

**XXIII CONCURSO INTERNACIONAL SEMILLEROS DE DERECHO PROCESAL**

**Efectividad de la Consulta Indígena como mecanismo de acceso a la  
justicia medioambiental en Chile: Hacia un instrumento de participación  
y protección de los derechos humanos.**

## Resumen

Este trabajo analiza de manera crítica la ejecución de la consulta indígena por el Servicio de Evaluación Ambiental. Identificamos problemáticas que atienden a la ineficacia material de este mecanismo, ya que este se ve excluido de ciertos procesos de manera injustificada y, junto con esto, su falta de fuerza vinculante al no ser tomada en cuenta por aquellos competentes al momento de evaluar un proyecto. Reconocimos el incumplimiento de autoridades de su obligación de realizar la consulta indígena siendo procedente, dando lugar a la judicialización. Con esto, vemos una clara vulneración al acceso a la justicia, afectando la posibilidad de amparar el derecho a un medio ambiente libre de contaminación a través de esta plataforma, siendo evidentes las fallas del Estado como garante de los derechos involucrados.

**Palabras clave:** Consulta indígena - Acceso a la justicia - Derecho a un medioambiente libre de contaminación - Pueblos indígenas - Mecanismos de participación

## Abstract

The following article critically analyzes the way the indigenous consultation is executed by the Environmental Evaluation Service. Throughout our investigation we identified problems related to the material ineffectiveness of this mechanism, due to the fact that this consultation is only required for some processes, and to the lack of binding force of this mechanism, when the authorities do not take into consideration this information when they evaluate projects. On the other hand, we perceive that the authorities fail to fulfill their obligation to carry out the indigenous consultation in scenarios where this should be executed, leading to judicialization. Therefore, we see a clear infringement to the access to justice, interfering with the possibility to protect people's environmental rights through this platform, evidencing the failures of the state as guarantor of these rights.

**Key words:** Indigenous consultation - Access to justice - Environmental rights - Indigenous communities - participation mechanisms

## I. Introducción

El respeto hacia los derechos humanos se ha convertido en un indiscutible imperativo en la actualidad. Luego de diversas situaciones en las que se viesan en peligro inminente, se han creado instituciones de diversa índole en las que se pretende reforzar la protección hacia tan importantes máximas. Sin embargo, estos derechos se ven cuestionados ante la aparición de dilemas que los ponen en jaque y los exponen a una posible afectación. El problema expuesto se puede evidenciar con mayor claridad al contrastar el afán de crecimiento económico y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuando estos entran en pugna, se genera un conflicto, pues, el desarrollo del primero implica el desmedro del segundo. Así, se ha ido construyendo lo que se contempla como la crisis climática actual que ha ocasionado diversos efectos según lo constatado por el IPCC<sup>1</sup>.

De este modo, se ha recurrido a su protección internacional a través de numerosos acuerdos y tratados que consagran diversos principios que rigen los procesos que involucren el medio ambiente. Entre estos, destacamos el de participación de la ciudadanía, que impone la responsabilidad activa del Estado en crear las plataformas propicias para desarrollarlos. Tal ha sido la relevancia de este principio, que incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que, gracias a la participación pública en materia ambiental, las personas ejercen un control democrático en las gestiones estatales, de modo tal que puedan cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas<sup>2</sup>. Entonces, se pueden concebir estos mecanismos de participación creados por los gobiernos, como una expresión del acceso a la justicia, entendiéndolo como la posibilidad de que los grupos que se vean vulnerados en sus derechos, tal como lo es en este caso el medioambiente libre de contaminación (y los derechos asociados como el derecho a la vida, la salud, entre otros), puedan expresar sus observaciones con la intención de verse tutelados mediante estos instrumentos, siendo oídos de esta forma por las autoridades pertinentes.

---

<sup>1</sup> Intergovernmental Panel on climate change. Sixth Assessment report, 2022. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>.

<sup>2</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-23/17, 2017, Medioambiente y Derechos Humanos. p. 91. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

En este contexto, debemos destacar la relación que poseen los pueblos indígenas con la naturaleza. Esta ha sido reconocida por diversas entidades internacionales<sup>3</sup>, las cuales han señalado que existe una conexión en cuanto a aspectos de la vida cotidiana, como el desarrollo de actividades económicas vitales para su subsistencia, relaciones de tradición fuertemente vinculadas con su cosmovisión, entre otras, por lo que es natural que ante la necesidad de participación en los procesos ambientales se deba tomar en consideración un mecanismo especial para que este grupo pueda estipular sus alegaciones y preocupaciones en busca de la protección de estos derechos, respondiendo a sus particularidades.

Es así como en Chile se contempla la Consulta Indígena en los procesos que involucra al Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA), el cual otorga una plataforma para que estos grupos humanos puedan cumplir con los ideales estipulados de participación. En base a esto surgen las siguientes interrogantes: ¿Está siendo la Consulta indígena un mecanismo de participación efectivo en materia ambiental? ¿La Administración del Estado de Chile cumple la normativa vigente en esta materia? ¿Cuáles son los principales efectos de esta situación? ¿Existe posibilidad de mejora?

Con el objetivo de dar respuesta a estas cuestiones, nuestro trabajo está dividido en tres partes. En la primera de ellas se describe el papel del derecho medioambiental en defensa del medio ambiente, haciendo énfasis en el principio de participación ciudadana como expresión del derecho a un debido proceso. En un segundo momento analizaremos la relevancia de la Consulta Indígena para el cumplimiento de este principio en las comunidades de pueblos originarios. Finalmente expondremos los problemas que se suscitan en la implementación del mecanismo, identificando sus causas y proponiendo soluciones que permitan el respeto a los derechos ya señalados.

---

<sup>3</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C No. 125. (17, junio, 2005) Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. párr. 154.

## **II. La participación como presupuesto para el Acceso a la Justicia en materia medioambiental.**

### **a. El derecho a vivir en un medioambiente sano como derecho humano fundamental.**

El 8 de octubre del 2021, en la sala del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, se aprobó la resolución que reconoce el acceso a un medio ambiente saludable y sostenible como un derecho universal. A pesar de que esta resolución no es jurídicamente vinculante, sí genera fuertes compromisos políticos, además de que el reconocimiento de este derecho promueve hacer frente a la crisis medioambiental, proporcionando una mayor protección de los derechos y de las personas, sobre todo de aquellas que se han visto más afectadas en este escenario crítico<sup>4</sup>.

Como sabemos, los derechos humanos se han clasificado según el orden en que se han desarrollado y reconocido tanto a nivel nacional como internacional, existiendo de esta forma los derechos de primera, segunda y tercera generación.<sup>5</sup> Los llamados derechos de solidaridad, dentro de la tercera generación, surgen como resultado de las nuevas amenazas que se presentan en la actualidad y como consecuencia de los diferentes tipos de obstáculos que pueden interponerse en el camino de la ejecución de los de primera y segunda generación<sup>6</sup>. Es en esta categoría donde se encuentran algunos derechos tales como al desarrollo sostenible y a un medio ambiente sano. Así, en las últimas décadas se ha generado un proceso de reconocimiento de la importancia de la protección del medio ambiente como una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos

---

<sup>4</sup> Noticias Organización de las Naciones Unidas. El derecho a un medio ambiente limpio y saludable: 6 cosas que debes saber. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498452>.

<sup>5</sup> Dentro de la primera generación podemos encontrar los derechos civiles y políticos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).

Posteriormente, y dentro de la segunda generación, podemos encontrar los derechos económicos, sociales y culturales dando mayor importancia al significado de la vida y de la dignidad humana, además de evidenciar que la dignidad de las personas requiere más que la mínima falta de interferencia por parte del Estado. Estos derechos se encuentran recogidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como en la Carta Social Europea del Consejo de Europa. La evolución de los derechos humanos”, Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/the-evolution-of-human-rights>.

<sup>6</sup> Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes, La evolución de los derechos humanos. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/the-evolution-of-human-rights>.

humanos básicos. Esta situación se vuelve más grave respecto a comunidades indígenas, las cuales guardan una relación especialmente estrecha con la naturaleza<sup>7</sup>.

Sin embargo, este objetivo -si bien noble- no es fácil de lograr, pues las mismas prácticas y actividades que generan consecuencias negativas para el ecosistema son al mismo tiempo aquellas que implican la mejora de la situación y condiciones de vida de millones de personas<sup>8</sup>. En este estado de las cosas, resulta necesario determinar cómo y con qué estándares podemos conciliar estas posiciones antagonistas.

#### **b. Acceso a la justicia como función del Estado.**

Es propio de las sociedades modernas, conformadas por grupos de personas diversas, la ocurrencia de conflictos. Así, es necesario contar con métodos que nos permitan resolver estas situaciones de manera pacífica o incluso evitarlos directamente, siendo la regulación y protección del medio ambiente no ajena a este problema. En este escenario, el Estado tiene la función esencial de actuar como mediador para buscar soluciones que permitan mantener la vida en sociedad entre grupos con intereses en contraposición, mediante procesos que aseguren a los participantes la tutela de sus derechos. Es fundamental que las instancias que se implementen por los Estados cuenten con ciertos presupuestos básicos que aseguren un tratamiento justo e imparcial a las partes que acuden a este para la solución de una problemática relevante para el ordenamiento jurídico.<sup>9</sup> De este modo, no es suficiente que solo exista una oportunidad formal de resolver conflictos, sino que se debe establecer las condiciones reales para una efectiva tutela de los derechos de los participantes.<sup>10</sup> Dichas condiciones mínimas reciben el nombre de debido proceso, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus

---

<sup>7</sup> CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DE DESARROLLO, RÍO DE JANEIRO & NACIONES UNIDAS. 1992. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Rio de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

<sup>8</sup> ESTEVE PARDO, José. Derecho del Medio Ambiente. Editorial Marcial Pons. Tercera Edición. 2014. p. 13-21.

<sup>9</sup> FUENTES MAUREIRA, Claudio & VARGAS PAVEZ, Macarena; Capítulo IV El derecho a un debido proceso. 2018 p. 142.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

artículos 14 y 8 respectivamente. Esta es una garantía compleja, conformada por un conjunto de estándares y reglas de difícil determinación<sup>11</sup>.

Con todo, una dimensión del debido proceso que ha presentado especial complejidad para la jurisprudencia y doctrina es el acceso a la justicia, donde con cierta frecuencia se ha asemejado al debido proceso como equivalentes. Sin embargo, este es un derecho distinto y autónomo, con su propio contenido.<sup>12</sup>

El acceso a la justicia se ha entendido por la doctrina desde dos puntos de vista. Se suele hablar de este derecho, por un lado, en un sentido estricto y, por otro, en uno amplio. En el primero, se entiende el acceso a la justicia como la garantía o capacidad efectiva que tendrían los sujetos de derecho para acudir a un proceso judicial, es decir, implica la posibilidad de llevar nuestras pretensiones a un tribunal para que nuestros derechos sean protegidos bajo las condiciones mínimas que aseguren el debido proceso<sup>13</sup>. Por otro lado, en un sentido amplio, se entiende al acceso a la justicia como un derecho en virtud del cual los Estados deben garantizar a los individuos no sólo el derecho de acceder al proceso judicial, sino que también a otro tipo de mecanismos que permitan a las partes resolver sus conflictos en forma directa y colaborativa, como es el caso de la mediación, la negociación y la conciliación, es decir, a cualquier instancia pública que permita obtener una reparación o tutela efectiva<sup>14</sup>.

Por esto, se suele considerar este derecho como la puerta que permite la tutela efectiva de otros derechos. Para que sea efectivo, es necesaria la creación de canales adecuados que aseguren condiciones de igualdad a todas las personas, eliminando obstáculos de toda índole para poder satisfacer el acceso, por lo que incorpora no sólo los mecanismos jurisdiccionales de solución de conflictos, sino que también los mecanismos extrajudiciales de resolución y reparación, como por ejemplo los medios de participación, los cuales al aplicarlos de manera oportuna y eficaz evitan en algunos

---

<sup>11</sup> DUCE, Mauricio, et al. Reforma a los procesos civiles orales, Consideraciones desde el debido proceso. 2011. p. 17.

<sup>12</sup> FUENTES MAUREIRA, Claudio & VARGAS PAVEZ, Macarena. Op. Cit., p. 181.

<sup>13</sup> LILLO, Ricardo. El derecho de acceso a la justicia, Diario Constitucional. 2022. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/409765/>.

<sup>14</sup> *Ibíd.*

casos la excesiva judicialización de conflictos o deberes estatales que pudieron ser resueltos de manera previa. Por tanto, la tutela de derechos en sentido amplio puede ser mediante los procesos judiciales tradicionales, o a través de cualquier mecanismo extrajudicial que en definitiva permita al ciudadano la tutela de sus derechos.<sup>15</sup>

Ahora bien, este trabajo busca analizar la efectividad de un determinado mecanismo en la tutela de derechos en materia medio ambiental. Por esto, debemos tener en consideración las particularidades que el derecho ambiental -como rama autónoma del derecho- ha determinado respecto a los objetos jurídicos propios de su regulación y, en consecuencia, las peculiaridades que en su ámbito puedan ser significativas para la protección del medio ambiente y la tutela de derechos relacionados. Por esta razón, a continuación revisaremos someramente sus fundamentos.

**c. La participación como presupuesto para la tutela de derechos en materia ambiental.**

**i. La crisis medioambiental y el origen del derecho ambiental.**

El comienzo de la crisis medioambiental se da en el periodo de la Revolución Industrial, sin embargo, el concepto de “crisis” ha sido acuñado recientemente por diversos estudiosos de la materia. Desde una perspectiva jurídica, tanto la conceptualización como el estudio de esta crisis ha venido acompañada de una progresión en los sistemas de justicia mundiales, ya sea en legislaciones internas como en los tratados internacionales. El primer gran hito en materia medioambiental dentro del marco de la política internacional tiene lugar en la Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente Humano en junio de 1972 en Estocolmo, en donde se da origen al Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Dentro de los aspectos más importantes de esta conferencia está el reconocimiento expreso del derecho a vivir en un ambiente sano, lo cual se manifiesta por medio de 26 principios, los cuales dan origen y trascienden al Derecho Internacional Ambiental hasta el día de hoy. Así, es que surgen los primeros atisbos de lo que hoy conocemos como Derecho Medioambiental.

---

<sup>15</sup> FUENTES MAUREIRA, Claudio & VARGAS PAVEZ, Macarena. Op. Cit., p. 188.



Posterior a la Declaración de Estocolmo, en diversos países la política interna fue tomando un ribete más relacionado con la crisis ambiental, lo que se expresó en la creación de partidos políticos “verdes”, Ministerios del Medio Ambiente y legislaciones más preocupadas en respetar lo reconocido en dicha Conferencia.

De esta forma, progresivamente el derecho medioambiental se ha establecido como una preocupación de primer orden dentro de la política internacional, lo cual ha traído como consecuencia una regulación más robusta en la legislación interna de los países que han suscrito los diversos tratados de la materia, los cuales han tenido tanto el carácter de multilaterales como de bilaterales, inclusive la perspectiva medioambiental se ha incluido dentro de los tratados de libre comercio suscritos por distintas naciones.

## ii. La participación y su vinculación con la efectividad de la regulación ambiental.

Los documentos fundacionales de la materia jurídica ambiental consisten en una triada compuesta por la Declaración sobre el Medio Humano adoptada por la Conferencia de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992<sup>16</sup>. Si bien cada uno de estos documentos expone ciertas diferencias, comparten un conjunto de principios rectores comunes que se han convertido en el núcleo de este ámbito del derecho<sup>17</sup>, siendo el más relevante para este trabajo, el principio de Participación.

El Principio de participación, además de ser esencial para el derecho ambiental, se caracteriza por ser fundamental para la efectividad del sistema jurídico ambiental<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> GOROSITO, Ricardo, Los principios en el Derecho Ambiental. Universidad Católica de Uruguay: 2017, p.112.

<sup>17</sup> Algunos de los principios de mayor significancia dentro del derecho ambiental son: El Principio de Sostenibilidad o Desarrollo Sustentable. Éste busca integrar la conservación ambiental con las actividades económicas de sociedades desarrolladas, considerando un acceso equitativo, tanto de las generaciones actuales como futuras a los recursos ambientales. El Principio de Solidaridad. Impone a los Estados una serie de obligaciones de actuar en consideración a una globalidad que afecta a toda la humanidad, tomando todas las medidas necesarias de cooperación para la protección del medio ambiente. El Principio de Prevención. Tiene que ver con las políticas de protección ambiental, se exige a los Estados y autoridades que las actividades realizadas por organismos bajo su control o realizadas en su jurisdicción no generen daños ambientales. Estrechamente relacionado a este, se encuentra el Principio de Precaución. Obliga a los Estados de abstenerse de realizar actos que eventualmente pudiesen causar daños ambientales si existe incerteza de las posibles consecuencias que pudiese este tener. **Otros principios** de esta rama que simplemente mencionaremos son: el **Contaminador Pagador, de Subsidiariedad, de Cooperación, y el de Responsabilidades comunes pero diferenciadas**. GOROSITO, Ricardo. Op. Cit., p. 112-124.

<sup>18</sup> *Ibíd.* p. 124.

Pues, como la afectación del medioambiente puede ser producto de actividades derivadas no sólo de entidades privadas sino que también a través del Estado, los ciudadanos tienen el derecho y el deber de participar activamente en la defensa del ambiente, individual u organizadamente, aportando a la formulación, ejecución y monitoreo de las políticas públicas y de la legislación<sup>19</sup>. Por esta razón, el Estado debe garantizar mecanismos de participación activa, formal y sustantiva en los diversos procedimientos de dictación de normas y fiscalización de materia ambiental<sup>20</sup>. Sólo de este modo podrá el Derecho Ambiental ser eficaz, puesto que se requiere apoyo político en orden a vencer todo tipo de resistencias que se puedan generar por distintos actores sociales en el proceso de su implementación, tropiezos que son cuestiones de orden fundamentalmente económico<sup>21</sup>.

Es más, la relevancia y preponderancia de este principio ha sido cada vez más significativa con los años. Así el Acuerdo de Escazú o “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, presta especial consideración a este, siendo uno de sus principales objetivos asegurar la participación en materias ambientales<sup>22</sup>, bregando porque se asegure por los Estados el derecho de participación del público, implementando una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales<sup>23</sup>, para lo cual establece una serie de exigencias a los Estados respecto a este derecho, en cuanto a plazos, mecanismos concretos, incidencia, lenguaje, publicidad, acceso, entre otros<sup>24</sup>.

### **iii. Recomendaciones internacionales de participación.**

A propósito de la implantación de este principio por los Estados y su significancia para la protección de los bienes jurídicos objeto del Derecho Ambiental, en el plano

---

<sup>19</sup> WESTREICHER, Carlos. Derecho Ambiental, Ambiente Sano y Desarrollo Sostenible: Deberes y Derechos. Lima. 2004. p. 254-257.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 254-257

<sup>21</sup> MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo J. Medio Ambiente y Sociedad. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. 2005.p. 140.

<sup>22</sup> Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. (22, abril, 2021). Artículo 1

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> *Ibíd.*

internacional se ha establecido con claridad la importancia de este para lograr una efectiva protección del medio ambiente. En este sentido, la figura del llamado Relator Especial sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente de las Naciones Unidas cobra evidente relevancia en esta materia.<sup>25</sup> Así, en el año 2013 emitió un informe de recopilación, en el cual se indica que los diversos instrumentos internacionales son bastante consistentes entre sí al momento de señalar ciertas obligaciones con la regulación medioambiental, entre las cuales se explicita la de facilitar la participación pública en la toma de decisiones ambientales<sup>26</sup>. Así mismo, en el año 2018 el Relator Especial entregó un informe con ciertos “principios marco” referentes a los derechos humanos relacionados con el goce de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible<sup>27</sup>. En este, se vuelve a recalcar los efectos de la participación para la efectividad de la regulación destinada a la protección del medio ambiente. Estableciendo los principios de:

**Participación pública en las decisiones.** En su principio 9 señala que: *“Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso”*<sup>28</sup>. A raíz de lo anterior, el Relator Especial ha indicado que las decisiones relacionadas con el medioambiente abarcan: la formulación de políticas, leyes, reglamentos, proyectos y actividades; así como tender a aumentar el apoyo social, promover el desarrollo sostenible y contribuir a proteger el disfrute de los derechos que

---

<sup>25</sup> El Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente es un cargo creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este tiene el mandato, entre otros asuntos, de promover y elaborar informes sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos relativas al disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, y difundir sus conclusiones haciendo, entre otros, especial hincapié en las soluciones prácticas para su aplicación. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022] Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment>.

<sup>26</sup> KNOX, John. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 2013. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F25%2F53&Language=E&DeviceType=Desktop&LangReq=quested=False>

<sup>27</sup> KNOX, John. Informe Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. 2018. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F37%2F59&Language=E&DeviceType=Desktop&LangReq=quested=False>

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 13.

dependen de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Por cierto, para que sea efectiva la participación pública, se debe considerar a todos los miembros de la sociedad que puedan verse afectados, con especial énfasis en aquellos grupos que se ven, generalmente, más afectados por los daños ambientales, y debe tener lugar al comienzo del proceso de adopción de decisiones.

**Medidas adicionales para grupos vulnerables.** Por su parte, el principio 14 establece el deber de adoptar medidas adicionales para proteger los derechos de quienes sean más vulnerables al daño ambiental o se encuentren en una situación de especial riesgo al respecto, resaltando la importancia que tiene la protección del medioambiente para ciertas personas y comunidades en específico, como por ejemplo, personas que viven en la pobreza, comunidades indígenas, mujeres y personas de mayor edad. En este sentido, cobra especial relevancia para nosotros las consideraciones que se tienen a propósito de las comunidades indígenas, entre otras cosas porque se ha dicho que *“dependen de sus territorios ancestrales para su existencia material y cultural, se enfrentan a la creciente presión de los Gobiernos y las empresas que intentan explotar sus recursos. Suelen estar marginados de los procesos de adopción de decisiones y sus derechos suelen ser ignorados o vulnerados”*<sup>29</sup>. En razón de lo anterior, se ha recomendado que las evaluaciones de los impactos ambientales, y de los efectos para los derechos humanos de los proyectos y políticas propuestas, deban examinarse detenidamente en relación a aquellas personas y comunidades que se pueden ver más afectadas. De esta forma, se recomienda que las evaluaciones, respecto de los pueblos indígenas y comunidades locales, se ciñan a las Directrices de Akwé Kon<sup>30</sup>, por ejemplo. En este capítulo hemos establecido que una de las funciones esenciales del Estado moderno es garantizar procesos de tutela de derechos efectivos con ciertos estándares mínimos que aseguren a los ciudadanos un proceso justo e imparcial. Estos procesos pueden consistir en una amplia gama de mecanismos, desde procesos judiciales hasta cualquier otro dispositivo que de manera indirecta signifique el mismo resultado.

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>30</sup> Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares.

Asimismo, pusimos atención a que estos procesos deben adecuarse a las problemáticas que buscan solucionar, en este sentido, el derecho ambiental hace especial hincapié en la participación ciudadana como presupuesto para el acceso a la justicia en materia ambiental. Con esto en mente, corresponde ahora analizar la situación en Chile.

### **III. La Consulta indígena como mecanismo de participación en materia medioambiental.**

El Estado Chileno, siguiendo numerosas convenciones internacionales, ha establecido legislación interna para fomentar la participación ciudadana en materia ambiental, tal como: la Ley 19.300 de Bases Generales del Medioambiente y sus respectivos reglamentos, la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, y el Instructivo de la Presidencia para la Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

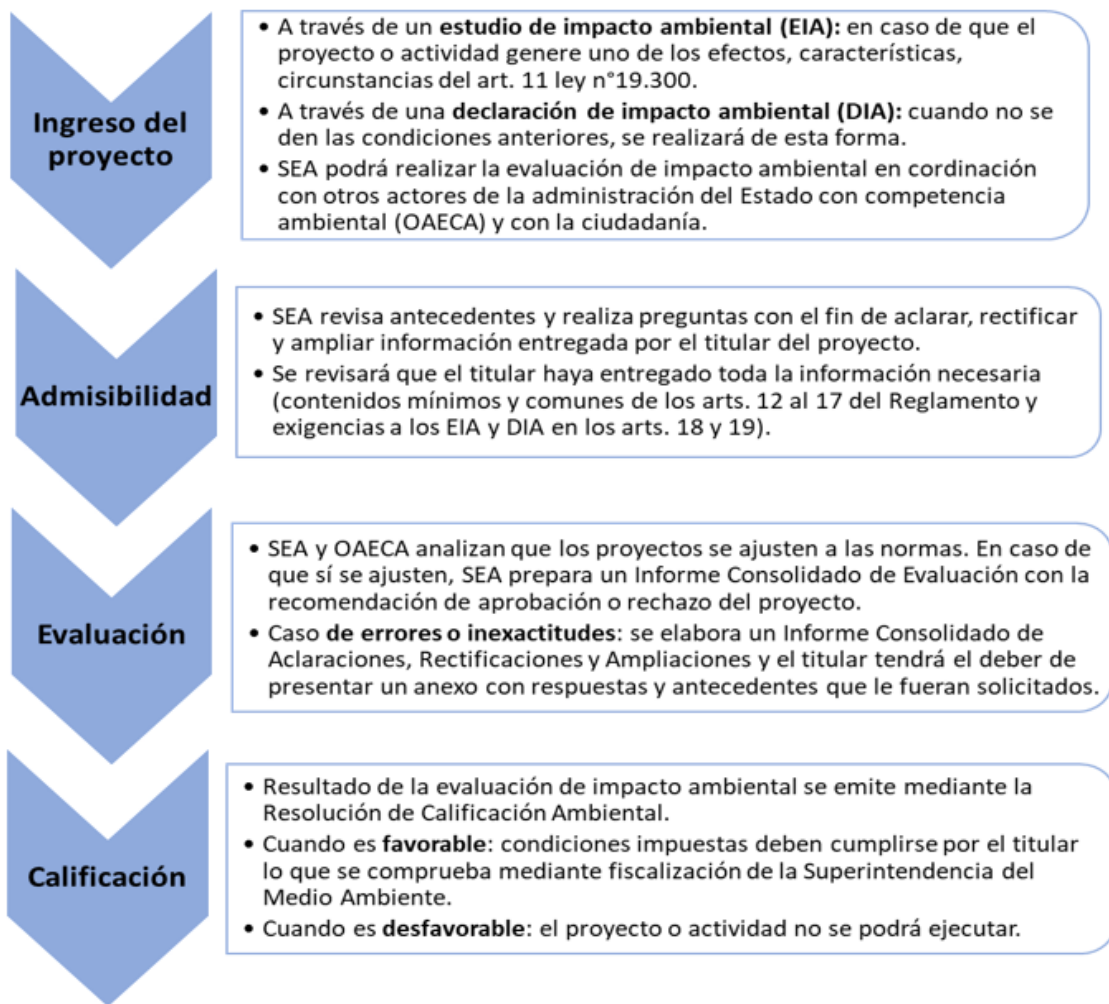
Como se ha mencionado, la participación ciudadana beneficia y legitima las actuaciones del Estado. Sin embargo, esto se ve aumentado en sede medioambiental, principalmente por la entidad que goza este derecho fundamental en la vida de las personas, razón por la cual el principio de participación debe irradiar a toda la regulación en esta materia en particular.<sup>31</sup> Para efectos de esta investigación, nos referiremos en particular al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA), con especial atención al Proceso de Participación Ciudadana (en adelante PAC) y la Consulta Indígena que se incluye dentro de este, analizando cuáles son sus características, su tramitación y las consecuencias que se pueden seguir de su no realización. Esto porque es el mecanismo de participación de mayor relevancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico en materia ambiental.

---

<sup>31</sup> En concreto, la Ley 19.300 es la que establece los instrumentos bajo los cuales se va a desarrollar la participación ciudadana en materia medioambiental, estos son: la educación e investigación, la evaluación ambiental estratégica, el sistema de evaluación de impacto ambiental, el acceso a la información ambiental, y el fondo de protección ambiental<sup>#</sup>. Del mismo modo, la Resolución Exenta N°601 del año 2015 ha señalado que existen los siguientes mecanismos de participación ciudadana dentro del Ministerio del Medio Ambiente: Acceso a la Información Relevante, Consultas Ciudadanas, Consejos de la Sociedad Civil, Cuentas Públicas Participativas, Audiencias Públicas, Diálogos Participativos, Cabildos Ciudadanos, Comités públicos-privados de carácter ambiental, Programa de Participación Ciudadana Temprana y la creación de un Comité de Participación Ciudadana del Ministerio del Medio Ambiente.

### A. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

En virtud de la Ley 20.417, que modificó la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, fue creado el SEA, cuyo objetivo es tecnificar y administrar el SEIA<sup>32</sup>. Esta institución ha permitido la evaluación preventiva de proyectos, realizando un análisis acerca de si su ejecución cumple con la legislación ambiental vigente, y si se hace cargo de los potenciales impactos significativos en el medio ambiente. En el cuadro a continuación se describen, grosso modo, las distintas etapas que componen este proceso.



<sup>32</sup> SERVICIO EVALUACIÓN AMBIENTAL. Página principal. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022] Disponible en: <https://www.sea.gob.cl/>



## Otras instancias

- El titular y la ciudadanía cuentan con instancias posteriores a la publicación de la Resolución de Calificación Ambiental en las que pueden interponer un recurso de reclamación con el fin de que se revise la decisión tomada.

*Tabla de elaboración propia. En base a: SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Participación Ciudadana y Consulta Indígena. Conocer aspectos generales del SEIA. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://www.sea.gob.cl/participacion-ciudadana-y-consulta-indigena/conocer-aspectos-generales-del-seiacion> 1*

Desde el ámbito de la participación, este instrumento busca justamente promoverla generando etapas donde la ciudadanía pueda incidir dentro de las evaluaciones de proyectos que potencialmente afecten al medioambiente y sus derechos. Así, la Ley 19.300 establece en su artículo 26 la obligación del Estado de facilitar la participación informada de las comunidades, con la finalidad de proteger el medio ambiente durante el proceso del SEIA.

A grandes rasgos, el PAC consiste en un procedimiento durante la etapa de evaluación de un proyecto o actividad, mediante el cual el SEA realiza actividades de coordinación, información y consulta a las comunidades afectadas, para que estas puedan conocer el contenido de las Evaluaciones de Impacto Ambiental (en adelante EIA) y así formular observaciones al proyecto<sup>33</sup>. Respecto a estas últimas, el SEA tiene la obligación de darles respuesta en la Resolución de Calificación del Proyecto, teniendo las personas jurídicas o naturales el derecho a oponer un recurso de reclamación cuando estimen que estas no fueron debidamente consideradas<sup>34</sup>.

El PAC es obligatorio en el proceso de calificación del proyecto o actividad cuando deba ingresar al SEIA mediante EIA<sup>35</sup>. Sin embargo, en caso de ingresar mediante DIA, este procedimiento de participación sólo procederá si el proyecto genera “cargas ambientales”<sup>36</sup> para las comunidades próximas. En esta situación, la solicitud para

<sup>33</sup> CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley 19.300. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. (9, marzo, 1994) Santiago: Diario Oficial 1994. Artículo 29.

<sup>34</sup> *Ibíd.* Artículo 30 bis.

<sup>35</sup> *Ibíd.* Artículos 26 y siguientes.

<sup>36</sup> El reglamento respectivo del SEIA (Decreto 40 del Ministerio del Medio Ambiente. 12, agosto, 2013) define que se considera carga ambiental en su art. 94.

realizar el PAC debe ser presentada por al menos 2 organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, o 10 personas naturales directamente afectadas<sup>37</sup>.

Ahora bien, si la comunidad perjudicada por el proyecto o actividad corresponde a aquellas conformadas por personas indígenas, entramos en una situación diferente, ya que la misma Ley 19.300 en su artículo 4 inciso segundo establece que los órganos del Estado deben adecuar su forma de actuar de manera que se proteja la conservación, desarrollo y fortalecimiento de comunidades y personas indígenas, en conformidad a los convenios internacionales ratificados por Chile.

### **B. Convenio 169 OIT y Consulta Indígena.**

En los casos mencionados anteriormente se debe dar paso a la consulta a los pueblos indígenas. Este mecanismo de participación se basa en el diálogo entre el Estado y los pueblos, y es reconocido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>38</sup>. Este acuerdo consagra principalmente el reconocimiento y no discriminación de las comunidades indígenas, cuya piedra angular es el derecho reconocido a ser consultadas para asegurar su participación en el proceso de decisiones medioambientales, entre otras.

El Convenio establece en su artículo 7.4 que los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medioambiente de los territorios que habitan. Esto da cuenta de la importancia que se le otorga al entorno natural y su relación con los pueblos indígenas. Siguiendo esta línea, el artículo 15.2 estipula la obligación que tienen los Estados de consultar a las comunidades a fin de determinar si sus intereses se verán afectados -y en qué medida- por la eventual prospección y explotación de recursos naturales que puede generar un proyecto, señalando también el derecho que tienen los pueblos a una indemnización justa en caso de que ello ocurra.

---

<sup>37</sup> CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley 19.300. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. (9, marzo, 1994) Santiago: Diario Oficial 1994. Art. 30 bis.

<sup>38</sup> MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE. Preguntas Frecuentes. ¿Qué es la consulta a los pueblos indígenas? [en línea]. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://consultaindigena.mma.gob.cl/preguntas-frecuentes/>



En Chile, se establece la Consulta en términos generales por medio del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social. En su artículo 2 la constituye como un derecho de los pueblos indígenas que sean susceptibles de ser afectados por decisiones legislativas o administrativas, y como un deber correlativo que pesa sobre la Administración del Estado, el cual se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe. Lo anterior con la finalidad de llegar a un acuerdo, o lograr el consentimiento acerca de las medidas que eventualmente podrían afectarles.

Esta consulta debe realizarse con estricto arreglo al principio de buena fe y de flexibilidad. El primero es un principio rector de la consulta, el cual busca que quienes intervienen deban actuar de manera leal y correcta, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado. Se debe desarrollar un diálogo sincero, de confianza y de respeto seguro, todo esto de manera transparente, y en el que el Estado actúe con la debida diligencia, con miras a otorgar las condiciones para que pueblos indígenas intervengan en un plano de igualdad. El segundo principio indica la necesidad de elección del procedimiento apropiado, ajustándose a las particularidades del pueblo indígena o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos y manifestaciones de sus creencias. Todo esto en función del ajuste de los tiempos a las realidades locales y socioculturales de los pueblos consultados.

#### **i. Objeto y sujetos de la consulta.**

El objeto de los procesos de consulta son las Resoluciones de Calificación Ambiental, específicamente aquellas que declaran favorables proyectos, sometidos vía EIA, que ameriten su realización a la luz de la normativa ambiental junto con la del mecanismo consultivo<sup>39</sup>. Las medidas administrativas que no producen una afectación directa a los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, tal como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros.

---

<sup>39</sup> LEPPE, Juan Pablo. Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa. Temuco, Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. nro. 44. 2015.

Dentro de los sujetos partícipes de la consulta, podemos encontrar la Administración del Estado, quien es el sujeto obligado, y las comunidades y asociaciones constituidas bajo la Ley 19.253.<sup>40</sup> Además, se ha interpretado que también estaría involucrado el Congreso Nacional al momento de consultar por las medidas legislativas. Ante esto, cabe destacar que no son partícipes los privados interesados en que se adopte una determinada decisión, según ha establecido la OIT.

## ii. Procedimiento.

La Consulta puede solicitarse de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Para estos efectos, podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la que tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse. Asimismo, cualquier persona interesada, natural o jurídica, o institución representativa podrá solicitar al órgano responsable de la medida, la realización de la Consulta de manera fundada, es decir, indicando hechos y razones que puedan sustentar dicha solicitud <sup>41</sup>.

La decisión sobre la procedencia de realizar un proceso de consulta deberá constar en una resolución dictada por el órgano responsable. Todo requerimiento que tenga por fin impugnar la decisión de no realizar una consulta deberá acreditar su eventual procedencia, señalando de manera clara y específica la forma en la que se produce la afectación directa invocada. Por último, para estar ante un procedimiento apropiado de Consulta Indígena, este debe contener las siguientes etapas:

	<b>Etapas 1</b>	<b>Etapas 2</b>	<b>Etapas 3</b>	<b>Etapas 4</b>	<b>Etapas 5</b>	<b>Etapas 6</b>
<b>Objetivo</b>	Planificación del proceso	Disposición de antecedentes	Análisis Pueblo Indígena	Reunión pueblos indígenas	Diálogo	Sistematización

<sup>40</sup> Los pueblos reconocidos por esta normativa son: Aymara, Quechua, Atacameño, Chango, Colla, Diaguita, Rapa Nui, Mapuche, Yagán y Kawésqar. Por tanto, pueden participar a través de sus instituciones representativas nacionales, regionales o locales, según el alcance de la afectación que directamente pueda ocasionarles la medida.

<sup>41</sup> CHILE, MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. SUBSECRETARÍA DE SERVICIOS SOCIALES, Decreto 66 (15, Noviembre, 2013). Santiago: Diario Oficial. 2013.

<b>Trámites</b>	Entrega de información previa y determinación conjunta de metodología	Entrega de información sobre medida a consultar	Ausencia del Gobierno	Se generará un acta de la reunión	Generación de acuerdos con respeto a la cultura indígena	Informe final
-----------------	---	---	-----------------------	-----------------------------------	--	---------------

#### IV. Análisis crítico de la Consulta Indígena como mecanismo de participación.

##### 1. Ineficacia material de la Consulta Indígena medioambiental

Una vez analizados los principios, tratados y leyes que inspiran y fundan la institucionalidad de la Consulta Indígena, hemos identificado dos elementos que moldean la forma en que se ha planteado, los cuales provocan la ineficacia material de su desarrollo dentro del contexto de proyectos sometidos al SEA, estos son: la restricción a sólo ciertos tipos de proyectos y el valor que se le otorga a las observaciones a la hora de evaluar un determinado proyecto.

**a. Restricción de aplicación de la Consulta Indígena:** El reglamento que regula el SEIA, en su artículo 85, establece dos hipótesis en que la consulta indígena será procedente<sup>42</sup>. A pesar de la identificación de aquellos supuestos de hecho, como se vio anteriormente, también existe una restricción de aplicabilidad respecto a la etapa de ingreso del proyecto, entonces resulta importante preguntarse en este punto ¿por qué este proceso sólo es obligatorio en caso de un EIA pero, en cambio, no es un requisito necesario cuando se trata de una DIA?

La doctrina ha señalado que el SEA exige como requisitos para dar paso a la participación ciudadana en una DIA: la legitimación activa, que se encuentre dentro del plazo de la solicitud, y la presencia de cargas ambientales para las comunidades próximas (beneficios sociales y externalidades ambientales negativas)<sup>43</sup>. De este modo, y estando en presencia de estos requisitos, se podrá llevar a cabo un procedimiento de

<sup>42</sup>1. Respecto a proyectos y actividades que generen un reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. 2. Si el proyecto se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, así como si genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

<sup>43</sup> COSTA, Ezio y FUENTES, Paula. La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental, En: Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA. 2011. vol. 3 no. 86 p. 83-106.

participación ciudadana de manera facultativa por parte de las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo<sup>44</sup>. El hecho de que la instancia de participación en los casos de DIA sea facultativa, contradice el objetivo protector que intrínsecamente presenta el SEIA, toda vez que la exigencia de los requisitos anteriormente nombrados vuelve más complejo que las personas afectadas puedan participar del proceso. En definitiva, se dificulta un adecuado acceso a la justicia ambiental, es decir, a “la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de la situación comunitaria y de las capacidades de tales personas y su participación en la adopción de las decisiones que los afectan”<sup>45</sup>.

Desde este enfoque, parece entonces poco sensato no exigir la Consulta Indígena como un requisito en los casos de DIA, ya que además de vulnerar el acceso a la justicia ambiental, no se condice con los intereses resguardados por los cuales surge este mecanismo de participación ciudadana. De este modo, se pierde la legitimidad en la toma de decisiones y se deja fuera a quienes realmente son los afectados, impidiendo su participación en la única vía institucional que tienen los pueblos indígenas para intervenir en el proceso, junto con su derecho a la impugnación.

**b. La real consideración de la Consulta Indígena dentro del SEA:** El segundo problema se refiere al hecho de que, aún cuando la Consulta sea un requisito para el proceso de calificación de ciertos proyectos, no existen garantías reales para las comunidades de que sus preocupaciones tendrán una injerencia real en los resultados de este procedimiento, existiendo una evidente carencia de fuerza de la observación que realiza el grupo humano indígena a la hora de sancionarse la aprobación de un determinado proyecto por parte de la autoridad ambiental.

Lo anterior incumple claramente los estándares internacionales que regulan los mecanismos de participación en materia medioambiental. Por un lado, el Acuerdo de Escazú se refiere a la información, participación y acceso a la justicia ciudadana general

---

<sup>44</sup> CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley 19.300. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. (9, marzo, 1994) Santiago: Diario Oficial 1994. Art. 30 bis.

<sup>45</sup> HERVÉ, Dominique. Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. En: Revista de Derecho (Valdivia) 23 N°1. 2013. p.17.

con miras a la protección del medioambiente y la naturaleza, estableciendo en su artículo 7 obligaciones para los Estados, con el fin de establecer herramientas que favorezcan este ideal, siendo las observaciones esgrimidas por las personas “debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos”<sup>46</sup>. A su vez, se vulneran las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT respecto de la consideración y vinculabilidad que deben tener las opiniones que surjan en las Consultas.

Los alcances que presente el grupo indígena dentro del proceso de consulta no poseen una incidencia real en la evaluación sometida a conocimiento del SEIA, pues no existe para la autoridad el deber de tomar en consideración tales observaciones para determinar su admisibilidad bajo los estándares ambientales. Esta conducta no se encuentra consagrada en ningún cuerpo normativo.

En consecuencia, en aquellas ocasiones en que se ofrezcan medidas para mitigar el daño medioambiental, y el grupo indígena manifieste su desacuerdo, esta posición no cuenta con la obligación de ser abordada ni solucionada por los evaluadores, transgrediendo de esta forma las directrices relacionadas al principio de participación.

En concordancia con lo anterior, en el año 2019, el Tercer Tribunal Ambiental de Santiago se refirió al vínculo que tienen los alcances esgrimidos por los pueblos indígenas en estos procesos, admitiendo “que, se trata, por tanto, de un instrumento con una finalidad diferente a la PAC, y por ende, al no tener un carácter vinculante, salvo cuando se logra un acuerdo (Corte Suprema, ROL N° 4078-2010, de 4 de octubre de 2010), ni la Ley N° 19.300 ni el RSEIA, obliga al SEA a responder o hacerse cargo de los “comentarios u observaciones” que se realizan en las reuniones de la consulta”<sup>47</sup>.

Coherente con esta jurisprudencia, cierta doctrina ha considerado que la autoridad ambiental entiende la obligación de realizar el proceso de Consulta Indígena en determinados casos como una “obligación de medio”, esto es, que agota su deber en el hecho de realizar de “buena fe” las diversas etapas de la misma y, en definitiva, en

---

<sup>46</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. 2018.. Art. 7

<sup>47</sup> CHILE. TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° R-8-2019 (5, septiembre,2019). Comunidad Indígena Mapuche Huilliche Weichan Mapu con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

otorgarles una plataforma para manifestar su descontento<sup>48</sup>. Lo anterior dista de la noción de “obligación de resultado”, entendiendo la consulta como un elemento para cumplir con el deber de generar un resultado o consecuencia en consonancia con un fin determinado, siendo este la llegada a un acuerdo entre ambas partes, satisfaciendo así los estándares internacionales antes expuestos.

En este caso, nos parece evidente la existencia de vulneraciones a diversos derechos fundamentales de los cuales los pueblos indígenas son titulares, pues al autorizar el Estado la realización de proyectos que afectan directamente el medioambiente. De esta forma se modifica la vida cotidiana indígena, el desarrollo de determinadas actividades económicas de subsistencia, así como la ocupación de ciertos territorios que poseen significación cultural. A su vez, se afecta el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y, en consecuencia, el derecho a la salud, el derecho a la identidad cultural, el derecho al desarrollo económico, entre muchos otros cuya vinculación ha sido admitida por jurisprudencia internacional en diversas ocasiones.

## **2. Inobservancia y judicialización.**

Otro problema recurrente en esta materia es la inobservancia por parte de las autoridades respecto a su obligación de llevar a cabo la consulta indígena, omitiendo de manera arbitraria su realización. Esto ha ocasionado que las comunidades recurran de distintas maneras a tribunales (vía administrativa o por recurso de protección), dando lugar a la judicialización de estos conflictos, y llevando la procedencia de esa consulta a la decisión de los tribunales.

En primer lugar, esto se debe al entendimiento que se ha tenido sobre la Consulta Indígena dentro de este marco. Es así como en una primera aproximación podemos observar cómo la Corte Suprema entendió que la Consulta era equivalente a la participación ciudadana contemplada en la legislación ambiental, por lo que no requería de un procedimiento distinto de aquella, y sólo procedía frente a proyectos de magnitud suficiente en el marco del SEIA. En una segunda posición, la Corte Suprema se alinea

---

<sup>48</sup> CARMONA, Cristobal. Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas. En: Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Concepción Vol., 88 N°. 248. 2020. p. 209-212

con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, entendiendo que la consulta previa es una institución nueva y distinguible en el ordenamiento jurídico chileno, la cual tiene su primer hito en la sentencia del caso “Parque Eólico de Chiloé”<sup>49</sup>. Finalmente, con la entrada en vigor de los Tribunales Ambientales en Chile, la Corte Suprema no se ha pronunciado con frecuencia sobre la procedencia de la Consulta Indígena, remitiendo la decisión sobre el fondo a los señalados tribunales.

Ahora bien, respecto a ciertos recursos de protección, los cuales se han fundado en la vulneración de la garantía constitucional de igualdad ante la ley al no realizarse la Consulta Indígena, la Corte Suprema se ha pronunciado y ha ordenado que se realice. Un primer ejemplo de esto es el fallo del 14 de febrero del presente año<sup>50</sup>, en el cual las Comunidades Indígenas Colla Pai Ote y Colla Tata Inti de los Pueblos de los Loros interponen un recurso en contra del SEA, pues, en el contexto del proyecto “Producción de Sales de Maricunga”, no se realizó la Consulta Indígena en conformidad con el artículo 6.1 letra a) del Convenio 169 de la OIT. Acá la Corte señala que la consulta debe realizarse siempre que haya una afectación potencial a los pueblos, a diferencia de como lo había entendido la autoridad administrativa, la cual indicaba que no procedía ningún tipo de consulta, dado que no existía afectación. Otro fallo similar de la Corte Suprema es el del 1 de junio del presente año<sup>51</sup>, en el cual acoge el recurso presentado por la Comunidad Atacameña Coyo y Camar en contra del Ministerio de Minería tras la adjudicación de una licitación de litio. Dicho recurso se fundamentó en la vulneración a la igualdad ante la ley al omitir arbitrariamente la consulta indígena.

En segundo lugar, otra causa de este problema se relaciona con los estándares que determinan la procedencia de la consulta. Tal como lo explica el profesor Carmona<sup>52</sup>, surge la problemática de los altos estándares de calificación de impacto ambiental para la procedencia de la Consulta frente a un proyecto. El Reglamento del SEIA establece

---

<sup>49</sup> CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N°10.090-2011.(22 ,marzo, 2012) Comunidad indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión regional del medio ambiente región de Los Lagos.

<sup>50</sup>CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N° 85.587-2021. (14, febrero, 2022). Ercio Mettifogo, Comunidades Indígenas Colla Pai Ote y Colla Tata Inti de los Pueblos de los Loros con Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

<sup>51</sup> CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N° 8.507-2022. (1, junio, 2022). Comunidad Atacameña de Coyo con Ministerio de Minería.

<sup>52</sup> CARMONA. Op. cit., p. 199-232.

como criterio la “susceptibilidad de afectación directa”, complementado posteriormente por el Instructivo de Consulta Indígena. El problema que esto produce es la exigencia de un alto margen de certeza del impacto o afectación del proyecto a evaluar, y cuando esto no es así resulta en que no se requiere el consentimiento de las comunidades indígenas frente a proyectos que amenazan su territorio.

Lo anterior deriva en que las comunidades indígenas impugnen frente a los tribunales aquellas decisiones del SEIA de no realizar la consulta indígena, lo que trae consigo un problema relativo al proceso y, dentro de este, a la carga de la prueba. Respecto a los estándares de procedencia de la Consulta, durante estos juicios contencioso-administrativos los grupos afectados se centrarán en demostrar el impacto y la afectación producida por el proyecto, convirtiéndose en debates de orden procedimental y metodológicos<sup>53</sup>, dejando de lado el conflicto de fondo, es decir, la inminente amenaza a los derechos de las comunidades indígenas afectadas. Esto es apreciable en distintos pronunciamientos de los Tribunales Ambientales, en los cuales el fallo para acoger o desechar la acción se funda en errores metodológicos de los informes presentados, o la falta de datos objetivos, sin hacerse cargo de los derechos que están siendo afectados. Un ejemplo de lo anterior es lo que ocurrió con la organización Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi (en adelante los PIUCT). Esta comunidad dedujo un recurso de casación en la forma y fondo en contra de una decisión tomada por el segundo tribunal ambiental, el cual rechazaba su reclamación e indicaba que los PIUCT no se encontraban dentro del área donde se manifiestan los impactos significativos que pueden afectar a comunidades indígenas, a saber, el área de influencia directa. Pese a recurrir a la Corte Suprema, ésta rechazó sus recursos, confirmando el criterio del tribunal y agregando: “para que exista “afectación directa”, es necesario que se acredite que se verifica alguno de los impactos significativos del artículo 11 de la LBMA mediante “antecedentes ciertos”, “datos precisos” o “datos objetivos de afectación”<sup>54</sup>. Tomando

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 213.

<sup>54</sup> CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N°817-201 (19, mayo, 2016). Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental. Considerando 15º.



en consideración lo anterior, podemos dar cuenta de la desventajosa posición en que se encuentran los pueblos indígenas, pues, además de las dificultades probatorias de la afectación directa –casos señalados en el artículo 11 de la ley 19.300–, se les impone un estándar de “datos precios” o “datos objetivo de afectación”, en definitiva, se estableció un estándar probatorio sumamente alto y discriminatorio.

Excepcionalmente, el Primer Tribunal Ambiental, reconoció lo problemático que resulta esta conducta, y explica: “que la significancia derivada de la duración o magnitud de los impactos no puede ser el único criterio que guíe la protección de poblaciones o pueblos protegidos, ya que precisamente es esa protección específica la que debe motivar cualquier tipo de decisión que los pueda afectar”<sup>55</sup>.

Lo anterior nos lleva a concluir que en muchas ocasiones el real motivo y objetivo del SEIA junto con la Consulta Indígena -proteger el medioambiente y las comunidades indígenas potencialmente afectadas- es dejado de lado, generando así una vulneración al derecho de participación que tienen las comunidades indígenas afectadas.

#### **V. Propuestas de mejora de la institución de la Consulta Indígena y su implementación.**

Una vez expuestas y analizadas las distintas características de procedencia, implementación y consideración de la Consulta Indígena, es evidente que existen falencias en cada uno de estos aspectos. Por esto, es necesario realizar modificaciones que permitan la efectividad de esta herramienta en la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, cumpliendo con las exigencias que el debido proceso y el acceso a la justicia imponen a estos mecanismos, acorde a los estándares de tratados internacionales ratificados por Chile que hemos expuesto.

Por estos motivos, y acorde a nuestra opinión, en primer lugar no existe razón alguna para excluir proyectos o actividades del procedimiento de Consulta, aún más si estos fueran a ser realizados dentro de territorios habitados por un grupo menos privilegiados, ya que, sin importar la magnitud o envergadura del plan a realizarse, ha quedado

---

<sup>55</sup> CHILE. PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N°R-28-2020, (21, Abril, 2021). Inversiones Panguipulli SpA con Superintendencia del Medio Ambiente Considerando el sexagésimo cuarto.

establecido a lo largo de este trabajo, que las personas afectadas son quienes están en una mejor posición para determinar cuándo sus derechos sean vulnerados en materia medioambiental, siendo la implementación de instancias de participación directa de ciudadanos y ciudadanas la forma ideal de dar legitimidad al actuar del Estado.

Por otro lado, parece ser clara la tendencia que han sostenido los tribunales respecto de la obligatoriedad incondicionada de la Consulta Indígena, al afirmar que la determinación de la afectación eventual de las comunidades no se determina ex ante, sino que debe discutirse y concretarse justamente por medio de las consultas indígenas. Este razonamiento nos parece correcto, pues siempre habrá un grado de arbitrariedad en su aplicación si se determina genéricamente su concurrencia en relación a una posible afectación, pensando que es un órgano administrativo -dentro del SEIA- el que debiera realizar dicha determinación.

Por tanto, el problema que se identifica respecto del carácter de la procedencia sobre las consultas indígenas se encuentra en sede administrativa y es donde se deben entregar respuestas que aseguren a los posibles afectados ante su inobservancia.

En este sentido, creemos que una solución adecuada es establecer la obligatoriedad de la consulta en abstracto con términos específicos<sup>56</sup>, en otras palabras, sin que medie la condición de una posible afectación a las comunidades indígenas. De esta manera, se podrían producir a lo menos dos posibles ventajas: la primera radica en la certidumbre que tendrían las comunidades indígenas al contar con una instancia de participación siempre que contemple su interés; y la segunda, en un ahorro logístico dentro del proceso administrativo que hoy busca determinar la posible afectación que se exige como condición de procedencia de las consultas. Por tanto, el beneficio sería integral, tanto para los titulares del derecho como para el destinatario, inclusive sin considerar los beneficios que se podrían apreciar en la descongestión judicial, ya que al tener la certeza de la concurrencia de esta instancia, no se debería discutir al respecto. Por esto, la consagración legal explícita de la consulta indígena incondicionada permitirá su mejor

---

<sup>56</sup> PERALTA, Camila. Consulta previa indígena en Chile: La larga historia de una asimetría impuesta [en línea]. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. 2019. [Fecha de consulta: 10, agosto, 2022]. Disponible en: <https://labconstitucional.udp.cl/documentos/consulta-previa-indigena-en-chile-la-larga-historia-de-una-asimetria-impuesta/>.

aplicación y disminuirá las polémicas en torno a la condición habilitante de afectación. Esto debido a que se instaura un proceso consultivo de participación dinámico, activo y formal, características necesarias para que el Derecho Ambiental pueda ser eficaz en la satisfacción de problemáticas jurídicas ambientales.<sup>57</sup>

En segundo lugar, una reforma legislativa fundamental debiera ser la exigencia de un estándar de máxima motivación de las resoluciones que emanen del SEA. Este organismo debe justificar de manera exhaustiva la decisión tomada en relación a los efectos ambientales perjudiciales que pueda producir un proyecto sometido a su conocimiento, haciéndose cargo de las observaciones de los pueblos indígenas, pero de manera aún más significativa en los casos de un proyecto que los afecte directamente. De este modo, sólo una reforma legal que establezca estas condiciones, permitirá que la Consulta sea efectivamente una “obligación de resultado”, que busque desplegar acciones o conductas -en este caso etapas de un proceso-, cumplimiento con el objetivo de la Consulta y acorde los estándares que el acceso a la justicia y el debido proceso imponen para evitar la vulneración de derechos fundamentales y la eventual judicialización del conflicto.

En definitiva, se debe regular como materia de ley la obligación del SEA de otorgar a las observaciones realizadas por las comunidades una injerencia real en el resultado final de la resolución de calificación ambiental de la cual dependerá la aprobación o rechazo de un proyecto. Por tanto, la ley 19.300 debiese otorgar a la Consulta Indígena una consagración de rango al menos legal, expresándose en esta, sus principios y fines generales, dejando solo materias procedimentales específicas al actual reglamento.

Finalmente, es importante no olvidar que las modificaciones legales sugeridas implican la afectación de derechos de estas comunidades indígenas, por esta razón, sería necesario incluir activamente en este procedimiento legislativo a las comunidades afectadas, en la denominada “consulta sobre consulta”<sup>58</sup>, para que de este modo la

---

<sup>57</sup> MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo J. Op. Cit., p. 140

<sup>58</sup> ANAYA, James. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. [en línea] Chile. 2012. párrafo 8. [Fecha de consulta: 17, junio, 2022]. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/wp-content/uploads/2012/11/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>

consulta y el consentimiento protejan efectivamente el ejercicio de derechos sustantivos de los pueblos indígenas y, a su vez, garantizar su observancia. En consecuencia, permiten dar efectividad a derechos sustantivos<sup>59</sup>.

## VI. Conclusiones.

Para nadie es desconocida la situación que hoy aqueja al mundo en términos medioambientales, sin duda que es una preocupación de primera importancia y es por ello que los Estados se deben seguir organizando con el objetivo de mejorar las situaciones que afectan al planeta. En términos jurídicos, todos los derechos que rodean al medioambiente deben concebirse como derechos de primer orden, toda vez que por una cuestión práctica el colapso del sistema medioambiental conllevaría necesariamente el quebrantamiento de todo el sistema de derechos fundamentales, es en esta óptica que toma un especial sentido situarse en el lugar de aquellos que históricamente se han visto afectados y desfavorecidos por medidas arbitrarias que afectan directamente su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación e indirectamente a una serie de otros derechos como lo son el de igualdad ante la ley, propiedad, entre otros; teniendo en consideración también la especial importancia que las comunidades indígenas dentro de su cosmovisión le entregan a la naturaleza, por ello, todo mecanismo que esté orientado a la participación activa de las comunidades indígenas (como sujetos particularmente vulnerables) debe formularse e implementarse de manera que tenga un efecto práctico considerable.

En este sentido, las recomendaciones vertidas en este trabajo apuntan a robustecer la institucionalidad misma de las consultas indígenas, de manera que estas en el caso chileno puedan efectivamente cumplir con lo que los estándares internacionales exigen y, por tanto, garantizar un efectivo acceso a la justicia en materia medioambiental de comunidades indígenas. Esto, a través del perfeccionamiento de la Consulta Indígena como mecanismo indirecto de tutela de derechos.

---

<sup>59</sup> *Ibíd.* párrafo 33.

Cabe destacar que este trabajo evolutivo del sistema de consultas indígenas debe avanzar integralmente, con esto queremos decir que no puede ocurrir que las consideraciones que aquí hemos planteado sean establecidas únicamente en un plano formal, sino que deben ir acompañadas de medios materiales que permitan su correcta implementación y esto no se concreta únicamente vía expresión legal, sino que también debe concurrir una voluntad política que manifieste esta expresión de especial preocupación por la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas por medio de políticas públicas correctamente formuladas y adecuadas para dichos fines.

Dentro de este ámbito, actualmente Chile se encuentra cercano a concluir un nuevo proceso constituyente por medio de un plebiscito en el que la ciudadanía decidirá si el texto constitucional propuesto por la Convención Constituyente se convertirá en la nueva constitución que regirá el ordenamiento jurídico chileno<sup>60</sup>. Así, es posible apreciar que este nuevo texto responde a varias de las problemáticas planteadas en este trabajo. En primer lugar, el acceso a la justicia toma un posición central dentro de las obligaciones del Estado, instaurándose a propósito de diversas materias y creando un organismo destinado a su satisfacción<sup>61</sup>.

En segundo lugar, en materia medioambiental, podemos dar cuenta de un claro cambio de paradigma, pues se amplía desde un solo artículo que consagra el “Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, a una regulación extensa y completa para proteger el medio ambiente y la naturaleza desde distintos ámbitos<sup>62</sup>. Además se consagra la denominada “democracia ambiental”, reconociendo a la ciudadanía el derecho a una participación informada en materia medioambiental<sup>63</sup>. De este modo, se pretende fortalecer el goce de derechos fundamentales sustanciales, como el de

---

<sup>60</sup> CHILE. CONVENCION CONSTITUYENTE. Propuesta Constitución Política de la República de Chile. 2022. [Fecha de consulta: 10 de agosto, 2022]. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf>.

<sup>61</sup> *ibíd.*, arts.108, 113, 319, entre otros.

<sup>62</sup> *ibíd.*, art. 103 y ss.

<sup>63</sup> *ibíd.*, art. 154.

medioambiente mediante el aseguramiento de instancias procesales efectivas, como la consulta.

En tercer lugar, esta propuesta realiza un gran avance en materia de derecho indígena, pues, además de reconocer a los pueblos indígenas como naciones en condiciones de igualdad, establece el respeto a sus costumbres e idioma, su derecho a autodeterminación, se avanza en la protección de sus tierras y su derecho a participar como miembros de una sociedad democrática. En este sentido, contempla a la consulta indígena como un derecho consagrado con rango constitucional e impone al Estado el deber de garantizar la participación de los pueblos indígenas en procesos que afecten sus derechos reconocidos por la propuesta constitucional.<sup>64</sup>

Si bien, al momento de realizar esta investigación existe incertidumbre respecto a la aprobación de la propuesta constitucional por la ciudadanía, el hecho de que todos estos temas sean acogidos por esta, da cuenta de una necesidad por dar solución a las distintas problemáticas. Por esta razón, independiente del resultado electoral de este proceso, consideramos necesario realizar reformas en esta materia.

Finalmente, esperamos que este trabajo cumpla con servir como un análisis crítico de uno de los mecanismos de participación más importantes que hoy existen en torno a la figura de la protección medioambiental y que en base a este se puedan seguir formulando nuevas soluciones y propuestas que permitan avanzar progresivamente hacia una protección más robusta y consolidada de los derechos fundamentales de las personas.

---

<sup>64</sup> *ibíd.*, arts. 66 y 191.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

ANAYA, James. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Chile. 2012.

CARMONA, Cristobal. Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígena. En: Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Concepción Vol., 88 N°. 248. 2020. p. 209-212

COSTA, Ezio y FUENTES, Paula. La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental, En: Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA. 2011. vol. 3 no. 86 p. 83-106.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-23/17, Medioambiente y Derechos Humanos. 2017

DUCE, Mauricio; MARIN, Felipe y RIEGO, Cristián. Reforma a los procesos civiles orales, Consideraciones desde el debido proceso. 2011.

ESTEVE PARDO, José. Derecho del Medio Ambiente. Editorial Marcial Pons. Tercera Edición. 2014 p. 13-21.

GOROSITO, Ricardo, Los principios en el Derecho Ambiental. Universidad Católica de Uruguay: 2017.

FUENTES MAUREIRA, Claudio & VARGAS PAVEZ, Macarena; Capítulo IV El derecho a un debido proceso. 2018

HERVÉ, Dominique. Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. En: Revista de Derecho (Valdivia) 23 N°1. 2013.

LEPPE, Juan Pablo. Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa. Temuco, Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Nro. 44. 2015.

LILLO, Ricardo. El derecho de acceso a la justicia. Diario Constitucional. Santiago, Chile. 2022.

MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo J. Medio Ambiente y Sociedad. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. 2005

PERALTA, Camila. Consulta previa indígena en Chile: La larga historia de una asimetría impuesta [en línea]. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. 2019

WESTREICHER, Carlos. Derecho Ambiental, Ambiente Sano y Desarrollo Sostenible: Deberes y Derechos. Lima. 2004.

#### **NORMAS CITADAS**

SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. 2018.

CHILE. CONGRESO NACIONAL.. Ley 19.300. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. (9, marzo, 1994) Santiago: Diario Oficial. 1994.

CHILE, MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. SUBSECRETARÍA DE SERVICIOS SOCIALES, Decreto 66 (15, Noviembre, 2013). Santiago: Diario Oficial. 2013.

CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Decreto 40. Aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental. (12, agosto, 2013) Santiago: Diario Oficial. 2013

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DE DESARROLLO, RÍO DE JANEIRO & NACIONES UNIDAS. 1992. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Rio de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas



## **JURISPRUDENCIA**

CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Serie C No. 125. Comunidad indígena Yakye Axa con Paraguay (17, junio, 2005).

CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N°10.090-2011. (22 ,marzo, 2012) Comunidad indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión regional del medio ambiente región de Los Lagos.

CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N° 817-201. (19, mayo, 2016). Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental

CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N° 8.507-2022. (1, junio, 2022). Comunidad Atacameña de Coyo con Ministerio de Minería.

CHILE. CORTE SUPREMA. Rol N° 85.587-2021. (14, febrero, 2022). Ercio Mettifogo, Comunidades Indígenas Colla Pai Ote y Colla Tata Inti de los Pueblos de los Loros con Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

CHILE. PRIMER TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N°R-28-2020, (21, Abril, 2021). Inversiones Panguipulli SpA con Superintendencia del Medio Ambiente Considerando el sexagésimo cuarto.

CHILE. TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol N° R-8-2019 (5, septiembre,2019). Comunidad Indígena Mapuche Huilliche Weichan Mapu con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.