursos, entre otros, al impedir que se transforme simplemente en lo que las mayorías establezcan, permitiendo el desarrollo y el ejercicio de sus derechos, pero también un sistema que al incorporar una amplia gama de recursos informativos hará de las decisiones más racionales¹⁵.

¹² SALDIVAR, Emiko, *Empoderamiento o disciplina: La política de participación indígena en programas de desarrollo en México*, Universidad Iberoamericana, 1^a edición, 2007 p. 5. En: <http://www.uia.mx/campus/publicaciones/IIDSES/iidses20.pdf> [visitado 19/10/2012].

¹³ SEN, Amartya, *Idea de justicia*, Taurus, Bogotá, 2011, p. 274.

¹⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre desarrollo humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado, 2002, p. 55. En: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2002/chapters/spanish/> [visitado 20/10/2012].

¹⁵ A pesar de sus bondades, no debe perderse de vista el hecho de que la participación presenta una limitación que está dada por su propia dinámica, es decir, la necesidad de articular un cierto discurso de manera clara y coherente. Esto implica que a ella no podrán acceder necesariamente todos, sino más bien, aquellos que tengan la capacidad de organizarse y hacer presión, lo que puede desembocar en que precisamente aquellos que más podrían necesitar de ella puedan verse desplazados de su

Se ha indicado que la participación desafía los mecanismos clásicos de democracia representativa, pero ¿esto implica que propone un sistema de democracia directa? O dicho de otro modo, ¿la participación sería incompatible como la democracia representativa? Lo que la participación cuestiona, es que la democracia se reduzca esencialmente a la representación, no la necesaria existencia de la misma¹⁶. Desde este punto de vista la idea de participación no pretende acabar con la representación y "volver el poder al pueblo", sino más bien someter la administración a la legitimación democrática, a un sistema de controles, a una mayor racionalidad decisional y a una vinculación con el mandato popular. Para ello se propone que la organización democrática deba reunir tres condiciones¹⁷:

- 1) Las decisiones siempre deben poder remitirse en último término al pueblo; de ahí que deba existir una estructura legitimadora jurídico-política del poder, que opera desde abajo hacia arriba.
- 2) Se debe evitar que los representantes transformen su posición en una posición de soberanía.
- 3) Debe existir la posibilidad de contraponer democráticamente el poder de decisión, mediante mecanismos de decisión directa por el pueblo mismo.

Este último punto es muy importante para el análisis que estamos llevando a cabo, pues supone pensar a la participación como un aspecto que juega un papel clave en la administración del poder, por lo que más que un contrapeso de la representación es en realidad un principio fundamental del sistema, transformándose en uno de los requisitos esenciales de la democracia contemporánea. Esto lo podemos sostener reflexionando sobre la justificación de la participación.

Como se ha indicado en el Informe sobre Desarrollo Humano del año 2002, dedicado a la profundización de la democracia, la participación se justificaría por tres razones: poder participar en la toma de decisiones que afecten a la propia comunidad es un derecho humano básico y forma parte del desarrollo humano; puede hacer más efectiva la gestión pública, por ejemplo, si se consulta a los ciudadanos locales sobre la instalación de un determinado servicio público, se podría obtener una mejor información sobre la ubicación más adecuada, su tamaño, sus condiciones de acceso, entre otros; puede hacer más equitativa la gobernabilidad, al darle poder político, y con ello poder de decisión, control,

ejercicio. La limitación descrita no es, sin embargo, decisiva y tiene que ver más bien con aspectos que podrían verse en parte corregidos con una buena política educativa, la existencia de recursos públicos o instancias de capacitación. En este sentido, es muy clarificadora la experiencia del programa inglés "Take Part": https://secure1.prositehosting.co.uk/securearea/manageContent.aspx?object.id=10229&mta_htm=home [visitado 10/10/2012].

¹⁶ BOKENFERDE, Ernst, "La democracia como principio constitucional", *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

¹⁷ BOKENFERDE, "La democracia", cit. nota n.16.

gestión y presión a grupos que normalmente no son considerados a la hora de diseñar, implementar o evaluar una determinada política.

Estas razones dan cuenta, sin embargo, de dos perspectivas complementarias que justifican en último término la participación, la perspectiva que coloca acento en la legitimidad de la decisión, y aquella que lo hace en su calidad.

Para la primera, la participación se justifica pues legítima las decisiones que se toman en una democracia, es lo que se puede denominar “principio democrático”¹⁸. Como veremos a lo largo del trabajo, esto tiene una incidencia directa en materia ambiental, entre otras razones, pues revela la tensión que existe muchas veces entre la perspectiva de los técnicos con la perspectiva de los ciudadanos. En efecto, una forma tradicional de abordar los desafíos medioambientales ha sido por medio del análisis costo-beneficio. El fundamento que subyace a su éxito radica en que los expertos estarían mejor informados que la gente común, de ahí que puedan promover una comprensión más clara sobre las consecuencias reales de la regulación¹⁹, en base a un análisis de los factores económicos o científicos que inciden en la misma.

Pero esta visión no se ha mantenido lejos de la crítica, de ahí que se haya generado la propuesta de observar los problemas ambientales desde varias perspectivas, insistiendo en que más que una colisión, se trata en realidad de puntos de vista diferentes para abordar el problema medioambiental. En este sentido Bell y McGillivray, se refieren a la existencia de una perspectiva ambiental, otra económica, otra social y cultural, y una científica²⁰. La diferencia entre ellas estaría en la forma en como abordan la regulación ambiental, así para la primera lo central estará dado en la protección del ambiente aun cuando los costos sean elevados o los riesgos reducidos; para la segunda, será el análisis costo beneficio el parámetro que permitirá hacer más racional y eficiente la decisión; para la tercera, lo importante serán los valores o las necesidades sociales que deban ser alcanzadas; y para la cuarta, los conocimientos y las metodologías que tengan un correlato empírico deberían tener el principal rol a la hora de tomar decisiones. Por otro lado, para Farber, Freeman y Carlson, existen cuatro técnicas básicas de protección ambiental: el análisis de los riesgos; instrumentos basados en el mercado; la perspectiva basada en la equidad; y el sistema de responsabilidad civil²¹.

¹⁸ HOLDER; LEE, “Environmental Protection”, cit. nota n. 9, p. 87.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass, *Riesgo y razón. Seguridad ley y medio ambiente*, Katz, Buenos Aires, 2006, p. 387.

²⁰ BELL, Stuart; MCGILLIVRAY, Donald, *Environmental Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 49.

²¹ FARBER, Daniel; A. FREEDMAN, Jody; CARLSON, Ann, *Cases and material environmental law*, West, California, 2010, p. 63.

Ahora bien, el hecho de que el análisis costo-beneficio o la perspectiva científica deban convivir junto a otras formas de abordar el problema, nos debe llevar a preguntarnos por qué no bastan como herramientas únicas de decisión. Una forma de responder a esta pregunta estriba en el ya mencionado principio democrático.

Este nos dice que la participación tiene valor en sí misma, dada la propia estructura decisional de los problemas políticos contemporáneos, particularmente los medioambientales. En efecto, son esencialmente órganos no mayoritarios, formados por expertos, quienes no han sido elegidos democráticamente, los que tienen el principal rol en esta materia. Sin embargo, decisiones controversiales muy comunes hoy en día, no pueden simplemente ser tomadas por ellos, sin afectar la legitimidad democrática de la decisión, dado los elementos en juego como, por ejemplo, la existencia de conflictos éticos, diferentes visiones sobre modelos de desarrollo, sobre la distribución equitativa de los riesgos, sobre lo que cuenta o no como un problema o una solución ambiental, entre otros²². Esto implica que una decisión será legítima, o en mayor grado legítima, si tiene la virtud de hacer participar a la mayor parte de los intereses involucrados, a través de un proceso de deliberación, en el cual la discusión esté orientada hacia el lenguaje del interés público, antes que del privado. Desde luego, no deja de ser una visión idealizada de la democracia, pero su virtud no consiste en su efectiva plasmación, sino más bien en constituir un parámetro de interpretación y de control del sistema.

Así, la participación en términos democráticos, va más allá de la negociación y del compromiso entre diversos intereses, pues será el propio mecanismo de deliberación, dentro de los límites fácticos y jurídicos, el que vaya dando forma a los valores que se estimarán prioritarios para la administración²³. Es por ello que el análisis de los expertos no es el punto hacia el cual se debe dirigir la deliberación, en el sentido de proporcionar una mejor evidencia para la toma de decisiones, pues el “principio democrático” exige que todas las perspectivas, incluyendo la de los expertos, sean incluidas en el proceso mismo de decisión²⁴. La idea, en definitiva, es que los ciudadanos por medio de la deliberación, sean capaces de enmendar sus posiciones y abrirse a otras perspectivas, lo que es central para la legitimidad democrática.

Para la segunda perspectiva la participación se justifica en función de la calidad de la decisión que se adopta. El punto que se coloca en discusión aquí es el siguiente: ¿por qué no es suficiente el saber especializado?

²² HOLDER; LEE, “Environmental Protection”, cit. nota n. 9, p. 88.

²³ HOLDER; LEE, “Environmental Protection”, cit. nota n. 9, p. 93.

²⁴ STEELE, Jenny, “Participation and deliberation in environmental law: exploring a problem-solving approach”, *Oxford Journal* num. 21, 2001, p. 91. HOLDER; LEE, “Environmental Protection”, cit. nota n. 9, p. 91.

Si bien la ciencia aporta mayor racionalidad a la decisión, tiene límites que actúan como contrapeso a su papel expansivo. En este sentido la ciencia se caracteriza en alguna medida por la incertidumbre. Dicho aspecto descansa en la compleja red de interrelaciones entre las diversas causas de daño ambiental, en que muchas de las mismas no son identificables con claridad, en su carácter acumulativo e incluso multicausal²⁵, en la existencia de una gran cantidad de elementos que escapan al análisis, sea por ignorancia, mal uso de los datos, modelos predictivos inadecuados, o bien por la propia indeterminación del ecosistema objeto de atención²⁶. Lo anterior afecta directamente a la administración y a los procesos de toma de decisión legislativa, presentándose algunas interrogantes serias: ¿debemos esperar hasta obtener mejor información? ¿Debemos tomar medidas que minimicen los riesgos aun cuando no estemos muy seguros que estos se generarán? ¿Qué pasa si actuamos y luego el riesgo se presenta, cómo responderemos ante la ciudadanía? Además, tampoco la ciencia ha sido siempre un saber neutral, habiendo estado muchas veces al servicio de intereses que precisamente han dañado el medio ambiente²⁷.

Es por estas consideraciones que desde una perspectiva sociológica se ha dicho que los hechos en sí mismos son provisionales, que las decisiones que se tomen no pueden legitimarse de manera incuestionable basándose sólo en la observación o, también, que la propia observación podría estar afectada por la prioridad que los científicos entregan a sus presupuestos teóricos²⁸.

Por otro lado, no es sólo un problema de restricción informativa. Como han reflexionado Bell y McGillivray, el derecho medioambiental es controversial pues involucra aspectos que se vinculan con valores sociales o personales los que dan vida a diferentes tipos de prioridades que varían al interior de una comunidad²⁹. Esto nos puede llevar a pensar que si bien la perspectiva técnica provee importantes razones para la acción, no es capaz de resolver por sí misma problemas que precisamente encarnan la tensión entre dichos valores o prioridades. Lo anterior se aprecia, por ejemplo, en que desde el punto de vista del experto muchos de los riesgos que los ciudadanos piensan o sienten

²⁵ SALZMAN, James; THOMSON, Marton, *Environmental law and policy*, Foundation Press, Seattle, 2010, p. 15.

²⁶ WYNNE, Brian, "Uncertainty and Environmental learning: reconceiving Science and Policy in the Preventive Paradigm", *Global Environmental Change* num. 2, 1992. HOLDER; LEE, "Environmental Protection", cit. nota n. 9, p. 19.

²⁷ YEARLEY, Stephen, "Green Ambivalence about science; legal-rational authority and the scientific legitimization", *British Journal of Sociology* num. 43, 1992. HOLDER; LEE, "Environmental Protection", cit. nota n. 9. p. 12.

²⁸ HOLDER; LEE, "Environmental Protection", cit. nota n. 9, p. 13.

²⁹ BELL; MCGILLIVRAY, *Environmental Law*, cit. nota n. 20, p. 47.

como especialmente graves o inminentes, quizá no lo sean luego de un análisis instrumental³⁰. Sin embargo, esta desconexión entre el saber especializado y el "popular" no debe necesariamente resolverse en beneficio del primero, pues el segundo podría estar reflejando ciertos valores, fines o estándares que se quieren alcanzar como sociedad, o perspectivas diversas sobre cómo ponderar los riesgos o enfrentar el desarrollo³¹, todos los cuales son perfectamente lícitos de proponer, pero no siempre sensibles a su traducción en términos cuantitativos. Incluso, en algunos casos los ciudadanos podrían aportar una mejor comprensión de la situación a resolver, al estar más cerca de los efectos y alcances de las políticas públicas, aportando información y perspectivas que desde el nivel central no han sido consideradas o comprendidas en su justa dimensión³². Así, al incorporar la participación, se contribuiría a ampliar el campo de las soluciones posibles³³, aportando más y mejores elementos para la decisión.

Por tanto, esta perspectiva pretende ver a la participación como un instrumento que se justifica por su contribución a la calidad de la decisión, incorporando perspectivas valóricas e informativas relevantes. La idea subyacente estriba en que decisiones que se nutren con visiones plurales son mejores, pues aportan una mayor cantidad de elementos para el análisis, lo que se exemplifica claramente en los problemas de equidad ambiental. Muchos grupos marginados o desplazados dentro de la sociedad sufren de un déficit de participación en el sentido que tienen un espacio reducido o inexistente para poder influir sobre los proyectos de ley o sobre el diseño e implementación de políticas públicas que eventualmente los afectarán³⁴. Este hecho ha generado que las minorías hayan sido tratadas de modo inequitativo³⁵, por ejemplo, a la hora de distribuir los riesgos o beneficios ambientales, al momento de elegir los lugares destinados al tratamiento de aguas servidas, a la instalación de fábricas y, desde luego, afectadas desde el punto de vista de la localización de los recursos naturales, los cuales suelen encontrarse en zonas rurales e indígenas, que concentran población especialmente vulnerable³⁶. En general, el análisis técnico o de costo-beneficio tiende a maximizar los beneficios para la totalidad de la población sin detenerse en el hecho de que grupos específicos de la misma podrían verse

³⁰ SUNSTEIN, Cass, *Riesgo y razón*, cit. nota n. 19, p. 88.

³¹ HOLDER; LEE, "Environmental Protection", cit. nota n. 9, p. 95.

³² HOLDER; LEE, "Environmental Protection", cit. nota n. 9, p. 94.

³³ HOLDER; LEE, "Environmental Protection", cit. nota n. 9, p. 95.

³⁴ FARBER; A. FREEDMAN; CARLSON, *Cases*, cit. nota n. 21, p. 149.

³⁵ FARBER; A. FREEDMAN; CARLSON, *Cases*, cit. nota n. 21, p. 149.

³⁶ FARBER; A. FREEDMAN; CARLSON, *Cases*, cit. nota n. 21, p. 152.

perjudicados por dichas medidas, soportando cargas que otros no padecerán³⁷. Desde luego, no se trata de descartar la primera aproximación, sino más bien de lograr un estado donde todos los intereses puedan tener influencia en el proceso decisional³⁸, lo que obliga, en primer lugar, a reconocer el desequilibrio que existe entre aquellos que pueden efectivamente influir y los que no y, en segundo lugar, a alcanzar un diseño institucional donde estos últimos puedan efectivamente participar y hacerlo en igualdad de condiciones.

Habiendo repasado las justificaciones procedimentales y sustantivas, nos encontramos con que son análisis más bien complementarios que contrapuestos. En cierta forma esto es posible pues apuntan a aspectos diferentes, uno a la legitimidad de la decisión y el otro a la calidad de la misma. Al hacerlo demuestran que la participación no es sólo un elemento corrector, sino que deviene en un aspecto esencial del sistema democrático contemporáneo, y que el análisis que debe llevar a cabo la administración tiene que incorporar una variada gama de consideraciones que van desde las científicas, económicas o de costo-beneficio, hasta las preocupaciones de equidad, justicia social y derechos³⁹.

2. PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA AMBIENTAL

De acuerdo a lo anterior, la participación se configura como un derecho que permite al ciudadano presentar objeciones y propuestas que obliguen a los poderes públicos a justificar sus decisiones creando la posibilidad fáctica, pero creemos que también jurídica, de influenciar al órgano decisor⁴⁰. Esta posibilidad de “influenciar” debe enlazarse, a su vez, con el llamado principio de “justicia ambiental”, el cual denota, siguiendo a Saleen, un esfuerzo por abrir los objetivos de la protección ambiental, a fin de incluir la exigencia de

³⁷ REVESZ, Richard; LIVERMORE, Richard, *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis can better protect the environment and our health*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 180.

³⁸ REVESZ; LIVERMORE, *Retaking Rationality*, cit. nota n. 37, p. 182.

³⁹ Este mecanismo tiene sus costos desde luego, dados principalmente por el retraso en la toma de decisiones, con la consiguiente paralización de proyectos potencialmente claves para el desarrollo de un país, la monopolización de la participación por aquellos dotados de la capacidad de articular un movimiento antes que por los que realmente la requieran o la sobrerepresentación de razones políticas sobre las técnicas, desvirtuando el necesario equilibrio que debiese existir entre ellas. Pero estos problemas no tienen un carácter crítico para la participación, ya que representan más bien características estructurales comunes a todo el entramado político. Así, por ejemplo, el Parlamento suele retrasar por años la discusión sobre proyectos de ley en áreas claves y está abierto a la presión política o económica de sectores especialmente interesados. Los desafíos son, al igual que con las instituciones representativas, profundizar en ellas, mejorar su diseño y crear instancias de diálogo que permitan una adecuada intervención de los realmente afectados.

⁴⁰ SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio Ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012, p. 56.

un ambiente limpio y seguro donde las minorías raciales y personas de bajos ingresos puedan vivir y trabajar⁴¹.

Históricamente es un concepto que surge en Estados Unidos en los años 70, preocupado por hacerse cargo de los problemas en el reparto de las cargas ambientales en sectores marginalizados de la población, como las minorías raciales. Es así como la justicia ambiental supone un trato justo y una participación significativa para todas las personas sin discriminación, en el desarrollo, implementación y aplicación de las políticas, leyes y regulaciones ambientales⁴². Lo central estará sin duda en los conceptos de trato justo y participación significativa. Para la EPA trato justo⁴³ significa que ningún grupo de personas podrá soportar desproporcionadamente los efectos negativos de las cargas ambientales. Por otro lado, participación significativa es una noción que se puede separar, a su vez, en cuatro aspectos: acceso a la participación, capacidad de influir, capacidad para que sus preocupaciones sean consideradas por la administración y facilidades para poder participar⁴⁴. Es así como la participación presenta una dinámica propia de los mecanismos de justicia distributiva, en tanto preocupada de un reparto equitativo de las cargas y los beneficios ambientales, que ahí "si la regulación ambiental pretende hacer realidad la declaración de lograr la sustentabilidad, debe establecer mecanismos jurídicos que permitan incorporar la equidad en la distribución de dichas externalidades"⁴⁵.

El concepto de justicia ambiental, por tanto, es de compleja determinación, ya que se estructura en torno a lo menos cuatro dimensiones: problemas distributivos, demandas de reconocimiento, acceso a la participación y justicia ecológica. Si bien son elementos que deben leerse como interconectados, conviene para una mejor comprensión separarlos:

a) Problemas distributivos: Un elemento central en las obras de Rawls es la idea que el objeto que la justicia social está determinado por la forma en cómo

⁴¹ FARBER; A. FREEDMAN; CARLSON, *Cases*, cit. nota n. 21, p. 151.

⁴² HERVÉ, Dominique, "El desarrollo sustentable y la justicia ambiental en la ley 19.300 y en el proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental", en HERVÉ, Dominique, GUILLOFF, Matías, PÉREZ, Raimundo (coord.), "Reforma a la Institucionalidad Ambiental, antecedentes y fundamentos", *Cuadernos de Análisis Jurídicos UDP*, Chile, 2010, p. 266.

⁴³ "Fair treatment means that no group of people should bear a disproportionate share of the negative environmental consequences resulting from industrial, governmental and commercial operations or policies" En: <http://www.epa.gov/compliance/environmentaljustice/basics/index.html> [visitado el 11/11/2012].

⁴⁴ "1. People have an opportunity to participate in decisions about activities that may affect their environment and/or health; 2. The public's contribution can influence the regulatory agency's decision; 3. Their concerns will be considered in the decision making process; and 4. The decision makers seek out and facilitate the involvement of those potentially affected" U.S. Environmental Protection Agency. En: <http://www.epa.gov/compliance/environmentaljustice/basics/index.html> [visitado el 04/11/2012].

⁴⁵ HERVÉ, "El desarrollo sustentable", cit. nota n. 42, p. 272.

las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan las ventajas provenientes de la cooperación social, de ahí que una distribución desigual supondrá un trato reñido con las exigencias de una teoría de la justicia⁴⁶. Precisamente la justicia ambiental surge como una respuesta ante la desigual distribución de los costos ambientales, ejemplificados en la localización de actividades contaminantes y molestas (vertederos industriales, basurales, industrias químicas, etc.), en sectores donde habitan personas de bajo nivel socioeconómico o que son minorías sociales⁴⁷.

b) Demandas de reconocimiento: Siguiendo a Hervé, la causa de la inequidad distributiva estaría precisamente en la ausencia de reconocimiento social y político, y en la desvalorización individual y cultural de ciertas personas y comunidades⁴⁸. El problema se presenta como uno de distribución, pero sobre un trasfondo social que lo explica, de ahí que el desafío consista en visibilizar a estos grupos y comprender sus demandas de reconocimiento y sus necesidades. Este aspecto es de particular importancia en función de la problemática indígena, pues sus reivindicaciones de justicia se articulan en términos colectivos, y no de individuos, dado que las situaciones de injusticia que sufren son principalmente en esta calidad.

c) Acceso a la participación: Representa el mecanismo necesario para lograr una mejor distribución y un mayor reconocimiento. Como lo hemos indicado en el trabajo, es por medio de la participación, una vez que los sujetos o grupos han sido reconocidos, que los afectados por los problemas ambientales pueden intervenir en el proceso de toma de decisión y en el diseño de las políticas públicas.

d) Justicia ecológica: Este elemento nos lleva al establecimiento de una serie de criterios que permitan armonizar los intereses de las generaciones presentes (justicia intrageneracional), con los de las generaciones futuras (justicia intergeneracional) y las exigencias de cuidado del medioambiente (justicia interespecies). La idea radica en avanzar hacia un principio de desarrollo sustentable, que vaya más allá de la justicia intrageneracional, y se haga cargo de una naturaleza entendida como portadora de un valor intrínseco, y de las necesidades de las generaciones futuras⁴⁹.

De acuerdo a lo anterior, nos encontramos con que la noción de justicia ambiental, tal como ha sido entendida, resulta ser un excelente instrumento de

⁴⁶ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.

⁴⁷ CORDERO, Eduardo, "Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 26, 2011, p. 214.

⁴⁸ HERVÉ, Dominique, "Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica", *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. 23, 2010, p. 22.

⁴⁹ HERVÉ, Dominique, "Noción y elementos de la justicia ambiental", cit. nota n. 48, p. 24.

análisis cuando estudiamos la problemática indígena y, en especial, su relación con el medioambiente y la participación. Esto obedece a dos tipos de razones. La primera tiene que ver con la situación de marginalidad y riesgo social que padecen muchas comunidades. Efectivamente, la población indígena en América Latina presenta niveles de pobreza que rondan entre el 75% y el 80%⁵⁰, graficándose en la existencia de altos índices de mortalidad infantil, niveles nutricionales inferiores al promedio, falta de servicios públicos, prestaciones de servicios de baja calidad, problemas de vivienda, precariedad laboral y escolar y, en general, bajos niveles de desarrollo en términos del índice de desarrollo humano⁵¹. La segunda razón se concreta en el hecho que dada las crecientes necesidades de recursos naturales, energéticos y en general de proyectos destinados al sostenimiento de la economía y del desarrollo, los pueblos indígenas han visto aún más desmejorada su situación, pues precisamente aquellos recursos se encuentran por lo general en zonas apartadas en medio de sus territorios, o bien en lugares que pueden afectar a dichas poblaciones⁵². El resultado son profundos problemas distributivos, escasa participación, falta de reconocimiento y daño al equilibrio ecológico.

Es así como se ha constatado, por ejemplo, que la explotación mineral y forestal ha afectado directamente al sustento indígena, que la existencia de inundaciones de territorios ancestrales indígenas a causa de proyectos con múltiples finalidades ha impactado negativamente en sus formas tradicionales de vida, o que la construcción de oleoductos ha limitado seriamente sus posibilidades de acceso a sus recursos⁵³. Este es un problema complejo pues la cosmovisión indígena supone la interrelación entre tres elementos: historia, territorio e identidad. Dicha relación tiene un carácter dinámico en el sentido que la preservación de la tierra y de los territorios es central para la protección de los individuos y la mantención de la cultura, lo que implica que la alteración de un aspecto produce un desequilibrio que afecta a su desarrollo como pueblos⁵⁴. Así, la relación que los indígenas mantienen con su territorio obedece a “vínculos

⁵⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Medio Ambiente y Derechos Indígenas desde la dimensión de la pobreza*, Editorama, San José de Costa Rica, 2009, p. 23. En: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_821443327/Indigenas-pobreza%20y%20medio%20ambiente.pdf [visitado el 10/10/2012].

⁵¹ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, 2008, p. 161. En: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf> [visitado el 27/10/2012].

⁵² MEENTZEN, Ángela, *Políticas públicas para los pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2007, p. 107.

⁵³ MEENTZEN, *Políticas públicas*, cit. nota n. 52.

⁵⁴ CERNA, Sarah, “‘YVY MARAE’Y’: El conflicto del estado con los pueblos indígenas en Paraguay”, *América Latina Hoy*, No. 60, Paraguay, 2012, p. 85.

históricos y espirituales (...) en los que florece la sociedad y la cultura; por lo tanto, constituye el espacio social en el que una cultura puede transmitirse de generación en generación⁵⁵. A esta situación de vulnerabilidad se ha llegado producto de la carencia de condiciones políticas, institucionales y sociales adecuadas que les permitan a estos pueblos decidir sobre sus propios asuntos⁵⁶, lo que se concreta en que no les han sido formalmente reconocidos derechos a aspectos como: el territorio, la identidad, la autonomía, la participación, la lengua, la autodeterminación o a los recursos⁵⁷.

En Chile la situación es muy compleja. Según datos del INE 2002, un 4.6 de la población declaró pertenecer a una etnia indígena, esto es, alrededor de 692.192 personas. Dentro de este universo, y si nos detenemos sólo en los índices de pobreza, obtenemos algunos datos reveladores. Tratándose de áreas urbanas la tasa de pobreza de la población indígena ronda el 34.3%, mientras que la de la población no indígena está en un 24.0%, y en áreas urbanas la tasa corresponde a un 31.9% y un 20.2% respectivamente⁵⁸. Si desglosamos los datos por región observamos que los índices son especialmente altos en la VII región con una tasa de un 41.3, la IX región con un 38.8%, y la X región con un 32.6%⁵⁹. De esta forma, y como ha observado Rodrigo Valenzuela en

⁵⁵ STAVENHAGEN, *Los pueblos indígenas*, cit. nota n. 51, p. 56.

⁵⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe anual situación de los derechos humanos en Chile 2011, 2011, p. 24. En: <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile> [visitado el 19/10/2012].

⁵⁷ Si revisamos brevemente algunos datos del contexto latinoamericano observaremos lo delicado de este panorama. En Perú las concesiones mineras entre el año 2002 y 2007 experimentaron un aumento de un 87%, lo que según la Defensoría de los Derechos Humanos ha afectado a un 55% de las 6.000 comunidades campesinas; en Colombia, particularmente en el Amazonas colombiano, se ha calculado que alrededor de un 40% de los pueblos indígenas que habitan esa zona se encuentran amenazados de extinción, a causa principalmente de la destrucción del medioambiente, de megaproyectos económicos, y de cultivos ilícitos entre otros; en Ecuador la actividad minera ha implicado concesiones que en algunos casos han llegado al 85% de la superficie de zonas con gran población indígena y una rica biodiversidad, incluyendo Parques Nacionales, Refugios de Vida Silvestre y Bosques Protegidos, entre otros, lo que ha supuesto graves perjuicios para sus habitantes tales como el desplazamiento de poblados enteros con la consiguiente pérdida de sus mecanismos de abastecimiento y ocupaciones agrícolas autónomas y la alteración y contaminación de los cauces de ríos, de la flora y de la fauna, entre otros. Véase: CUNNINGHAM, Myrna et al., *¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?*, Copy Express, Managua, 2008, p. 37; PARELLADA, Alejandra (ed.), *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco*, p. 302. En: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0313_PUEBLOS_INDIGENAS_EN_AISLAMIENTO.pdf [visitado el 20/11/2012]; BELÉN PÁEZ, María (ed.), *Informe Sombra sobre la situación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en Ecuador*, p. 7. En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/FP_EcuadorWG47.pdf [visitado el 22/11/2012].

⁵⁸ VALENZUELA, Rodrigo, "Estimando Indigencia y Pobreza Indígena Regional con Datos Censales y Encuestas de Hogares", *Cuadernos de Economía*, vol. 24, 2010, p. 137.

⁵⁹ VALENZUELA, "Estimando Indigencia", cit. nota n. 58, p. 14.

un estudio sobre la caracterización socioeconómica de la población indígena, "al examinar la distribución de la población indígena según quintil de ingreso autónomo se observa el alto porcentaje de ella que se concentra en los dos quintiles más pobres (65,21%), situación que contrasta con la población no indígena que agrupa en los dos primeros quintiles, sólo el 44,1% de personas. Con estos antecedentes podría insistirse en el concepto de 'pobreza étnica', especialmente porque más de dos tercios de los indígenas en Chile aparecen ubicados en los estratos más pobres"⁶⁰.

Por tanto, tenemos una población indígena con altos índices de vulnerabilidad, y que dadas las necesidades del crecimiento económico se ha visto especialmente implicada en temas ambientales. Al igual que en el resto del continente, muchas comunidades indígenas se encuentran localizadas en lugares que son objeto de proyectos con cargas ambientales, tales como proyectos mineros, hídricos, de residuos, forestales, entre otros. El ejemplo clásico tiene que ver con la minería⁶¹. La expansión de este tipo de actividad extractiva depende de la existencia de fuentes de agua, lo que genera una fuerte competencia por su apropiación. Los efectos de estos procesos se traducen no solo en costos económicos más altos para las empresas, sino que también en un conjunto de costos ambientales y sociales traducidos en la desaparición de actividades productivas, en el desplazamiento de comunidades, o en los peligros que representan los tranques de relaves, desembocando todo ello en conflictos ambientales de grandes dimensiones encarnados en demandas por derechos a los recursos territoriales, a la salud de las comunidades, a la calidad ambiental o al desarrollo⁶².

En definitiva, las ideas precedentes nos llevan a que el reclamo común parece centrarse en una ambivalente actitud estatal, muchas veces contradictoria, entre la protección de los grupos indígenas y el impulso a proyectos económicos basados en la explotación de recursos naturales sin garantizar los debidos resguardos ambientales⁶³, con resultados poco alentadores para sus posibilidades de desarrollo y para su identidad cultural. Es por ello que si pensamos el problema como un triángulo en cuyos vértices estarían el Estado, las empresas y las comunidades, al desplazarse el Estado hacia las segundas, se genera de inmediato un efecto muy complejo que consiste en una desigual correlación de

⁶⁰ VALENZUELA, "Estimando Indigencia", cit. nota n. 58, p. 14.

⁶¹ YÁÑEZ, Nancy; MOLINA, Raúl, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, LOM, Santiago, 2008, p. 92.

⁶² FERNÁNDEZ, Margarita; KRAUSS, Fernando, "Dilemas de poder y autonomía en las disputas ambientales entre la comunidad de Cuncumé y Minera los Pelambres", en FERNÁNDEZ, Margarita; SALINAS, Javier, *Defensa de los derechos territoriales en América*, RIL, Santiago, 2012, p. 252.

⁶³ YÁÑEZ; MOLINA, *La gran minería*, cit. nota n. 61, p. 233.

fuerzas entre las comunidades y la empresa, lo que aumenta las posibilidades de conflicto por un lado⁶⁴, y el reemplazo de consideraciones públicas por consideraciones de naturaleza privada por el otro, haciendo más urgente la necesidad de nivelar estas relaciones por medio de la participación.

3. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN INDÍGENA

Esta sección está destinada a profundizar en el concepto de participación indígena. Para ello analizaremos primero la noción de autodeterminación, que es el marco normativo dentro del cual se inserta la participación, para en un segundo momento concretar el contenido del derecho, distinguiendo entre una parte sustantiva y otra adjetiva.

3.1. Participación y autodeterminación

La participación, tal como ha sido caracterizada en la primera sección, genera un marco común en cuyo seno es posible encontrar diferentes modalidades, destacando a este respecto al menos dos: la participación ciudadana y la participación indígena. En cuanto ambas son especies de un mismo género, comparten sus fundamentos, así, tanto una como otra son claves para la legitimidad democrática y para la existencia de procesos de toma de decisión de mayor calidad. También suponen en lo formal mecanismos de empoderamiento y de distribución o equilibrio de poder pensados para incidir en la opinión pública o en la administración, en beneficio de sus intereses. Pero difieren en un punto que justifica su distinción, y con ello, su regulación jurídica, nos referimos la calidad con la que los sujetos de la participación hacen valer sus derechos, pues en la participación indígena las comunidades lo hacen en tanto entes colectivos, dotados de una cultura, tradición y derechos propios⁶⁵, mientras que en la participación ciudadana estos lo hacen precisamente en su calidad de ciudadanos.

En nuestra jurisprudencia este aspecto no ha sido siempre bien comprendido. Es así como en un primer momento se entendió que la participación indígena no era sino una forma de participación ciudadana⁶⁶, para en un segundo momento experimentar una positiva evolución en sentido contrario.

Por ejemplo, en sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4.078-2010, se razonó sobre la base que el estándar de participación indígena establecido por

⁶⁴ DIEZ, "Conflict e intermediación", en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota 62, p. 201.

⁶⁵ CLAVERO, Bartolomé, "The indigenous rights of participation and international development policies", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, num. 1, vol. 22, 2005, p. 42.

⁶⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe anual situación, cit. nota n. 56, p. 40.

el Convenio 169 estaba ya incorporado en el procedimiento de participación ciudadana de la Ley N° 19.300. Así en el considerando séptimo indicó "Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen", continuando en el considerando undécimo con una asimilación entre ambos tipos de participación, al señalar que es mediante el procedimiento de participación ciudadana que se hacía efectivo del deber de Consulta del Convenio 169.

Sin embargo, la Corte no permaneció estática en su interpretación, y se abrió a la posibilidad de establecer diferencias entre estas modalidades, reconociendo con ello una naturaleza jurídica diferenciada. Así, tenemos el caso de la actualización del Plano Regulador de San Pedro de Atacama. En un comienzo la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa Rol N° 782-2010, rechazó un recurso de protección intentado por representantes de comunidades indígenas que no fueron consultados respecto a la propuesta de nuevo plano regulador, bajo el argumento que la comunidad había sido escuchada en la instancia pertinente, de acuerdo a lo estipulado en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. La Corte Suprema, sin embargo, revocó el fallo (Rol N° 258-2011) estableciendo que los argumentos que iban en el sentido de haber satisfecho el deber de consulta por medio de lo dispuesto en la Ordenanza General de Urbanismo –que en lo medular consistieron en informar a los vecinos y establecer audiencias públicas– no eran suficientes. La Corte fundamentó su decisión en que el Convenio 169 establecía la obligatoriedad de la consulta y de la participación de organizaciones indígenas representativas, mediante un diálogo que había de llevarse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos⁶⁷ y que los procedimientos contemplados en la Ordenanza General de Urbanismo distaban de satisfacer las especiales características que poseía la consulta indígena cuya omisión a su vez tornaba en ilegal el acto administrativo impugnado, ya que desplegar información no constituía un acto de participación para los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tenían posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados⁶⁸.

Ahora bien, ¿qué razones justifican este carácter diferenciado? Los cambios en la forma de enfrentar el tema indígena han sido profundos, de ahí que desde

⁶⁷ Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Antofagasta, Corte Suprema, recurso de protección, 13 de julio de 2011. En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 17/01/2012].

⁶⁸ Consejo de Pueblos Atacameños con Corema Antofagasta, Corte Suprema, cit. nota n. 67.

el punto de vista de la participación sea posible distinguir brevemente cuatro grandes períodos. Un primer período, inaugurado por las nacientes repúblicas latinoamericanas, se caracterizó por el diseño de un modelo tutelar⁶⁹, en que los Estados se arrogaron atribuciones para decidir sobre las formas de vida indígena, territorios y recursos sin contar con su participación, bajo el ideal de convertir a los indígenas en ciudadanos, provocando con ello su desaparición como cultura, siendo ejemplo de ello, la extensión de la soberanía sobre territorios mapuches y los consiguientes abusos que le siguieron⁷⁰. Un segundo período, cuya vida tuvo lugar al amparo del constitucionalismo social del s. XX, trató la problemática indígena bajo el carril de la integración. La idea consistía en incorporar a los indígenas al Estado y al mercado, pero dado que el paso estaba en transitar desde la comunidad a la sociedad dominante, el efecto al igual que en el caso anterior era de destrucción cultural y asimilación⁷¹. Un tercer período, encarnado en el Convenio 107 de la OIT, reconociendo ciertos márgenes de autonomía a las comunidades indígenas, continuaba con el modelo asimilacionista y tutelar en cuanto establecía que el principio que informaba a dicho instrumento, pasaba por propender a la integración progresiva de los indígenas en la vida de sus respectivos países⁷². El patrón común en estos tres períodos ha consistido en que desde el punto de vista del Estado los indígenas han sido objeto de políticas públicas que no han reconocido su especificidad y su derecho a vivir como pueblos distintos. La idea de que a todo Estado le debía seguir una nación, una lengua, una cultura y un derecho, supuso el fundamento ideológico para el asimilacionismo, el modelo tutelar y para la toma de decisiones al margen de los intereses de las propias comunidades.

Es así como durante el siglo XX se llega a una cuarta etapa concretada en los llamados derechos indígenas. Lo que caracteriza a este período, es el llamado enfoque de derechos⁷³, el cual pasa por el reconocimiento de una serie de facultades dirigidas a que las comunidades puedan determinar por sí mismas sus formas de vida y a poder participar en todos aquellos asuntos que eventualmente los puedan afectar, como mecanismos que permitan evitar su extinción física y cultural y mejorar sus condiciones de existencia. Si se piensa a la problemática indígena como el resultado de la conculcación de derechos, entonces una efectiva

⁶⁹ CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, S. XXI Editores, México, 1986.

⁷⁰ MONTT, Santiago; MATA, Manuel, "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", *Estudios Públicos*, núm. 121, 2011, p. 178.

⁷¹ CLAVERO, *Derecho indígena*, cit. nota n. 69.

⁷² MEREMINSKAYA, Elina, "El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias", *Estudios Públicos*, Nº 121, 2011, p. 221.

⁷³ Informe sobre desarrollo humano 2002, Profundizar la democracia, cit. nota n. 14.

política de consagración de los mismos y de mecanismos para hacerlos realidad puede desembocar en un mejoramiento de su condición⁷⁴. Lo anterior nos permite comprender las razones que han llevado a adoptar este paso en materia indígena, abogando por el hecho que las comunidades dejen de ser receptoras pasivas de políticas públicas, transformándose en su lugar en titulares de derechos⁷⁵. El enfoque, en definitiva, reconoce que el objetivo es dar cumplimiento al deber de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, permitiendo que sus titulares puedan exigir tal respeto, protección y promoción⁷⁶, de ahí que “ante la desprotección de su territorio, la expansión de plantaciones forestales, las concesiones mineras y la explotación de hidrocarburos, (...) la invasión con grandes obras viales, industriales, energéticas, turísticas y la instalación de vertederos, los pueblos indígenas reivindiquen su derecho a ejercer un control efectivo sobre sus territorios, a establecer su propio desarrollo”⁷⁷, con lo que surge para la administración el deber de respetar a los pueblos, y de imprimir en su actuar una serie de principios que reconozcan su carácter de sujetos de derecho⁷⁸.

De esta forma llegamos al núcleo del nuevo paradigma indígena, representado por el derecho a la autodeterminación. En principio la autodeterminación ha debido recorrer un accidentado camino⁷⁹, por la renuencia de los Estados que han visto en ella una fuente de reclamos separatistas o independentistas que colocarían en serio riesgo su integridad territorial⁸⁰. Sin embargo, hoy en día la autodeterminación no se vincula con la creación de Estados independientes, sino más bien con la obligación de los mismos de implementar estructuras autónomas en su interior, destinadas a reconocer derechos económicos, culturales y políticos de comunidades indígenas diferenciadas, permitiendo que estas encaren su desarrollo desde sus características distintivas⁸¹. Esto quiere decir que

⁷⁴ MARTÍ, Salvador, “Emergencia Indígena y política en América Latina tras la década de los pueblos indígenas”, en GÓMEZ, Felipe; ARDANAZ, Juliana, *La plasmación política de la diversidad: Autonomía y participación política indígena en América Latina*, Universidad de Deusto, Madrid, 2011, p. 168.

⁷⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Medio Ambiente, cit. nota n. 50, p. 24.

⁷⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Medio Ambiente, cit. nota n. 50, p. 25.

⁷⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Medio Ambiente, cit. nota n. 50, p. 39.

⁷⁸ STAVENHAGEN, *Los pueblos indígenas*, cit. nota n. 51.

⁷⁹ GAETE URIBE, Lucía, “El Convenio Nº 169: un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”, *Ius et Praxis* [online], Nº 2, 2012, Año 18. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122012000200004&lng=es&nrm=iso&tlng=es [Visitado el 10/04/2013].

⁸⁰ Para una evolución del concepto en el derecho internacional, véase: CONTESE, Jorge, *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*, Salesianos, Santiago, 2012, p. 248.

⁸¹ OLIVA, Daniel, “La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y derechos humanos”, *Centro de Comunicación, Investigación y Documentación entre Europa, España y América Latina (CIDEAL)*, Madrid, 2005, p. 246.

no forma parte del contenido esencial de la autodeterminación, la estatalidad o la soberanía, concluyendo que si entendemos “pueblos” como comunidades transgeneracionales con atributos de cohesión política y cultural, lo central estará dado por el respeto a dichas culturas, a sus instituciones, a sus normas y a sus visiones de desarrollo⁸², todo lo cual es compatible con su existencia dentro de estructuras políticas estatales tradicionales. En definitiva, el cambio implica un reconocimiento de lo multicultural del Estado, no su abandono.

La autodeterminación así entendida se traduce en seis dimensiones: la política, la económica, la cultural, la jurídica, la territorial y la participativa, las cuales remiten a un conjunto de derechos colectivos consagrados en diversos instrumentos jurídicos. Este aspecto nos evidencia, a su vez, que dichos derechos colectivos tienen entre sí un nexo que se sostiene en último término en la autodeterminación, siendo a la vez manifestaciones y elementos que contribuyen a generarla. El punto que estamos relatando ha sido recogido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁸³, al establecer que éstos gozan de la misma igualdad y derechos que los demás pueblos, teniendo por ello el derecho a la autodeterminación, esto es, el derecho a determinar libremente su condición política y a perseguir libremente su desarrollo, económico, social y cultural (art. 3), a mantener y conservar su propia cultura (arts. 5 y 11), a sus propias tierras y territorios (art. 26) y a determinar sus propias estrategias y prioridades de desarrollo (art. 23), entre otros.

Es dentro de este contexto donde vemos surgir la participación indígena. Según nuestra argumentación, esta se funda en el derecho de las comunidades a determinar libremente sus formas de vida y modelos de desarrollo⁸⁴ o, en otras palabras, el derecho a la mantención y a la construcción de la propia identidad. La identidad es indispensable para la constitución del sujeto, de ahí que pueda articularse como un derecho que busque garantizar sus condiciones sociales, entre ellas, la existencia de la comunidad a la que pertenece. Las razones descansan en que los enraizamientos culturales sirven como horizontes para nuestras elecciones y referentes para definir la identidad, de ahí que la autodeterminación juegue un rol clave “como condición de vitalidad y pervivencia de

⁸² ANAYA, James, “El derecho a la libre determinación y a la autonomía indígena”, en GÓMEZ; ARDANAZ, *La plasmación política*, cit. nota n. 74, p. 50.

⁸³ A diferencia del Convenio 169, la Declaración no tiene carácter vinculante para los Estados. Esto sin perjuicio que en tanto *soft law*, pueda contribuir como material de análisis para la doctrina, la jurisprudencia o como eventual elemento de la costumbre internacional.

⁸⁴ YRIGOYEN, Raquel, *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Instituto internacional de derecho y sociedad, Lima, 2009, p. 5. En: http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/02_ryf_derechos.pdf [visitado el 05/11/2012].

lo que se muestra fuente de identidad de las personas”⁸⁵. Jurídicamente esto se traduce en el derecho de los pueblos indígenas a *vivir como pueblos distintos*, tal como aparece recogido en la Declaración de los Pueblos Indígenas en su art. 7.2 cuando prescribe que “Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como *pueblos distintos*”, y en el Convenio 169 al establecer en su art. 5 b) que “deberá respetarse la *integridad* de los valores, prácticas e instituciones de esos *pueblos*”.

De acuerdo a lo anterior, cuando hablamos de participación, nos referimos a un derecho que se encuentra profundamente imbricado tanto en el contenido de los otros derechos, como también en el hecho de constituir la condición de posibilidad para la materialización de los mismos, pues sin participación no sería posible la autodeterminación, ni mantener la propia cultura, o poder acceder a un efectivo reconocimiento de las tierras o territorios. Este desarrollo se puede apreciar en la evolución que ha experimentado la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación a los arts. 1 (derecho a la libre determinación de los pueblos), 25 (derecho a la participación) y 27 (derecho a la identidad)⁸⁶. En principio, existen diferencias importantes entre estos derechos⁸⁷, así por ejemplo el derecho a la libre determinación tiene como titulares a los pueblos y, como tal, es un derecho humano colectivo, en tanto que los otros dos tienen una naturaleza más bien individual, representando el derecho a la participación un derecho de los ciudadanos, mientras que el derecho a la identidad se aplica a personas que pertenecen a minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, independientes de si son o no son ciudadanos del Estado en que residen⁸⁸. Sin embargo, estas diferencias se han ido difuminando producto de la interpretación evolutiva que se le ha dado en ocasiones al Pacto, la que nos permite comprender en cierto sentido que es lo que subyace a la participación.

En su Observación General sobre los derechos culturales consagrados en el art. 27, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive en formas relacionadas con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Este derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos

⁸⁵ ETXBERRIA, Xabier, “La autonomía indígena desde la perspectiva ético-política”, en GÓMEZ; ARDANAZ, *La plasmación política*, cit. nota n. 74, p. 37.

⁸⁶ QUANE, Helen, “A Further Dimension to the Interdependence and Indivisibility of Human Rights?: Recent Developments Concerning the Rights of Indigenous Peoples”, *Harvard Human Rights Journal* núm. 25, Massachusetts, 2012, p. 58.

⁸⁷ CLAVERO, *Derecho indígena*, cit. nota n. 69, p. 44.

⁸⁸ QUANE, “A Further Dimension”, cit. nota n. 86, p. 58.

puede requerir medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan⁸⁹. Esta cita es relevante, pues toca dos aspectos prioritarios dentro de la problemática indígena. En primer lugar, reconoce que los derechos indígenas se ejercen muchas veces en el contexto de las relaciones se establecen entre las comunidades y su entorno. Tal como veremos en la siguiente sección, esta conexión forma parte de prácticas ancestrales que han ido informando una visión de mundo peculiar de cada pueblo, definiendo lo que estos son, lo que explica, por ejemplo, la importancia que las montañas, el acceso a fuentes de agua, los bosques, o al borde costero, tienen para ellos. En segundo lugar, como esta relación no es trivial, sino que sustenta la propia existencia de las comunidades como unidades culturales, es que se deben tomar medidas que potencien la participación indígena, pues de esa forma serán los propios afectados por las medidas, los que puedan incidir en el diseño de las mismas, cautelando su cultura. Como hemos sostenido, la idea que subyace a este proceso supone que en tanto pueblos, es decir, culturas diversas que gozan de autodeterminación, los procesos de desarrollo o de intervención no pueden ser completamente planificados e implementados desde el exterior, pues ello implicaría atentar en contra de su dignidad, poniendo en peligro su existencia o contribuyendo a su situación de marginalidad.

En el mismo sentido, el Comité se ha referido al tema indígena a propósito de los arts. 1 y 27 en numerosas ocasiones, como, por ejemplo, en recomendación referida a Estados Unidos a propósito del trato dispensado a sus pueblos indígenas, en la cual indicó que se debería ir más lejos en la adopción de medidas destinadas a garantizar los derechos de todos los pueblos indígenas de conformidad con los artículos 1 y 27 del Pacto a fin de darles una mayor influencia en la toma de decisiones que afecten a su entorno natural y a sus medios de subsistencia como también a su propia cultura⁹⁰. Como en el caso anterior, la idea de que el entorno natural define o afecta de manera importante su cultura, justifica el que deban gozar de mejores herramientas que les permitan incidir en el debate público, balanceando las relaciones de poder, que normalmente presentan un carácter asimétrico, sobre todo en proyectos de inversión de gran envergadura.

Para finalizar con este apartado, podemos decir que la participación indígena permite cerrar el círculo hermenéutico iniciado en la primera sección,

⁸⁹ Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, General Comment 23 The rights of minorities (Article 27) (Fiftieth session), 1994. En: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?OpenDocument> [visitado el 08/11/2012].

⁹⁰ Human Rights Committee, En: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs87.htm> [visitado el 08/11/2012].

cuando apuntábamos a que la participación en sentido lato se justificaba, entre otras razones, por constituir un mecanismo de legitimación democrática. Los fundamentos, a la luz de lo mencionado con anterioridad, pueden sintetizarse en la idea que dado el carácter multicultural y plural de los Estados, no se pueden tomar decisiones sobre los pueblos indígenas sin la intervención de los directamente afectados, pues de lo contrario no se reconocería su carácter de pueblos dotados de igualdad, dignidad y derechos⁹¹. Sin duda los desafíos para los Estados son enormes, pues, entre otras consideraciones, supone el reconocimiento de la existencia de grupos con cierta autonomía jurídica y con una cultura distinta a la nacional, y cómo no, de titulares de derechos que les permiten determinar sus propias vías de desarrollo al amparo de sus tradiciones y prácticas ancestrales. Esto implica, a su vez, como consecuencia para la administración, que debe, en los procesos de planificación e implementación de sus políticas, incorporar a las comunidades indígenas como sujetos de derecho de carácter colectivo y capaces de autodeterminación, no asimilándolos a mecanismos de participación ciudadana, la cual discurre más bien por la senda de los clásicos derechos individuales liberales, y no por los derechos colectivos que protegen a los pueblos en su propia dignidad.

3.2. La participación indígena: contenido y manifestaciones

La participación indígena se ha concretado en una serie de instrumentos de Derecho Internacional, siendo los más importantes el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos (2007). El régimen jurídico que se ha ido consolidando con el tiempo supone cuatro grandes transformaciones en la forma de entender y abordar este derecho:

1) El abandono de la dicotomía individuo/Estado, mediante la crítica a su pretendido carácter monoétnico y homogéneo⁹².

2) La comprensión que los indígenas han sido discriminados históricamente debido a su pertenencia a culturas diversas, y que la raíz de muchos de los problemas presentes se encuentran en el trato dispensado en el pasado y en el déficit de participación que han experimentado.

3) La tercera, y más fundamental transformación a los ojos de este trabajo, radica en que reconociendo la discriminación histórica, su exclusión como sujetos autónomos y el haber sido sujetos de políticas tutelares y de asimila-

⁹¹ Las tensiones que esto ha generado no hacen sino revelar las limitaciones de las democracias latinoamericanas. DARIO CORREA, Hernán, “Derechos indígenas, globalización y derechos humanos”, en AYLWIN, José, *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, 2004, p. 140.

⁹² MARTÍNEZ, “Más allá del voto étnico”, cit. nota n. 6, p. 69.

ción, se les entregan una serie de derechos reparativos, de reconocimiento de su especificidad y de salvaguarda de su autodesarrollo⁹³. Esto se materializa en que ahora los pueblos indígenas tienen derechos que develan su carácter de sujetos específicos con un nombre, una lengua, una religión y una cultura propias, distintas a otros sujetos individuales o colectivos, y la posibilidad de generar su propio desarrollo de manera endógena, y con respeto a su identidad cultural.

4) La cuarta transformación implica la conceptualización de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos. Este hecho supone un cambio profundo en la forma de entender los derechos fundamentales, ligados al paradigma clásico de los derechos individuales liberales, arribando a la idea que muy bien expresa Stavenhagen de que “hay ciertos derechos humanos individuales que solamente pueden ser disfrutados en comunión con otros, lo que significa que el grupo del que se trate se transforma en un derechohabiente de derechos humanos por derecho propio”⁹⁴.

Ahora bien, de acuerdo a estas transformaciones ¿cuál sería el contenido del derecho a la participación? o en otras palabras ¿qué es lo que debería garantizar? Para responder a esta pregunta debemos distinguir en la participación una parte sustantiva y otra adjetiva⁹⁵. La primera se encarga de determinar si la participación materialmente ha posibilitado el goce o ejercicio de aquellos derechos para los cuales aparece como un medio de realización, mientras que la segunda apunta a su cumplimiento formal, es decir, al hecho que las comunidades efectivamente puedan participar en todas aquellas áreas en las que tienen facultades para ello, cumpliéndose los requisitos y estándares reconocidos internacionalmente.

Desde nuestra perspectiva, la parte sustantiva es de la mayor trascendencia, ya que sólo si la participación ha logrado consolidar un nivel de protección adecuado para las comunidades indígenas esta ha sido exitosa⁹⁶. En otras palabras, aun cuando se satisficieran los requisitos adjetivos de la participación, por ejemplo, si la consulta fuese previa, de buena fe, por medio de sus representantes, etc., pero las comunidades persistieran en su situación de vulnerabilidad o la aumentaran, la participación sería ineficaz. Esto obedece, a que la participación

⁹³ MARTÍNEZ, “Más allá del voto étnico”, cit. nota n. 6, p. 69.

⁹⁴ STAVENHAGEN, *Los pueblos indígenas*, cit. nota n.51, p. 28.

⁹⁵ MARTÍNEZ, “Más allá del voto étnico”, cit. nota n. 6, p. 73.

⁹⁶ En este sentido, no debe olvidarse que más allá del texto jurídico lo realmente importante es la práctica cotidiana llevada a cabo por las comunidades, de ahí que no baste con la verificación de la Consulta, sino que debe propenderse a un seguimiento de la realidad indígena a lo largo del tiempo. CONTESSE, Jorge, “Derechos territoriales y autodeterminación indígena: un desafío para la inclusión”, pp. 69 y ss., en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62.

es un derecho que no sólo vale en sí mismo, pues como lo hemos indicado, su fundamento precisamente descansa en su carácter teleológico, es decir, en aquello que se debe lograr con la participación, y que no es sino garantizar una mejora de su calidad de vida.

Para comprender el aspecto sustantivo de la participación distinguiremos entre un principio inderogable, unos derechos mínimos intangibles y unos derechos maximizables⁹⁷. El principio inderogable indica que los pueblos indígenas tienen derecho al máximo control posible de sus instituciones, formas de vida y desarrollo. La importancia de este principio radica en que constituye la orientación y el parámetro de interpretación del derecho a la participación, estando consagrado en el Convenio 169 en su art. 7⁹⁸ y en la Declaración, fundamentalmente en su art. 3⁹⁹. Dado su carácter de mandato de optimización, todo el entramado de la participación deberá estar dirigido a que las comunidades puedan gozar de los más amplios niveles de autodeterminación permitidos por el ordenamiento jurídico, estando la administración obligada a cautelar su protección en este sentido.

Por otro lado, los derechos mínimos intangibles intentan preguntarse si los proyectos, planes o programas afectan y en qué grado, la vida, integridad y la identidad de las comunidades¹⁰⁰. Constituyen un piso mínimo que no se puede dejar de cumplir, surgiendo para los Estados el deber que la participación los asegure. Esto implica que la participación puede, al enfrentarse a otros principios, ser restringida cuando existan razones constitucionalmente justificadas (orden público, propiedad privada, salud, etc.), pero no hasta el nivel que las comunidades sean afectadas en su viabilidad. Entre estos derechos tenemos que la participación debe siempre garantizar o no afectar: la integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5 Convenio 169); el goce sin discriminación de sus libertades fundamentales y derechos (art. 3 Convenio 169); y la posibilidad de tomar medidas que salvaguarden las personas, los bienes, la cultura y el medio ambiente de los pueblos (art. 4).

⁹⁷ YRIGOYEN, Raquel, *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2008, p. 18. En: http://www.redunitas.org/Raquel_Yrigoyen-F-Libre-determinac-des-cons-part-consent-vc.pdf [visitado el 4/11/2012].

⁹⁸ “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

⁹⁹ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

¹⁰⁰ YRIGOYEN, *El derecho*, cit. nota n. 97, p. 20.

Los derechos maximizables comprenden aquellos derechos que deben ser potenciados por medio de la participación, de ahí que solo si la participación ha respondido afirmativamente a preguntas como ¿se aseguran las prioridades de desarrollo de los pueblos?, ¿los proyectos tienen como prioridad el mejoramiento de sus condiciones de vida? o ¿se garantiza el máximo control de su hábitat o tierras?, es que esta ha satisfecho el estándar de protección para el cual fue diseñada¹⁰¹. En este sentido, tenemos el derecho a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo en cuanto afecten a sus condiciones de vida, creencias, bienestar o tierras (art. 7º 1 Convenio 169 OIT) y el derecho a que los planes de desarrollo tengan como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades (art. 7º 2 Convenio 169), de ahí que junto a los beneficios colectivos o nacionales de los planes, deba demostrarse “como tales actividades van a beneficiar de modo concreto a los pueblos afectados”¹⁰². Estos derechos podrían alcanzarse con mayor o menor intensidad, siendo posible hablar de grados de decisión, grados de bienestar o grados de mejoramiento de sus condiciones de existencia. Sin embargo, es aquí donde el principio inderogable al que hemos hecho referencia se muestra especialmente útil, pues estos “grados” de satisfacción de los derechos deben siempre ser interpretados en función del máximo control sobre sus formas de vida, de ahí que si el estándar hermenéutico no es satisfecho, el derecho se ha vulnerado.

De esta forma, la participación coadyuva a la efectividad de otros derechos, en la medida que se basa en la concepción de los pueblos indígenas como actores plenos al interior de los Estados¹⁰³, y en la idea que entiende al desarrollo humano como el aumento de las opciones para que las personas o pueblos puedan mejorar sus vidas de manera autónoma y de acuerdo a sus convicciones¹⁰⁴.

En cuanto al contenido adjetivo de la participación, este tiene que ver con los derechos concretos que ella implica. Como primera gran distinción, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas agrupa la participación en cuatro categorías. La primera categoría comprende aquellas normas que reafirman el derecho a participar en la vida política, la vida económica, social y cultural. La segunda categoría establece normas como el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propios sistemas políticos, legales, económicos, sociales y culturales. Estos derechos pueden leerse como formas que aumentan

¹⁰¹ GUPTA, Aman, *Human rights of Indigenous People*, Gyan Publishing House, New York, 2005, p. 172.

¹⁰² YRIGOYEN, *El derecho*, cit. nota n. 97, p. 22.

¹⁰³ MARTÍNEZ, “Más allá del voto étnico”, cit. nota n. 6, p. 73.

¹⁰⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre desarrollo humano 2002. Profundizar la democracia, cit. nota n. 14.

la participación en la vida pública, pero también como mecanismos destinados a preservar o promover los estilos de vida tradicionales de los pueblos indígenas y, desde luego, como normas que encarnan la autodeterminación de los pueblos¹⁰⁵. La tercera categoría incluye el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones sobre asuntos que los puedan afectar, y la obligación de los Estados de consultar a las comunidades, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de aprobar cualquier proyecto que involucre a sus tierras y recursos naturales o frente a la adopción de medidas legislativas o administrativas que los impliquen. En este sentido, la Declaración se hace eco de los avances normativos y doctrinarios relativos a la interdependencia de una serie de derechos humanos que convergen en esta categoría, como son el derecho a la libre determinación, el derecho a disfrutar de la propia cultura, y el derecho a la no discriminación en el goce de las tierras tradicionales y de sus recursos¹⁰⁶. Por último, la cuarta categoría indica que los Estados deben establecer mecanismos destinados al reconocimiento y acceso de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, estableciendo el derecho de los pueblos a participar en este proceso. Aquí podemos identificar una relación clara entre la participación y el derecho a disfrutar de la propia cultura y de la propiedad, pero también se observa un alcance mayor de la primera al comprender la participación de los pueblos indígenas en el desarrollo de los mecanismos que puedan contribuir a un disfrute más efectivo de estos derechos¹⁰⁷.

Sin embargo, más útil desde un punto de vista analítico es la distinción entre derechos de participación internos y externos¹⁰⁸. Los derechos en el ámbito de decisión interna aluden a los derechos de autonomía y autogobierno, mientras

¹⁰⁵ De esta manera, la CIDH ha establecido relaciones entre los derechos de acceso a los recursos y territorios, y los derechos culturales, en el sentido de ser los primeros la base de los segundos, recongiendo una visión de la tierra como derecho cultural. NASH, Claudio, “Los derechos humanos de los indígenas”, en AYLWIN, *Derechos Humanos*, cit. nota 91, p. 35.

¹⁰⁶ QUANE, “A Further Dimension”, cit. nota n. 86, p. 73.

¹⁰⁷ QUANE, “A Further Dimension”, cit. nota n. 86, p. 74.

¹⁰⁸ Aquí es interesante traer a colación la distinción que realiza Kymlicka entre protecciones externas y restricciones internas. Las primeras aluden al trato igualitario que el grupo debe recibir en relación a otros grupos, y las segundas, a las prohibiciones que el grupo dirige a sus miembros a fin de perpetuarse. Esta distinción ha dado lugar a un intenso debate, teniendo en cuenta que desde una perspectiva liberal las restricciones internas serían incompatibles con valores como la autonomía o con los derechos individuales. En términos de nuestro trabajo, los derechos de participación externos corresponderían precisamente a las exigencias de trato igualitario que emanen de las protecciones externas, y los derechos de participación internos, a las aludidas restricciones internas. Desde esta base, la participación al interior de las comunidades puede dar pie a toda una serie de problemas en aquellos casos, por ejemplo, en que no se respeten algunos estándares constitucionales reconocidos en el país (debido proceso, libertad, igualdad, entre otros). El debate es interesante, pero lo dejamos solo esbozado dado que no se sitúa dentro de los objetivos de la investigación. Véase: KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.

que los de decisión externa lo hacen a todos los procesos o instituciones estatales o no estatales con los cuales los indígenas pueden entrar en relación¹⁰⁹. Dentro de estos últimos es posible subdistinguir entre derechos de participación sustantiva, representado por el derecho a participar en todo el ciclo de políticas públicas¹¹⁰, y derechos de participación previa, que corresponden a la Consulta¹¹¹ y al consentimiento¹¹². El conjunto de estos derechos correctamente aplicados conduce a un estándar de “participación integral”. En la siguiente sección estudiaremos algunos casos de participación externa, según se han dado en el derecho nacional.

4. PARTICIPACIÓN Y COMUNIDADES INDÍGENAS: CASOS Y EXPERIENCIAS

Como lo hemos sostenido, la participación indígena es un derecho que debe entenderse como una manifestación de la autodeterminación, dirigido a que las comunidades alcancen el máximo control posible sobre su entorno, lo cual es especialmente urgente toda vez que la carencia de un efectivo reconocimiento de estos derechos ha desembocado, entre otras razones, en condiciones de desamparo desiguales con relación a la población general. Lo que ofrecemos a continuación son instancias de naturaleza diversa pero que tienen en común una preocupación por la justicia ambiental, abordadas (con mayor o menor éxito) desde el mecanismo de la participación. Es así como en todos ellas, pero en grados variables, se han discutido o están de modo subyacente temas como la autodeterminación de las comunidades; la valorización de la diferencia cultural entre grupos humanos que perciben de diversa forma un mismo fenómeno; problemas de competencia o de acceso a los recursos económicos; preocupación por las consecuencias sociales de decisiones medioambientales, y aspectos vinculados a la distribución de los beneficios y los daños ambientales.

a) *El caso de la Ley Lafkenche*

Como explica Jorge Contesse, las experiencias latinoamericanas en la distribución de recursos territoriales beben de un modelo de corte individualista en el

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ, Andrés; DE LA PIEDRA RAVANAL, Cristhian, “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169”, *Estudios Públicos* núm. 121, 2011.

¹¹⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, 2007, art. 18 y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, en los arts. 6 Nº 1 a) y 7 Nº 1.

¹¹¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, 2007 arts. 19, 30 y 32 y en el 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, arts. 6, 15 y 17.

¹¹² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, 2007 arts. 10, 29 y 30 y en el 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, art. 16 Nº 2.

cual es el Estado el que determina desde arriba "los contornos de lo posible"¹¹³. Sin embargo, el nexo común a muchas instancias de participación indígena radica en que son los propios sujetos colectivos los que dirigen sus demandas al Estado, en clave de derechos, pero sin que necesariamente respondan a las mismas categorías alentadas por él, dando vida a lo que el autor denomina un derecho "desde abajo"¹¹⁴. Muy claro a este respecto es el caso de la Ley Nº 20.249, que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, o también conocida como Ley Lafkenche.

Según leemos en la historia de la ley, fueron varios los aspectos que justificaron una legislación de este tipo, especialmente aquellos que decían relación con el reconocimiento de un uso ancestral¹¹⁵ del borde costero de las regiones VIII, IX y X por parte de comunidades indígenas, la circunstancia de que dicho uso había determinado las formas de vida y la cultura de estas sociedades, y la inexistencia de un marco jurídico que reconociera esta especificidad¹¹⁶. Lo interesante radicó en que fue al interior de las propias comunidades que se gestó una conciencia sobre la naturaleza del problema y sobre la forma de atacarlo. El punto de partida estuvo dado por el diagnóstico sobre la Ley de Pesca y Acuicultura, la cual implementaba las áreas de manejo y explotación de los recursos bentónicos. El problema, desde el punto de vista de las comunidades, era que esta ley no reconocía las estructuras organizacionales ni la existencia de trabajadores del mar pertenecientes al mundo indígena, establecía formas de organización ajena a la cultura ancestral (Sindicatos de Pescadores) que desarticulaban sus propias instituciones, se privaba del acceso al mar y a los recursos que tradicionalmente habían explotado, y provocaba conflictos entre las propias comunidades producto del diseño institucional privatizador animado por dicha normativa¹¹⁷. A partir

¹¹³ CONTESSE, "Derechos territoriales", cit. nota n. 96, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 77.

¹¹⁴ CONTESSE, "Derechos territoriales", cit. nota n. 96, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 78.

¹¹⁵ "Ahora bien, junto a los asentamientos lafkenches continentales, existen antecedentes arqueológicos y etnohistóricos del poblamiento de las islas Santa María y Mocha, frente al golfo de Arauco y Tirúa, respectivamente, las que tenían un estrecho contacto con las poblaciones del continente, intercambiando productos. Este vínculo comercial y alianzas parentales y políticas también se han realizado desde el siglo XVI con las poblaciones que se encuentran tierra adentro". En ALVEZ, Amaya; GUISSI, Nicolás, *Ánalisis crítico de la Ley Lafkenche y su implementación en el marco de la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Chile* (sin publicar), p. 5.

¹¹⁶ Historia de la Ley Nº 20.249, "Crea el espacio costero marítimo de los pueblos originarios", Mensaje presidencial, p. 4. En: <http://www.fipasur.cl/archivos/Historia%20de%20ley%20lafkenche%2020249.pdf> [visitado el 11/10/2012].

¹¹⁷ DE LA MAZA, Gonzalo; FLORES, Fabián, "Incidencia del movimiento indígena en la ley que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios de Chile", en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 116.

de aquí los dirigentes lafkenches desplegaron “una voluntad estratégica para materializar el control indígena sobre el borde costero”¹¹⁸.

Esto se demuestra en varios hitos que marcaron el camino de la creación de la Ley Lafkenche¹¹⁹, los cuales pueden dividirse en intentos por alcanzar una modificación de la Ley de Pesca e intentos por lograr una legislación especial para los pueblos indígenas. En el primer caso, se iniciaron acercamientos con diversos dirigentes políticos, los cuales culminaron en agosto de 2001 con un proyecto de ley presentado por la organización Pu Lafkenche a través de la Conadi VIII región y de la Gobernación de Arauco, el que, en definitiva, no fue considerado en las modificaciones efectuadas a la Ley de Pesca de ese año. Posteriormente, la elección del dirigente de la asociación Identidad Territorial Lafkenche, Adolfo Millabur, como alcalde de Tirúa, representó una excelente oportunidad para fortalecer el movimiento, traducida en las facilidades para concertar reuniones políticas y para una mayor nivelación entre las partes negociadoras. Es así como el año 2002 los dirigentes plantearon la posibilidad de que se reconociera un tratamiento especial para las comunidades que permitiere el uso y aprovechamiento del borde costero, lo que fue desestimado debido a las presiones de algunos sectores productivos. Frente a este panorama un tanto desalentador, los dirigentes lafkenches iniciaron un proceso de fortalecimiento y ampliación de las organizaciones indígenas y de los grupos de líderes y profesionales afines al movimiento, lo cual desembocó en la conclusión de que el camino debía estar constituido por una legislación de carácter especial que reconociera los derechos del lafkenmapu al acceso de sus recursos, para lo cual se creó una mesa de trabajo intersectorial dirigida al diseño de lo que sería la Ley Lafkenche. Es así como pasamos a la segunda etapa. En esta, los esfuerzos llevaron a que el año 2005 ingresara a la Cámara de Diputados un proyecto de ley destinado a crear el espacio costero marítimo de los pueblos originarios. Ya en sede legislativa, los dirigentes debieron enfrentar una serie de cuestionamientos al proyecto, básicamente concretados en la forma de conciliar los intereses de los pescadores artesanales y los de las comunidades, y en la manera de entender el concepto de “uso consuetudinario”, lo que dio lugar a una serie de indicaciones. Aquí los dirigentes desplegaron un intenso lobby con parlamentarios, representantes religiosos y asesores técnicos, a fin de recabar apoyo y despejar dudas, todo lo cual rindió sus frutos, a tal punto que la mayoría de las indicaciones fueron retiradas o rechazadas. Esto llevó a

¹¹⁸ DE LA MAZA; FLORES, “Incidencia del movimiento”. cit. nota n. 117, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 117.

¹¹⁹ Seguimos la relación sobre el proceso de creación de la ley que llevan a cabo: DELAMAZA; FLORES, “Incidencia del movimiento”. cit. nota n. 117, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 10, 1-113, estudio al cual nos remitimos para mayores detalles.

la aprobación del proyecto, y a su publicación en el Diario Oficial el 16 de febrero del año 2008.

¿Qué lograron las comunidades indígenas? Para efectos de este trabajo, el elemento clave lo encontramos en el art. 3 que crea el “espacio costero marítimo de pueblos originarios”¹²⁰, y en el art. 6 al reconocer el uso consuetudinario, el cual comprende usos pesqueros, religiosos, recreativos o medicinales¹²¹. Como hemos reflexionado, las comunidades indígenas guardan un estrecho vínculo con su entorno, fundado en ancestrales prácticas que han ido definiendo su cultura. De ahí que el reconocimiento de este hecho, bajo la forma de un mecanismo de acceso al borde costero y a un espacio que sirva de soporte a sus prácticas tradicionales, sea tan relevante. En este sentido, conviene recordar que tanto la Declaración como el Convenio 169 establecen la obligación estatal de reconocer la propiedad sobre las tierras que las comunidades tradicionalmente han ocupado, y el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y recursos¹²². Así, la ley en comento, ha venido a concretar y garantizar el debatido concepto de territorio, el que alude a un hábitat necesario para desarrollar la cultura de los pueblos originarios de un carácter más amplio que la noción de tierras, al disponer en primer lugar de un convenio de uso, que permitirá utilizar, administrar y conservar recursos naturales que puedan ser objeto de disputas o de controversias jurídicas¹²³, y al reconocer, en segundo lugar, de manera explícita y prioritaria, la posibilidad de suspender otras reclamaciones hasta la espera de la resolución sobre el uso consuetudinario, respetando desde luego, aquellos usos que hayan sido previamente solicitados y entregados¹²⁴.

¹²⁰ “Espacio costero marino de pueblos originarios. Créase el espacio costero marino de pueblos originarios, cuyo objetivo será resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. El espacio costero marino de pueblos originarios será entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, a la Subsecretaría de Pesca la cual suscribirá el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria”.

¹²¹ “Uso consuetudinario. El espacio costero marino de pueblos originarios deberá fundarse siempre en el uso consuetudinario del mismo que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante. Se entenderá por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura. El reglamento establecerá, respecto de cada tipo de uso, la periodicidad de las prácticas o conductas. No afectará la habitualidad las interrupciones del uso. El uso consuetudinario podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales”.

¹²² Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas art. 26, Convenio 169 art. 14.

¹²³ ALVEZ; GUSSI, Análisis crítico de la Ley Lafkenche, cit. nota n. 115, p. 85.

¹²⁴ DE LA MAZA; FLORES, “Incidencia del movimiento”. cit. nota n. 117, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 112.

El reconocimiento de este derecho explica muy bien lo que hemos venido desarrollando sobre la participación indígena. Las comunidades lafkenche llevaron a cabo un proceso de recuperación de sus recursos naturales y culturales, lo que se puede entender como una manifestación de la autodeterminación, en el sentido del ejercicio de un derecho destinado a alcanzar el máximo control posible sobre sus formas de vida. Para ello desplegaron instancias de intervención en los asuntos de interés público en tanto portadores de demandas sociales, suministrando a la administración elementos para alcanzar un diseño institucional que respondiera a las necesidades de las comunidades, en su calidad de sujetos colectivos. Es así que la experiencia de esta ley es ejemplo de un tipo de política pública, que impugna la construcción “desde arriba” y focalizada en territorios o sujetos delimitados por el Estado¹²⁵, toda vez que fueron las propias comunidades las que en procesos de negociación altamente participativos sentaron las bases para su desarrollo de acuerdo a sus propias tradiciones, recogiendo los principios de igualdad y no discriminación hacia las comunidades indígenas mediante mecanismos de discriminación positiva, participación y empoderamiento¹²⁶, y el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales. Además debiese representar un camino a seguir, toda vez que de acuerdo al Convenio y a la Declaración las comunidades tienen el derecho a participar en todo el ciclo de políticas públicas, lo que muy concretamente implica la consulta y participación en la discusión de aquellos proyectos legislativos que los afectaren de algún modo¹²⁷.

¹²⁵ DE LA MAZA; FLORES, “Incidencia del movimiento”. cit. nota n. 117, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 120.

¹²⁶ DE LA MAZA; FLORES, “Incidencia del movimiento”. cit. nota n. 117, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 119.

¹²⁷ Este derecho lo encontramos en el Convenio claramente en el art. 6 N° 1 a), cuando indica que al aplicar sus disposiciones los Gobiernos deberán “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”, en el art. 7 N° 1, cuando establece el derecho para los pueblos indígenas a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente, y en el art. 18 de la Declaración al prescribir que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones sobre asuntos que afecten sus derechos. Un ejemplo de participación legislativa lo constituye el Parlamento Saami en Noruega. Este órgano cuenta con miembros elegidos por la población Saami, extendiéndose su competencia a todas las materias que los afecten. Así, puede por su propia iniciativa plantear temas dentro del ámbito de su competencia y pronunciarse sobre ellos, interviniendo en áreas como la Consulta, derechos sobre las tierras, recursos naturales, entre otros, procurando que los intereses de las comunidades sean incorporados. También son interesantes las experiencias de cupos parlamentarios para representantes de los pueblos indígenas en diversos países de América Latina. MÉREMINSKAYA, “El Convenio 169”, cit. nota n. 72, p. 249.

b) El caso de las áreas de conservación

La declaración de área protegida se ha traducido en dos consecuencias para las comunidades indígenas. En primer lugar, una pérdida de sus tierras ancestrales producto de la superposición de las mismas con las zonas objeto de protección, sin mediar consulta previa y, en segundo lugar, bajo el alero de un modelo de protección estricta, la imposibilidad de habitar dichas tierras y de acceder a sus recursos¹²⁸. Sin embargo, la tendencia va en sentido contrario, toda vez que como una expresión de la autodeterminación, se reconocen una serie de derechos que desembocan en una mayor participación de las comunidades en el control de estas zonas. Así, según el Convenio 169, los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo (art. 7.1), para lo cual es especialmente relevante el derecho a *participar* en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en ellas (art. 15.1). Este reconocimiento al papel de las comunidades lo encontramos también en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por Chile en 1994, el cual dispone que los Estados deberán respetar, preservar y mantener las prácticas de las comunidades pertinentes para la conservación de la diversidad biológica con la aprobación y *participación* de quienes posean esos conocimientos (art. 8 j). Más claras aún son las directrices de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, integrada por diversos Estados, entre ellos Chile. Así, se ha prescrito que todas las áreas protegidas serán manejadas y establecidas en conformidad con los derechos de los pueblos indígenas, que dichas comunidades estarán representadas en el manejo de las áreas de conservación, y que se establecerán mecanismos participativos para la restitución de las tierras y territorios transformados en áreas de protección sin el consentimiento previo, libre e informado.

Lo que se puede extraer de este repaso son algunas consideraciones de importancia. En primer lugar, que los Estados deben tomar en consideración los derechos de las comunidades indígenas en todos aquellos casos que se proceda a una declaratoria de área protegida, implementando mecanismos de participación efectivos. Segundo, que los Estados deben reconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, tanto a sus tierras, como al concepto más amplio de territorio, aun tratándose de áreas protegidas. Tercero, que se deben incorporar a las comunidades a la administración y manejo de dichas áreas, garantizando su autodeterminación, y la conservación de sus prácticas ancestrales de conservación. En Chile existen algunas experiencias interesantes, entre las cuales destacaremos el caso del Valle de la Luna.

¹²⁸ AYLWIN, José; CUADRA, Ximena, *Los desafíos de la conservación en los territorios indígenas en Chile*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2011, p. 14.

Con la creación de la Reserva Nacional Los Flamencos en 1990 se pretendió proteger a esta zona de gran belleza y diversidad biológica del norte de nuestro país. Sin embargo, con la explosión del turismo, el consiguiente incremento de la población, y la falta de control y vigilancia del sitio, las comunidades observaron la destrucción de un territorio que para ellos tenía el carácter de ancestral, y que había servido de sustento para su cultura. La entrada en vigencia de la Ley N° 19. 253 (Ley Indígena), a su vez, permitió sentar las bases para una mayor incidencia de las comunidades, al establecer la figura conocida como Área de Desarrollo Indígena (ADI), que permitiría la creación en 1997 de la ADI Atacama la Grande, y al disponer en su art. 35 que tratándose de áreas silvestres protegidas ubicadas en dichas áreas la administración de las mismas “considerará la participación de las comunidad ahí existentes”, determinándose en cada caso su forma y alcance.

Un primer problema que se presentó fueron las dudas de la Conaf en torno a la forma de entender el término “participación”. Para este organismo bastaba con que las comunidades fuesen consultadas, pero que la toma de decisiones y la administración debía quedar en manos de la Corporación¹²⁹. Por otro lado, la CONADI era partidaria de entender que “participación” apuntaba a una participación activa, que debía ir mucho más allá de la mera consulta, propugnando porque las comunidades asumieran un rol clave en la administración de los sitios, postura que, en definitiva, prevaleció. Es así como se llegó a una experiencia de coadministración entre las comunidades y la Conaf sobre el sector Valle de la Luna, destacada como un ejemplo de participación y autodeterminación indígena. Un segundo problema consistió en cómo hacer operativa la participación. Esta se ha llevado a cabo por medio de un contrato asociativo celebrado entre la Asociación Indígena Valle de la Luna y Conaf. La asociación fue constituida bajo los arts. 36 y 37 de la Ley Indígena, formando parte de ella seis antiguas comunidades cercanas al Valle, teniendo cada una cinco representantes que participan en la asamblea de la asociación, con derecho a voz y voto. El régimen de coadministración diseñado corresponde a un acuerdo en el cual las partes se encuentran en una situación de igualdad y cooperación en cuanto a todas las decisiones que afecten al espacio territorial¹³⁰, aunque la dinámica ha implicado que en la práctica la Conaf haya operado una transferencia del control a la Asociación, quien es la que lleva a cabo la mayor parte de las actividades. Es así como esta maneja las ganancias de los ingresos, define sus propios planes de

¹²⁹ SEELAU, Laura; SEELAU, Ryan, “Protegiendo sus territorios: coadministración entre comunidades atacameñas y el Estado chileno en el Valle de la Luna”, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 140.

¹³⁰ SEELAU; SEELAU, “Protegiendo sus territorios”, cit. nota n. 129, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 144.

desarrollo y proyectos estratégicos, determina su presupuesto y decide quiénes trabajan en el sitio, todo de acuerdo a los objetivos que se ha autoimpuesto, y que de acuerdo a su orden de prioridad son: la protección y conservación, la recuperación y valorización de la cultura atacameña y la promoción del turismo¹³¹. Esa experiencia ha implicado el logro de varios objetivos:

- En lo inmediato, un incremento del valor del área protegida y el mejoramiento del conocimiento del manejo y del aprovechamiento de los recursos naturales existentes¹³².

- Una aplicación concreta del derecho a la autodeterminación indígena, por medio de la participación en el control de un área protegida. Para entender este aspecto debemos comprender que la autodeterminación presenta un aspecto relacionado con el ámbito temático, otro con el grado de control y otro con el nivel organizativo interno de cada pueblo. Para nosotros reviste especial importancia el segundo, pues las experiencias sobre áreas de conservación, y en especial la que estamos relatando, que es la más exitosa y profunda, llegan hasta un nivel corresponsabilidad con el Estado¹³³, sin implicar una completa autodeterminación. Recordando la escalera de Arnstein mencionada en la primera sección, en que cada peldaño constitúa una instancia de profundización de la participación, lo que tenemos en estas situaciones no es ni un total control sobre el área objeto de protección, ni tampoco una privación a las comunidades del derecho a incidir de alguna manera en su administración, pues si bien la Asociación tiene un margen de acción importante, Conaf aún mantiene un cierto control sobre la zona y sobre las decisiones que se tomen¹³⁴. Esto permite comprender que estamos en presencia de una autodeterminación y de una participación limitadas, entre otros aspectos, por la falta de reconocimiento de derechos territoriales de acuerdo a los estándares del Convenio, por la existencia de limitados recursos económicos, y por las presiones de la minería, lo que ha llevado a algunos dirigentes indígenas a hablar de una “medio libre-determinación”¹³⁵. Con todo, este es un proceso que debe ser visto como un paso más hacia una efectiva protección de los derechos indígenas, que en la medida que sea exitoso, permitirá ir subiendo en los peldaños de la participación.

¹³¹ SEELAU; SEELAU, “Protegiendo sus territorios”, cit. nota n. 129, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 146.

¹³² AYLWIN; CUADRA, “Los desafíos de la conservación”, cit. nota n. 128.

¹³³ SEELAU; SEELAU, “Protegiendo sus territorios”, cit. nota n. 129, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 160.

¹³⁴ SEELAU; SEELAU, “Protegiendo sus territorios”, cit. nota n. 129, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 160.

¹³⁵ SEELAU; SEELAU, “Protegiendo sus territorios”, cit. nota n. 129, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 159.

- Una problematización de los derechos territoriales. En efecto, desde el punto de vista de las comunidades, la experiencia de control de las áreas de protección forma parte de la reivindicación a sus tierras y territorios. Ahora bien, tanto el decreto que crea la ADI Atacama la Grande como la propia Conaf han reconocido que estas tierras forman parte de aquellas que han ocupado históricamente y los patrones de ocupación y uso que las poblaciones atacameñas han concretado en la zona¹³⁶. El problema, sin embargo, es que jurídicamente las tierras son de propiedad fiscal, sin que las comunidades tengan más derechos que aquellos que forman parte del control o administración del Valle, estando bajo los estándares establecidos por el Convenio 169. No obstante ello, y pendiente la “cuestión del título”, que sigue siendo una demanda de las comunidades aunque sin posibilidad de solución en el futuro inmediato, el mecanismo de coadministración utilizado ha permitido para las comunidades una vía media, entre el reconocimiento de sus derechos territoriales y la imposibilidad de acceder a cualquier tipo de pretensión jurídica sobre los mismos, enfocándose en el control real.

c) El Convenio 169 y el SEIA

Una de las vías por las que llegamos a hablar de temas indígenas en problemas relativos al medioambiente es a través del SEIA. En efecto, el SEIA se ha convertido en el instrumento de gestión ambiental que, a falta de una institucionalidad destinada especialmente al efecto, ha servido de marco para discutir problemas de justicia distributiva o ambiental¹³⁷. Es así que proyectos como Pascua Lama, Ralco, o la Autopista de Acceso Sur a Santiago, que han supuesto conflictos sociales importantes, han desnudado con ello la distribución inequitativa de costos ambientales, y la “ausencia de una participación informada y que realmente tuviese incidencia al momento de adoptar las decisiones ambientales”¹³⁸. Es así, por ejemplo, que según el Informe “Situación de los Derechos Humanos en Chile”, elaborado por el Instituto de Derechos Humanos el año 2011, entre enero de 2010 y julio de 2011 quedaron en estado de firme y ejecutoriadas 45 sentencias en causas sobre violación del Convenio 169. De estas, cerca de 22 fallos han estado relacionados con la aprobación de resoluciones ambientales favorables relativas a proyectos ubicados en tierras o territorios indígenas¹³⁹.

¹³⁶ SEELAU; SEELAU, “Protegiendo sus territorios”, cit. nota n. 129, en FERNÁNDEZ; SALINAS, *Defensa de los derechos*, cit. nota n. 62, p. 154.

¹³⁷ HERVÉ, “El desarrollo sustentable”, cit. nota n. 42, p. 273.

¹³⁸ HERVÉ, “El desarrollo sustentable”, cit. nota n. 42, p. 274.

¹³⁹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe anual situación, cit. nota n. 56, p. 40.

En este sentido es posible destacar una serie de sentencias que han abordado la temática indígena en relación a la impugnación del SEIA, fundamentalmente tratándose de recursos de protección. Los casos que se mencionarán brevemente a continuación tienen un común denominador, a saber, comunidades indígenas que estiman violadas sus garantías constitucionales en relación a proyectos que generan un impacto en el medio ambiente y, con ello, a sus formas de vida. Así, tenemos fallos que han debido pronunciarse sobre proyectos que se relacionan con sondajes de prospección, la construcción de parques eólicos, la actualización de planes reguladores o la existencia de estaciones de transferencias de residuos sólidos.

El punto que nos interesa destacar pasa por el hecho que esta jurisprudencia parece estar conteste en que la protección de las comunidades exige el aseguramiento de un medioambiente libre de contaminación, dada la especial conexión que existe entre ellas y su entorno, lo que obliga a que los proyectos deban resolverse vía Estudio de Impacto Ambiental y no mediante Resolución de Impacto Ambiental, permitiendo así la participación indígena, producto de encontrarnos en situaciones de afectación directa a las comunidades¹⁴⁰. Esto, a su vez, como ya lo hemos mencionado, ha llevado a la Corte a estimar que la participación indígena no es homologable a la participación ciudadana que se contempla en la legislación ambiental, estableciendo la obligación de incorporar la Consulta tal como se establece en el Convenio 169.

Por tanto, dado que las comunidades indígenas dependen de su entorno, la participación se torna relevante, pues de no mediar esta podría tener prevalencia el interés privado o público de llevar a cabo el proyecto por sobre el derecho de las comunidades a una serie de aspectos interconectados tales como su existencia, cultura, salud, desarrollo o lengua, los que podrían verse lesionados si su entorno resultara afectado, dentro de un contexto social, además, en el que estas comunidades generalmente presentan altos niveles de vulnerabilidad, estando localizadas precisamente en zonas con alto potencial para el desarrollo de proyectos.

Como se aprecia, volvemos al hecho que la participación tiene que ver con la legitimidad democrática y con una mayor racionalidad de la decisión al incorporar a todos los involucrados, aspectos de especial relevancia tratándose de

¹⁴⁰ En Chile se ha entendido que existe afectación directa cuando se producen los efectos, circunstancias y características del art. 11 letra c) de la Ley N° 19.300, el cual dispone la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental toda vez que exista “Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”, materia que se encuentra desarrollada en Minuta explicativa “Sobre la consulta de parte del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental y guías de procedimiento de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA)”.

aquellos grupos tradicionalmente marginados, con escaso poder de influencia pero que, a la vez, sufren los perjuicios de cargas ambientales inequitativamente distribuidas. También se vincula con una forma de entender a la participación indígena como manifestación de la autodeterminación de sujetos colectivos, para los cuales la posibilidad de incidir en todos aquellos proyectos que los afecten se torna relevante como mecanismo que les permitan alcanzar el máximo control sobre sus formas de vida, principio y parámetro de interpretación que es la base para poder entender correctamente estas situaciones:

a) Corte Suprema, Rol N° 6.062-2010: en este caso se trató de la declaración favorable del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”. Sin embargo, se había omitido el deber de consulta, lo cual se estimó ilegítimo dado que precisamente en sus cercanías existían comunidades indígenas y espacios de significación cultural que podrían verse afectados por la presencia del proyecto. Este aspecto fue estimado como relevante por la Corte de Apelaciones de Valdivia, destacando la especial relación entre las comunidades indígenas y el medio ambiente, de tal forma que para la cautela de las primeras se exigiría la protección de la segunda, así “[N]o cabe duda que existe una vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea, por lo que es atinente en la especie lo que señala la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que en su artículo 25 contempla el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma”¹⁴¹. La Corte Suprema, al conocer del recurso y confirmar la sentencia de alzada que otorgó la cautela a los recurrentes, insistió en que este tipo de proyectos (que generan riesgos para la salud de la población) requieren de un Estudio de Impacto Ambiental, pues es el instrumento que permite efectivamente a los afectados participar en el proceso de calificación ambiental. Pero también se encargó de precisar que tratándose de comunidades indígenas la protección de la garantía a un medioambiente libre de contaminación se cumplía además al amparo de lo dispuesto en el Convenio 169, es decir, reconociendo su existencia como sujeto de derechos colectivos, y procediendo a la Consulta previa en la forma dispuesta en dicho instrumento.

b) Corte Suprema, Rol N° 11.040-2011: en este caso se presentó recurso de protección por afectación de las garantías establecidas en el art. 19 N° 2 y

¹⁴¹ Manquepillan y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Ríos, Corte Suprema, recurso de protección, 4 de enero de 2011, En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 10/12/2011].

Nº 9 de la Constitución. En los hechos, el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” fue calificado favorablemente por la Comisión de Evaluación de la I Región de Tarapacá, lo que en parecer de los recurrentes constituía una decisión ilegal y arbitraria toda vez que el proyecto debía entrar al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no como había ocurrido, mediante una Resolución de Impacto Ambiental. El problema, para lo que nos interesa en este apartado, pasaba porque el proyecto se encontraba en un Área de Desarrollo Indígena denominada “Jiwasa Orage”, reconocida oficialmente, y que precisamente tenía por finalidad propender al desarrollo armónico de dichos pueblos. Por tanto, según la Corte, existía una violación de la igualdad ante la ley, pues se había omitido el deber de Consulta tal como lo exige el Convenio 169 de la OIT, y al hacerlo “deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas”¹⁴², negando el trato de iguales a las comunidades indígenas. Como vemos, la sentencia gravita en torno a la idea que el SEIA debe respetar la especificidad cultural de las comunidades, pues los proyectos con incidencia ambiental deben contar con la participación efectiva de las mismas como medida de protección, así “cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”¹⁴³. En este sentido, lo verdaderamente interesante, radica en que el principio de igualdad se interpreta desde el punto de vista que los sujetos titulares del derecho no son los individuos, sino que las comunidades, lo que permite a la Corte enlazar por un lado la protección de la cultura y la protección del medioambiente como dos elementos necesarios para mantener su autonomía como pueblos.

c) Corte Suprema, Rol Nº 10.090-2011: esta situación también fue conocida en relación a la presentación de un recurso de protección por vulneración de las garantías constitucionales del art. 19 Nºs. 2 y 20. Básicamente, los recurrentes impugnaban el SEIA pues se procedió a la calificación favorable del proyecto “Parque Eólico Chiloé” por medio de una Resolución de Impacto Ambiental y

¹⁴² Condore y otros con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, Corte Suprema, recurso de protección, 30 de marzo de 2012. En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 22/08/2012].

¹⁴³ Condore y otros con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, Corte Suprema, cit. nota n. 142.

no por un Estudio¹⁴⁴. El fundamento del reclamo estribaba en que el proyecto afectaba a poblaciones, recursos y áreas protegidas, en particular a comunidades indígenas Huilliches asentadas en los terrenos que serían intervenidos por el proyecto, y en la omisión del deber de Consulta. En esta situación la Corte brindó la cautela requerida en razón que “para la aprobación del proyecto ‘Parque Eólico Chiloé’ era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido”¹⁴⁵. La Sentencia es importante, porque no solo establece y reitera que se debe contar con los mecanismos de consulta adecuados, a fin de cautelar los derechos de las comunidades, sino que, además, expresamente prescribe que la participación ambiental ciudadana no establece un estándar de protección acorde con los requerimientos de la participación indígena, debiendo interpretarse o complementarse con las disposiciones que se contemplan en el Convenio 169¹⁴⁶.

d) Corte Suprema, Rol N° 258-2011: se trató de una situación en que la Corema de Antofagasta calificó favorablemente el proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” mediante una Resolución de Impacto Ambiental. Tanto la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños

¹⁴⁴ Comunidad Antu Lafquen con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Lagos, Corte Suprema, recurso de protección, 22 de marzo de 2012, En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 22/08/2012].

¹⁴⁵ Manquepillan y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Ríos. Corte Suprema, cit. nota n. 141.

¹⁴⁶ En este sentido, conviene recordar que el obligado según el Convenio es el Estado, lo que supone que es este el encargado de llevar adelante y cautelar el procedimiento de consulta. Sin embargo, puede ocurrir que este descance en los particulares, con el peligro de desvirtuar el proceso. Así, en una investigación muy interesante y clarificadora a este respecto sobre el caso colombiano, se ha constatado que el Estado ha descargado en los particulares muchas de sus obligaciones, concluyendo con a lo menos tres reflexiones, que debiesen ser consideradas para futuros análisis sobre la realidad nacional:

a) Existe un rol pasivo por parte del Estado, evidenciando una desarticulación entre los compromisos asumidos por este bajo la Declaración y el Convenio y lo que ocurre en la práctica, generando una institucionalidad poco garante de los derechos indígenas.

b) Cuando las empresas se comprometen a realizar consultas previas lo hacen no tanto en cumplimiento de acuerdos internacionales, sino que como parte de los compromisos adquiridos para poder llevar adelante sus proyectos, basadas en razones estratégicas, de viabilidad empresarial o de imagen (hay que recordar que la experiencia muestra que las empresas en realidad no realizan consultas, sino que procesos de negociación sobre indemnizaciones y compensaciones, de ahí que no pueda delegarse simplemente en los particulares el cumplir con los estándares de la participación).

c) El primer contacto de las comunidades es generalmente con las empresas, no con la figura del Estado, generando un mayor riesgo de procesos judiciales y una imposibilidad de generar diálogos en tiempos y formas oportunas. Véase: CASTILLO MENÉS, Yadira, “El rol de la Empresa Transnacional Extractiva de petróleo en la Consulta Previa con las Comunidades Indígenas: la experiencia en Colombia”, *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, núm. 37, 2012, p. 7.

como la Comunidad Atacameña Toconao, presentaron recurso de protección por violación de las garantías del art. 19 Nº 2 y Nº 21, el cual fue acogido en definitiva por la Corte indicando que "la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de éstas. (...) sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones"¹⁴⁷.

Se reitera, por tanto, que para la protección de las comunidades se debe proceder mediante un modelo que respete sus prioridades de desarrollo y sus formas de vida, rechazando una aproximación que decida "desde afuera" de los pueblos lo que es mejor para ellos¹⁴⁸.

5. CONCLUSIONES

La participación en las democracias contemporáneas se ha transformado en un elemento estructural, presentándose como un factor de legitimidad y de racionalidad decisional. Así, por medio de ella, es posible alcanzar una redistribución del poder político, permitiendo que sectores de la población, tradicionalmente desprovistos de herramientas de acción con la capacidad para incidir en la toma de decisiones, puedan efectivamente hacer presente sus reque-

¹⁴⁷ Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Antofagasta, Corte Suprema, cit. nota n. 67.

¹⁴⁸ Un punto que merece ser destacado reside en que en algunas situaciones no bastaría la consulta y se requeriría el consentimiento de las comunidades. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Saramaka vs. Surinam de 2007, ha profundizado en la naturaleza jurídica del consentimiento, revelando que la exigencia del mismo parece surgir en aquellas situaciones en las cuales los pueblos indígenas corren un real peligro de desaparecer frente a proyectos especialmente gravosos. El principio jurídico que surge de esta sentencia es enunciado así "en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales". Es por ello que de la sentencia de la CIDH se extrae un modelo interpretativo que permite abrir la posibilidad de exigir el consentimiento de los pueblos indígenas ante proyectos de una escala tal que puedan generar efectos especialmente intentos e irreparables para las comunidades, como serían "la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración", entre otros. Véase: "Saramaka vs. Surinam", Corte Interamericana de Derechos Humanos, acoge la demanda del requirente en contra del Estado de Surinam, 28 de noviembre de 2007. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf [visitado el 24/11/2012].

rimientos y presionar ante la administración. Los pueblos indígenas representan a uno de estos sectores. En ellos confluyen tres elementos que hacen que su situación se presente como muy compleja: constituir una población con altos niveles de pobreza, haber sido desprovistos de derechos y estar localizados en sectores con un alto potencial para el desarrollo de proyectos que generan cargas ambientales. Lo anterior ha desembocado en el reconocimiento de derechos colectivos cuyos titulares son los pueblos indígenas. Estos derechos descansan en la autodeterminación, entendida como el conjunto de derechos económicos, culturales y políticos radicados en comunidades indígenas particulares, y que las habilitan para generar instancias de desarrollo de acuerdo a sus propias convicciones. Los mismos se vuelven operativos solo si a las comunidades se las dota de efectivas herramientas de participación que les permitan incorporar sus visiones a los planes o programas susceptibles de afectarles, nivelando procesos de negociación tradicionalmente asimétricos.

Dentro de estos planes o programas son especialmente relevantes todos aquellos que dicen relación con el medioambiente, pues entre este y las comunidades existe un estrecho vínculo que da forma a su cultura y que constituye el marco para su desarrollo. Por ello la participación aparece con un elemento central de justicia ambiental, pues permite que toda iniciativa capaz de impactar a las comunidades pueda ser modificada o incluso, bajo ciertas condiciones, desechada, si los efectos fuesen en su directo perjuicio, sea impidiéndoles acceder a sus recursos o territorios, forzándolos al traslado, o generando una lesión a su garantía a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Esto nos lleva a sostener que la participación indígena, en cuanto constituye el ejercicio de un derecho colectivo fundado en la autodeterminación, sólo será eficaz si permite a las comunidades alcanzar el máximo control posible sobre sus formas de vida. Una serie de ejemplos dan cuenta de este fenómeno. Así, el proceso de creación de la Ley Lafkenche, el caso de las comunidades del Valle de la Luna y la forma en cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema ha interpretado el Convenio 169, pueden ser pensadas como instancias que, a pesar de su diversa naturaleza, han estado destinadas a concretar la participación indígena en temas ambientales, permitiendo con ello que las comunidades definan sus propias prioridades de desarrollo de acuerdo a su cultura. El desafío para la administración residirá, en definitiva, en continuar profundizando, mejorando y ampliando estos mecanismos de participación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

A. Libros

ASTORGA, Eduardo, *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000.

- AYLWIN, José; CUADRA, Ximena, *Los desafíos de la conservación en los territorios indígenas en Chile*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2011.
- BELL, Stuart; MCGILLIVRAY, Donald, *Environmental Law*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- BOKENFERDE, Ernst, "La democracia como principio constitucional", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, S. XXI Editores, México, 1986.
- CONTESSE, Jorge, *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*, Salesianos, Santiago, 2012.
- CUNNINGHAM, Myrna, et al., *¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?*, Copy Express, Managua, 2008.
- FERNÁNDEZ, Margarita; SALINAS, Javier (ed.), *Defensa de los derechos territoriales en América*, RIL, Santiago, 2012.
- GUPTA, Aman, *Human rights of Indigenous People*, Gyan Publishing House, Ney York, 2005.
- HOLDER, Jane; LEE, Maria, *Environmental Protection, Law and Policy* (2nd ed.), Cambridge University Press, New York, 2007.
- MEENTZEN, Ángela, *Políticas públicas para los pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2007.
- MILBRATH, Lester; GOEL, M.L. *Political Participation. How and Why do people get involved in politics?*, Rand McNally College Publishing Company, Chicago, 1977.
- NELSON, Joan, *Access to power: Politics and the urban poor in developing nations*, Princeton University Press, Princeton, 1979.
- OLIVA, Daniel, *La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y derechos humanos*, Madrid, Centro de Comunicación, Investigación y Documentación entre Europa, España y América Latina (CIDEAL), 2005.
- SEN, Amartya, *Idea de justicia*, Taurus, Bogotá, 2011.
- SERRANO, José Luis, *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.
- SHUMPETER, Joseph, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Ed. Folio, Barcelona, 1984.
- PARRY, Geraint; MOYSER, George; DAY, Neil, *Political Participation and democracy in Britain*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- PATEMAN, Carole, *Participation and Democracy theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970.
- PNUMA, *Perspectivas del Medio ambiente* (GEO-4), Ch. 8, 2008.

- REVESZ, Richard; LIVERMORE, Richard, *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis can better protect the environment and our health*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 180.
- RAWLS, John, *A Theory of justice*, Harvard University Press, 1971.
- SALZMAN, James; THOMSON, Marton, *Environmental law and policy*, Foundation Press, 2010.
- SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio Ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012.
- SUNSTEIN, Cass, *Riesgo y razón. Seguridad ley y medio ambiente*, Katz, Buenos Aires, 2006.
- YAÑEZ, Nancy, MOLINA, Raúl, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, LOM, Santiago, 2008, p. 92.

B. Capítulos de libros

- ANAYA, James, "El derecho a la libre determinación y a la autonomía indígena", en GÓMEZ, Felipe; ARDANAZ, Juliana (ed.), *La plasmación política de la diversidad: Autonomía y participación política indígena en América Latina*, Universidad de Deusto, Madrid, 2011.
- CONTESSE, Jorge, "Derechos territoriales y autodeterminación indígena: desafíos para la inclusión", en FERNÁNDEZ, Margarita; SALINAS, Javier, *Defensa de los derechos territoriales en América*, RIL, Santiago, 2012.
- DARIO CORREA, Hernán, "Derechos indígenas, globalización y derechos humanos", en AYLWIN, José (ed.), *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, 2004.
- DIEZ, Alejandro, "Conflictos e intermediación ausente entre comunidades y pueblos indígenas y grandes empresas mineras", en FERNÁNDEZ, Margarita, SALINAS, Javier (ed.), *Defensa de los derechos territoriales en América*, RIL, Santiago, 2012.
- ETXBERRIA, Xabier, "La autonomía indígena desde la perspectiva ético-política", en GÓMEZ, Felipe; ARDANAZ, Juliana (ed.), *La plasmación política de la diversidad: Autonomía y participación política indígena en América Latina*, Universidad de Deusto, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ, Margarita; KRAUSS, Fernando, "Dilemas de poder y autonomía en las disputas ambientales entre la comunidad de Cuncumé y Minera los Pelambres", en FERNÁNDEZ, Margarita, SALINAS, Javier (ed.), *Defensa de los derechos territoriales en América*, RIL, Santiago, 2012.
- MARTÍ, Salvador, "Emergencia Indígena y política en América Latina tras la década de los pueblos indígenas", en GÓMEZ, Felipe; ARDANAZ, Juliana (ed.),

- La plasmación política de la diversidad: Autonomía y participación política indígena en América Latina*, Universidad de Deusto, Madrid, 2011.
- NASH, Claudio, "Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AYLWIN, José (ed.), *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, 2004
- SEELAU, Laura, SEELAU, Ryan, "Protegiendo sus territorios: coadministración entre comunidades atacameñas y el Estado chileno en el Valle de la Luna", en FERNÁNDEZ, Margarita; SALINAS, Javier, *Defensa de los derechos territoriales en América*, RIL, Santiago, 2012.
- RYAN, Daniel, "Democracia Participativa, ambiente y sustentabilidad", en *Ecolología de la Información: escenarios y actores para la participación en asuntos ambientales*, FLACSO/Chile, Nueva Sociedad, 2001.

C. Publicaciones electrónicas

- BELÉN PÁEZ, María (ed.), Informe Sombra sobre la situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Ecuador (DESC). En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/FP_EcuadorWG47.pdf [visitado el 22/11/2012].
- CEDHU, Intervención minera a gran escala en Ecuador y vulneración de derechos humanos. En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/FID-HEcuadorWG47_sp.pdf [visitado el 24/11/2012].
- GAETE URIBE, Lucía, "El Convenio Nº 169: un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa", *Ius et Praxis* [online], Nº 2, 2012, Año 18. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122012000200004&lng=es&nrm=iso&tlang=es [visitado el 10/04/2013].
- Human Rights Committee. En: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrccs87.htm> [visitado el 08/11/2012].
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Medio Ambiente y Derechos Indígenas desde la dimensión de la pobreza, Editorama, San José de Costa Rica, 2009. En: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_821443327/Indigenas-pobreza%20y%20medio%20ambiente.pdf [visitado el 10/10/2012].
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe anual "situación de los derechos humanos en Chile 2011". En: <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile> [visitado el 19/10/2012].
- Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights. En: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?OpenDocument> [visitado el 08.11.2012].

- PARELLADA, Alejandra (ed.), *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco*. En: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0313_PUEBLOS_INDIGENAS_EN_AISLAMIENTO.pdf [visitado el 20.11.2012].
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2002, Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*. En: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2002/chapters/spanish/> [visitado el 20.10.2012].
- SALDÍVAR, Emiko, *Empoderamiento o disciplina: La política de participación indígena en programas de desarrollo en México*, Universidad Iberoamericana, 1^a edición, 2007, p. 5. En: www.uia.mx/campus/publicaciones/IIDSES/iidses20.pdf [visitado el 19/10/2012].
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*. En: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf> [visitado el 27/10/2012].
- YRIGOYEN, Raquel, *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Instituto internacional de derecho y sociedad, Lima, 2009. En: http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/02_ryf_derechos.pdf [visitado el 05/11/2012].
- _____, *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. Evento sobre consulta previa. Agencia Nacional de Hidrocarburos*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2008. En: http://www.redunitas.org/Raquel_Yrigoyen-F-Libre-determinac-des-cons-part-consent-vc.pdf [visitado el 04/11/2012].
- _____, *Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento*. En: http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/01_ryf_consulta.pdf [visitado el 04/11/2012].

D. Artículos de revistas

- ALVEZ, Amaya, GUISSI, Nicolás, *Análisis crítico de la Ley Lafkenche y su implementación en el marco de la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Chile* (sin publicar).
- ARNSTEIN, Sherry, "A ladder of Citizen Participation", *Journal of American Planning Association*, num. 36, 1969, p. 217, en HOLDER, Jane; LEE, María, *Environmental Protection, Law and Policy* (2nd ed.), Cambridge University Press, New York, 2007.
- BERMÚDEZ, Jorge, "El acceso a la información pública y la justicia ambiental", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm, 34, 2010.

- CASTILLO MENES, Yadira, "El rol de la Empresa Transnacional Extractiva de petróleo en la Consulta Previa con las Comunidades Indígenas: la experiencia en Colombia", *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, núm. 37, 2012.
- CERNA, Sarah, "YVY MARAE'Y": El conflicto del estado con los pueblos indígenas en Paraguay", *América Latina Hoy*, núm. 60, 2012.
- CLAVERO, Bartolomé, "The indigenous rights of participation and international development policies", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, num. 1, vol. 22, 2005.
- CORDERO, Eduardo, "Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 26, 2011.
- DELLUTRI, Rodrigo, "El derecho humano al medio ambiente: El caso de los Pueblos Autóctonos", *American University International Law Review*, vol. 24, 2008.
- HERVÉ, Dominique, "El desarrollo sustentable y la justicia ambiental en la ley 19.300 y en el proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental", en HERVÉ, Dominique; GUILOFF, Matías; PÉREZ, Raimundo (coord.), *Reforma a la Institucionalidad Ambiental, antecedentes y fundamentos*, Cuadernos de Análisis jurídicos UDP, 2010.
- _____, "Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica", *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2010, núm. 23.
- MARTÍNEZ, Manuel Ignacio, "Más allá del voto étnico: la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones. Fundamentos analítico-conceptuales para su investigación en América Latina", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, núm. 49, 2011.
- MEREMINSKAYA, Elina, "El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias", *Estudios Públicos*, 2011.
- MONTT, Santiago; MATA, Manuel, "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", *Estudios Públicos*, núm. 121, 2011.
- QUANE, Helen, "A Further Dimension to the Interdependence and Indivisibility of Human Rights?: Recent Developments Concerning the Rights of Indigenous Peoples", *Harvard Human Rights Journal*, 2012, núm. 25.
- VALENZUELA, Rodrigo, "Estimando Indigencia y Pobreza Indígena Regional con Datos Censales y Encuestas de Hogares", *Cuadernos de Economía*, vol. 24, 2010.
- VELÁZQUEZ, Carlos Javier, "Participación ambiental: mecanismos establecidos por los estados español y colombiano para la defensa del medio ambiente

y los recursos naturales", *Revista de Derecho Universidad del Norte*, núm. 20, 2003.

YEARLEY, Stephen, "Green Ambivalence about science; legal-rational authority and the scientific legitimization", *British Journal of Sociology*, num. 43, 1992, en HOLDER, Jane; LEE, María, *Environmental Protection, Law and Policy* (2nd ed.), Cambridge University Press, New York, 2007.

E. Sentencias

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf [visitado el 24/11/2012].

Jurisprudencia

Comunidad Antu Lafquen con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Lagos, Corte Suprema, recurso de protección, 22 de marzo de 2012. En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 22/08/2012].

Condore y otros con Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, Corte Suprema, recurso de protección, 30 de marzo de 2012. En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 22/08/2012].

Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Antofagasta, Corte Suprema, recurso de protección, 13 de julio de 2011. En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 17/01/2012].

Manquepillan y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Ríos, Corte Suprema, recurso de protección, 4 de enero de 2011. En: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado 10/12/2011].