

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas y el derecho a la participación ambiental¹

*The right of consultation of indigenous peoples
and the right to environmental participation*

Luis Acevedo Espínola²

INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el *derecho a un medioambiente sano*³ consiste en “el derecho de las personas a desarrollarse en un medio adecuado, saludable y propicio para la vida humana”⁴, sin perjuicio que su contenido específico no tenga el consenso definido. Por su parte, en cuanto a su naturaleza jurídica, se debe aclarar que este derecho es tanto un derecho *social* como uno *colectivo* y un *principio de política social*. Es *derecho social* pues se le estudia como derecho de segunda o tercera generación, exige prestación económica del Estado y se rige por el principio de progresividad. Así también, García lo destaca como *principio económico social*⁵ por cuanto configura un norte de guía para las políticas públicas. Asimismo, es *derecho colectivo* pues su objeto de protección lo es y así también su titularidad, siguiendo tanto a Espinoza como a Bordalí⁶, e incluso a la jurisprudencia⁷. Este punto será relevante para el vínculo con la consulta indígena, en especial su carácter colectivo.

Este derecho se compone de varios aspectos. Así, además de lo indicado *supra*, se establece un deber solidario de resguardo del mismo y de reparación del daño ambiental, tanto en lo que se refiere a la sociedad como al Estado. Asimismo, forma parte del derecho al acceso a la justicia ambiental, la información y la participación, aspectos que profundizaremos en el presente trabajo, principalmente referidos al aspecto de la *participación ambiental*, observando sus estándares internacionales.

Desde esta perspectiva, la pregunta de investigación que formulamos consiste en la siguiente: *¿Es el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales una manifestación del derecho a la participación ambiental? ¿Sus estándares se encuentran en el Derecho chileno?* Luego, las preguntas específicas se traducen en *¿cuáles son los*

¹ Este trabajo está financiado por el proyecto Fondecyt Regular N° 1190423: “Análisis de los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental y su concreción en el derecho interno”, cuyo investigador responsable es el profesor Gonzalo Aguilar Cavallo.

² Abogado Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal y Diplomado en Docencia Universitaria, Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad de Santiago, de Compliance y Accountability en la Universidad Nacional Andrés Bello, y de Introducción al Derecho Penal en la Universidad Abierta de Recoleta.

³ Se hace la aclaración que en el presente trabajo se seguirá la concepción del derecho a un medioambiente sano por sobre las demás visiones que existen al respecto, como es la visión antropocéntrica, entre otras.

⁴ García (2018) p. 554.

⁵ Idem.

⁶ Espinoza (2010).

⁷ Causa Horvath con CONAMA, citado en ídem. En el mismo sentido, causa Girardi con COREMA XII Región, citado por Corvalán (2017).

estándares internacionales del derecho de participación ambiental y del derecho a la consulta? ¿Están vinculadas ambas instituciones? Y ¿Se cumplen esos estándares en la legislación chilena?

El objetivo, entonces, es vincular el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales con el derecho a la participación ambiental, determinando sus estándares internacionales y contrastando esto con la normativa chilena. Como objetivos específicos, por su parte, debemos destacar 1) determinar los estándares internacionales del derecho de participación ambiental; 2) determinar los estándares internacionales del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales; 3) vincular el derecho de participación ambiental con el derecho a la consulta cumpliendo los estándares internacionales de una y otra institución; y 4) contrastar este vínculo y estándares internacionales con la normativa chilena, respondiendo a la pregunta de si acaso el reconocimiento a ello es amplio o escaso, y en ese sentido, dar cuenta o descartar una eventual falencia normativa que deba ser superada.

La hipótesis que sostendremos es que *el derecho de la consulta de los pueblos indígenas y tribales es un mecanismo que concretiza el derecho a la participación ambiental, pues el derecho a un medioambiente sano es un derecho amplio que, en específico, incluye todo mecanismo de participación democrático, por lo que el derecho a la consulta se configura como un mecanismo de concreción del derecho a la participación ambiental, sin perjuicio del tipo de participación específico de que trata. No obstante, en el caso chileno su recepción normativa es más bien escasa.*

Como hipótesis específicas, corresponde señalar 1) que el derecho de participación ambiental no hace el distingo doctrinario entre participación ciudadana, política, en la gestión pública y administrativa, de modo que la participación ambiental incluye todo mecanismo democrático de participación, sin importar la clase de participación de que trata. No obstante, la participación, para ser efectiva, debe cumplir con ciertos estándares. 2) En segundo lugar, la consulta indígena también tiene estándares que debe cumplir, de carácter internacional, 3) configurándose como un mecanismo de participación aplicable al derecho a un medioambiente sano, debiendo cumplir los estándares en cuestión tanto del derecho de participación como de la consulta indígena; y 4) en cuanto a la realidad chilena, el reconocimiento de este vínculo es escaso.

La metodología que se utilizará para verificar la hipótesis será de tipo dogmática, de análisis conceptual y normativo, acudiendo a la normativa y doctrina y, en ocasiones, a la jurisprudencia. Siguiendo lo antes dicho, el trabajo se estructura en tres partes, a saber: 1) los estándares internacionales del derecho de participación ambiental; 2) los estándares internacionales del derecho a la consulta y al consentimiento de los pueblos indígenas y tribales; y 3) el vínculo existente entre la participación ambiental y el derecho a la consulta y el derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, así como su contraste con la realidad normativa chilena. Finalizaremos con algunas conclusiones.

I. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN AMBIENTAL

A continuación se hará un ejercicio de identificación dogmática en torno a dos puntos: primero, aclarar si el derecho a la participación está vinculado o no con el derecho a un medioambiente sano, y segundo, aclarar si a nivel internacional se han configurado estándares al respecto y, en ese caso, delimitar dichos estándares, a fin de luego utilizarlos como parámetros a la hora de evaluar la institucionalidad chilena, tributando al objetivo de investigación presentado con anterioridad.

1. Vínculo del derecho a la participación con el derecho a un medioambiente sano

Lo primero a dilucidar en este acápite es si el derecho a la participación ambiental está vinculado o no con el derecho a vivir en un medioambiente sano. Al respecto, si bien desde la simple lectura del numeral 8° del artículo 19 de la Constitución no se desprende el derecho de participación ambiental, sostenemos que le es aplicable, en virtud del artículo 5 inciso 2°, el estándar internacional que se ha fijado al respecto.

En efecto, el Principio N°10 de la Declaración de Río de 1992 establece la necesidad de incluir la participación ciudadana como un mecanismo dentro de la materia medioambiental, asunto que luego fue precisado por el Convenio de Aarhus en el caso europeo⁸, y por el Acuerdo de Escazú en el caso latinoamericano. Así, desde el año 2012 en que se estaba negociando este último acuerdo se dijo en la Declaración sobre la Aplicación del Principio N°10 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo que “reconocemos y subrayamos que los derechos de acceso a la información, *participación* y justicia en materia ambiental son esenciales para la promoción del desarrollo sostenible, la democracia y de un medioambiente sano”⁹, resultando, en definitiva, el reconocimiento de la participación ambiental como derecho en el artículo 7 del Acuerdo de Escazú¹⁰.

No obstante, hasta el día de hoy Chile no ha ratificado el Acuerdo de Escazú, por lo que la pregunta es si ese estándar le es aplicable o no considerando dicha situación. En principio se podría descartar la aplicabilidad del estándar en cuestión, más, como lo analiza Costa¹¹, la respuesta correcta se refiere a la aplicabilidad.

El argumento anterior se sustenta en las siguientes razones: 1) la Opinión Consultiva N°23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), que ya analizaremos, señaló que el derecho a la participación ambiental es uno de los pilares fundamentales de los *derechos de acceso*, teniendo la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas conforme al artículo 23.1 de la Convención para la toma de decisiones y políticas que puedan afectar el medioambiente¹²; y 2) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile ya ha recogido la aplicabilidad del estándar en

⁸ Para una revisión comparada entre el caso latinoamericano con el europeo, véase Huerta (2013).

⁹ Declaración sobre la aplicación del Principio N°10 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo.

¹⁰ Para revisar el contenido y aplicación del Principio N°10 de la Declaración de Río y el Acuerdo de Escazú en América Latina y El Caribe, así como su relación con el Acuerdo de Aarhus, véase Medici (2018).

¹¹ Costa (2020)

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 23/17, 15 Noviembre 2017, par. 226 y 227.

cuestión, pues se ha entendido a la participación como un principio del Derecho Ambiental pero también como derecho, aunque con una precisión, cual sería que su regulación sería de carácter legal. No obstante, aún bajo esa interpretación, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que si se vulnera el derecho regulado a nivel legal de participación ambiental, se vulnera el derecho constitucional a vivir en un medioambiente libre de contaminación –siguiendo la nomenclatura de la Constitución actual-, por lo que aun en ese caso, el derecho a la participación ambiental es parte del artículo 19 N°8, aunque delineado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, a nivel legislativo.

Por tanto, observando jurisprudencia internacional y nacional, aun si Chile no ha firmado el Acuerdo de Escazú, la participación ambiental es un aspecto más dentro del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación reconocido en el numeral 8° del artículo 19, aun si fuere, como sostiene la Corte Suprema, un derecho con regulación legal más que constitucional. Si se modifica la nomenclatura a un derecho a vivir en un medioambiente sano, como defendemos, su inclusión como aspecto del derecho se mantiene.

Desde la perspectiva doctrinaria, Costa¹³ sostiene que la participación ambiental puede verse desde diferentes ángulos, ya sea como principio del Derecho Ambiental y un aspecto dentro del derecho a vivir en un medioambiente sano, ya sea como mecanismo –como es el caso norteamericano-, ya sea como aspecto inserto en el principio de colaboración –como es el caso alemán-, o ya sea como un aspecto dentro de la gobernanza. Siguiendo al mismo autor, en todo caso, en la norma chilena se recogería como la primera opción, es decir, entender la participación ambiental como un principio informador del Derecho Ambiental en general, como así también como un aspecto del derecho a un medioambiente sano, según estamos sosteniendo.

Dicho en otros términos, en virtud de la Opinión Consultiva antes citada, el derecho a la participación está vinculado con el derecho a un medioambiente sano no en virtud del Acuerdo de Escazú, sino gracias a la costumbre jurídica internacional, los principios generales del Derecho, la doctrina de los principales publicistas y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) complementada por la interpretación de ella que hiciera la Corte IDH vía opinión consultiva, aplicándose a su respecto el control de convencionalidad en sentido amplio, pues incluye la jurisprudencia interamericana entendiendo a la Corte como último y principal intérprete de la Convención.

La pregunta entonces será a qué tipo de participación se refiere, pues como destaca Costa¹⁴, el concepto de participación es un concepto esquivo para la ciencia jurídica, siendo un concepto desarrollado más bien por la ciencia política, teniendo dos especies de problemas: 1) que la ciencia política usa parámetros propios para conceptualizar y caracterizar a la participación, y 2) que no hay un concepto y caracterización concluyente. En esto coincide, de hecho, Henríquez¹⁵, para quien hay múltiples conceptos de participación que dependen, en gran medida, del concepto de democracia del que se comienza el análisis.

¹³ Costa (2020)

¹⁴ Idem.

¹⁵ Henríquez (2013)

No obstante, Costa¹⁶ intenta delimitar este concepto, de modo que distingue tipos de participación. Señala entonces que hay una participación llamada *política*, referida por ejemplo, al voto o a las elecciones, entre otros, que es el derecho reconocido especialmente en la norma internacional, sin perjuicio de participación *ciudadana* un tanto más amplia, que incluye toda forma de participación en el espacio público, no solo la institucionalizada. Hay también una participación que se ha caracterizado como participación en la *gestión pública*, y finalmente, otro tipo de participación que es la participación *administrativa*. La mayoría de los autores mezcla estos dos últimos tipos de participación y la distinguen de la participación política en el sentido de que, mientras la participación política se refiere al Derecho Constitucional o bien a las decisiones propiamente políticas, o a sus autoridades, la participación administrativa o de la gestión pública se refiere a las decisiones en el marco del Derecho Administrativo o bien a la ejecución de políticas públicas.

Como bien señala el autor, la participación en materia ambiental se refiere, en primera instancia, a estos tipos de participación, aunque la desborda¹⁷. En efecto, la participación ambiental alcanza también a la gestión de riesgos, al desarrollo sustentable, e incluso, a nuestro parecer, a la justicia ambiental, entendiendo esto último como la distribución de riesgos y la distribución del poder.

Desde la perspectiva de Henríquez¹⁸, de hecho, se puede sostener un concepto específico y particular de participación ambiental y, dentro de ella, la participación ambiental indígena. En estos casos, la participación busca asegurar el concepto de justicia ambiental, aspecto en lo cual también concuerda Donoso¹⁹. Por otro lado, en relación a la participación indígena, se conectaría con la autodeterminación de los pueblos²⁰.

Por su parte, Aranda realiza el mismo esfuerzo para sistematizar tipos de participación, precisamente en relación al Derecho Ambiental, distinguiendo en primer lugar una participación política de una administrativa, llevando cuatro posibles conceptos de participación. “(E)l primero es entenderla como un acto formal integrado en un procedimiento, en el sentido expuesto en el derecho procesal administrativo. El segundo, como un elemento de fondo, deseable o no, de los procesos administrativos ambientales según lo expuesto en la teoría regulatoria. El tercero, como un derecho político, desde la óptica de los derechos humanos. Y, el cuarto, como un principio propio del Derecho Ambiental”²¹, concluyendo, en definitiva, que la jurisprudencia ha entendido a la participación ambiental como un principio dentro de esta rama jurídica, a fin de ampliar la participación contemplada en la Ley General de Bases del Medio Ambiente, Ley N°19.300, más según sostenemos, es también un derecho.

Como un aspecto que justifica a este derecho, la participación se refiere a la necesidad de escuchar a la ciudadanía en todo proceso de decisión pública, insertándose en el concepto de democracia, lo cual no se agota en la democracia representativa y directa, sino también

¹⁶ Costa (2020)

¹⁷ Idem.

¹⁸ Henríquez (2013)

¹⁹ Donoso (2018)

²⁰ Henríquez (2013)

²¹ Aranda (2018) p. 34.

aborda la democracia deliberativa, y en cuanto tal, se busca la participación de la ciudadanía en forma libre, igualitaria y argumentada, sin perjuicio si su efecto fuere solo informativo, consultivo o resolutorio, siendo ello variable.

Los fundamentos de la participación, por su parte, se refieren, entre otros puntos, a la legitimidad del sistema y el control al órgano estatal, así como al derecho a ser escuchado por la autoridad, e incluso, a informarse²², fundamentos que también se encuentran en la consulta indígena, como se desarrollará.

En síntesis, podemos sostener que la participación está vinculada con el derecho a vivir en un medioambiente sano, que concretiza a su vez el principio democrático del Estado, y ello incluye no solo la participación política sino también participación en la gestión pública, administrativa y ambiental en específico. En este sentido, toda forma de participación viene a ser parte íntegra del desarrollo del principio democrático, sin hacer distinciones, y en concreto para el caso del medioambiente, la participación es un aspecto vinculado también con el derecho en cuestión.

2. Estándares internacionales de la participación ambiental

Lo que debemos hacer ahora, pues, es delinear sus estándares internacionales, para lo cual es útil revisar la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en primer lugar, podemos mencionar la Opinión Consultiva 23/17 antes mencionada, que fue solicitada por el Estado de Colombia para que la Corte se pronuncie sobre las obligaciones estatales en relación con el medioambiente, en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida e integridad, es decir, determinar el alcance e interpretación de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En cuanto a lo que interesa, referido a la participación ambiental, señaló la Corte en dicha Opinión Consultiva que el derecho a un medioambiente sano, como derecho autónomo, está interrelacionado con los demás derechos humanos, incluyendo derechos políticos, como un todo indivisible, teniendo evidentes efectos en ellos. Así, sostiene en el párrafo 64 que “los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo)”²³, mencionando precisamente al derecho a la participación en la vida cultural como un derecho especialmente vulnerable en relación al medioambiente.

Más adelante, la Corte desarrolla específicamente la relación entre la participación y el derecho a un medioambiente sano, señalando al efecto que “la participación pública representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de

²² Costa (2020).

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 23/17, 15 Noviembre 2017, par. 64.

procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales. Como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, la participación pública requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable”²⁴.

Por tanto, la participación ambiental es *al menos* un aspecto procedimental del derecho a vivir en un medioambiente sano, que debe cumplir ciertos estándares como son el acceso a la información, la publicidad y transparencia.

A mayor abundamiento, la Corte cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual se refiere a esta materia en el caso Grimkovskaya con Ucrania, N°38182/03, Sentencia de 21 de julio de 2011, en donde, como indica la Corte IDH, destacó “la importancia de la participación pública en la toma de decisiones medioambientales como garantía procesal del derecho a la vida privada y familiar” (párrafo 229), pudiendo “participar activamente en los procedimientos de planificación de actividades y proyectos, a través de la expresión de sus opiniones” (Opinión Consultiva en cuestión citando el caso Eckenbrecht con Alemania, N°25330/10, decisión de 10 de junio de 2014).

Enseguida la Corte IDH cita numerosas fuentes jurídicas donde se encuentra el derecho a la participación ambiental, destacando en particular la Carta Mundial de la Naturaleza, donde se indica que “toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización” (párrafo 230 citando la Carta Mundial de la Naturaleza, Resolución 37/7 Asamblea General de la ONU).

Concluye así que “del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante”²⁵.

De esta forma, la Corte agrega a los estándares antes señalados de acceso a la información, publicidad y transparencia, los conceptos de *sin discriminación, de manera equitativa y significativa*. Finaliza señalando como estándares internacionales que “el Estado debe

²⁴Idem, par. 226.

²⁵Idem, par. 231.

garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar el público sobre estas oportunidades de participación. Finalmente, los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial” (haciendo referencia a las Directrices de Bali y a la Convención de Aarhus, así como a Derecho Comparado)²⁶.

Así, de esta primera fuente jurisprudencial *podemos destacar como estándares del derecho a la participación ambiental el acceso a la información, transparencia y publicidad, la oportunidad y significancia de la misma, la no discriminación y equidad, sea cual sea el mecanismo específico de participación.*

Ahora bien, la pregunta es cómo se llegaron a delinear estos estándares, para lo cual es útil analizar la jurisprudencia de la misma Corte IDH. El primer caso al respecto es el caso Castañeda Guzmán con México, cuya sentencia es de 06 de agosto de 2008. La situación fáctica que en este caso se presentó a la Corte consistía en la ausencia de recursos jurídicos sencillos y efectivos para que un candidato independiente a la presidencia (Castañeda Guzmán) pueda reclamar de la constitucionalidad o no de las normas sobre derechos políticos vigentes en el país en cuestión.

Este caso dio la oportunidad a la Corte de pronunciarse sobre el derecho de participación y, concretamente, el derecho a ser electo. En este sentido, y a modo de síntesis, se sostuvo que no solo se refiere al derecho en cuestión sino también a su oportunidad real de ejercerlo, debiendo el Estado generar las condiciones y mecanismos óptimos que permitan su ejercicio efectivo, respetando además el principio de igualdad y no discriminación²⁷.

Agrega, además, que los mecanismos de participación son amplios, ya sea de tipo representativo o directo, y a este respecto indica: “los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”²⁸.

Desarrolla también que si bien la Convención no establece una modalidad específica o sistema electoral, sí establece estándares, “dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa”²⁹.

²⁶Idem, par. 232.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Castañeda Guzmán con Estados Unidos Mexicanos, 06 Agosto 2008, par. 145.

²⁸Idem, par. 147.

²⁹Idem, par. 149.

Por tanto, surgen como estándares de participación *la oportunidad* de la misma, así como la *no discriminación* y *equidad*, y también los estándares aplicables a la regulación de la participación, que se traducen en la *legalidad*, *finalidad legítima*, *necesariedad* y *proporcionalidad*, es decir, el llamado *test de ponderación*, que se configura como el estándar sobre la participación ambiental.

Entonces, *destacamos de este fallo el estándar de la oportunidad y no discriminación y equidad, y la regulación a las restricciones al derecho*, en donde se hace hincapié en la 1) *legalidad de la medida* (“examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material”³⁰); 2) *finalidad de la medida* (“que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, “los derechos y libertades de las demás personas”, o “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, ambas en el artículo 32)”³¹); y 3) *necesidad y proporcionalidad* (“debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo”³²)³³.

De este modo, importa esta sentencia porque establece la variedad de formas de la participación -incluyendo consultas-, las obligaciones del Estado en la materia, y los estándares para su delimitación o restricción, aspectos a tener en consideración para determinar los estándares internacionales del derecho de participación.

Dos años más tarde la Corte tendrá la oportunidad de volver a pronunciarse sobre el derecho de participación, en la causa *Chitay Nech y otros con Guatemala*, sentencia de fecha 25 de mayo de 2010. Esta causa trata de la desaparición forzada de un dirigente político indígena ocurrida en 1981 y la posterior falta de debida diligencia en la investigación y la denegación de justicia para sus familiares, alegándose la infracción, también, del artículo 23.

Ahora bien, ¿qué relación tendría un caso de desaparición forzada, diligencias de investigación y denegación de justicia con derechos políticos? La Corte sostiene a este respecto que la desaparición forzada es un hecho pluriofensivo, vulneratorio de múltiples derechos humanos, siendo uno de ellos el derecho a la participación y representación política. En efecto, sostiene la Corte que “los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales propician el

³⁰Idem, par. 176.

³¹Idem, par. 180.

³²Idem, par. 186.

³³ Para profundizar en el test de ponderación o proporcionalidad, véase Prieto (2008).

fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. En particular el derecho a una participación política efectiva implica que los ciudadanos tienen no sólo el derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos. Además se ha reconocido que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”³⁴. Con esto *se destaca el estándar de la oportunidad, la no discriminación y el vínculo de este derecho con el resto de los derechos humanos*.

Tan solo un día más tarde la Corte se pronuncia en otra causa Cepeda Vargas con Colombia, sentencia de fecha 26 de mayo del 2010, en donde vuelve a pronunciarse sobre el derecho de participación. Este caso trató de una ejecución extrajudicial del entonces senador Cepeda Vargas ocurrida en 1994, alegándose también la falta a la diligencia debida en la investigación y la falta de reparación adecuada. Nuevamente, en todo caso, se mencionan los derechos políticos como vulnerados, entre otros.

Sobre los deberes del Estado en relación a estos derechos, resalta que “la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”³⁵.

Destaca entonces como *estándares de participación su oportunidad, no discriminación, acceso real y efectivo y, por cierto, la adopción de medidas específicas cuando el grupo que quiere participar es un grupo vulnerable*, cuestión que será relevante a la hora de vincular este derecho con la consulta indígena.

Finalmente, con fecha 23 de junio de 2015, la Corte se pronuncia en causa Yatama con Nicaragua, que consistió en la exclusión de candidatos del partido Yatama a las elecciones del año 2000, evaluando si el Estado previa o no normas que faciliten la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales.

Al respecto, sostiene la Corte que el artículo 23 en cuestión incluye el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser electos, y acceder a funciones públicas, que deben ser respetados por los Estados en igualdad. Para ello, “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”³⁶, señalando al efecto que “la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Chitay Nech y otros con Guatemala, 25 Mayo 2010, par. 107.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cepeda Vargas con Colombia, 26 Mayo 2010, par. 173.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama con Nicaragua, 23 Junio 2005, par. 195.

Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”³⁷.

Enseguida la Corte reitera la igualdad y no discriminación, así como la efectividad del derecho, señalando que “el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”³⁸.

Más adelante, sobre las restricciones al derecho, sostiene que “estos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática”³⁹. Así, “los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en que cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas”⁴⁰.

Lo anterior no se limita a los partidos políticos, sino también a otros grupos de ciudadanos, señalando al efecto que “cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos...”⁴¹.

En consecuencia, el fallo es relevante porque aclara los elementos que están incluidos en el artículo 23 sobre participación y derechos políticos, relacionándolos con la igualdad como elemento básico, la efectividad del derecho, y asimismo, estableciendo los requisitos para su delimitación y restricciones, negando la posibilidad de restricción en atención a que solo pueda participar partidos políticos, o bien estos en mayor medida en virtud de la legislación del país. Se configura por tanto un estándar internacional.

³⁷Idem, par. 196.

³⁸Idem, par. 201.

³⁹Idem, par. 206.

⁴⁰Idem, par. 207.

⁴¹Idem, par. 220.

Concluyamos por tanto este capítulo esquematizando los estándares internacionales de la participación, que puede adoptar diversas formas o mecanismos incluyendo democracia directa manifestada en la institución de la consulta, entre otros, estando vinculado con otros derechos humanos. En cualquiera de ellos, destacamos como estándares, entonces, en primer lugar la oportunidad de participar, el acceso real y la información oportuna; en segundo lugar la igualdad y no discriminación, así como la equidad; en tercer lugar la efectividad e incidencia de la participación; en cuarto lugar la publicidad y transparencia; en quinto lugar la no exclusión de organismos que no sean partidos políticos y las medidas a favor de grupos vulnerables; y en sexto lugar las limitaciones a las restricciones del derecho, basadas en la legalidad, la finalidad legítima, la proporcionalidad y necesidad.

II. CONSULTA Y CONSENTIMIENTO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En lo sucesivo, desarrollaremos primero el derecho a la consulta de los pueblos indígenas para luego observar sus estándares internacionales, definiendo cuáles deben ser los parámetros mínimos a cumplir por parte del Estado en la aplicación de este derecho, a fin de que sea efectivo. En ese contexto, especial mención se hará respecto del derecho al consentimiento previo, libre e informado por parte de los pueblos indígenas.

1. Derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Entenderemos por consulta indígena *aquel derecho de los pueblos indígenas -y deber por parte del Estado-, a que sean consultados previamente y en forma adecuada y de buena fe, en forma respetuosa de sus instituciones representativas, de toda medida legislativa o administrativa que los pudiere afectar directamente, ya sea en su vida religiosa, cultural, o en sus tierras, entre otros factores.*

Al igual que el derecho a vivir en un medioambiente sano, el derecho a la consulta indígena es un derecho *colectivo*, lo cual quiere decir que “sus titulares son grupos de personas que pueden invocar su respeto y cumplimiento solamente mediante una entidad colectiva y los agentes autorizados de dicha entidad. Los derechos colectivos tienen su fundamento en la protección del enfoque particular de grupos como los pueblos indígenas, que tienen sus propias relaciones interpersonales, sociales y políticas”⁴², y como consecuencia, se reconoce una *ciudadanía colectiva*.

En cuanto a su reconocimiento normativo, el artículo 6 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, C169-OIT) establece la llamada consulta indígena, en los siguientes términos:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

⁴² Alva (2014) p. 20. Para complementar esta afirmación, véase Carmona (2013).

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Enseguida, los artículos 18 y 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI) señala al respecto que “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”, y que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

En tercer lugar corresponde mencionar el artículo 23 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DADPI) el cual establece en el párrafo 1 que “los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas”, y luego, en el párrafo 2, sostiene que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Del mismo desarrollo de los preceptos citados se desprenden algunos parámetros, así, en lo relativo al C169-OIT valga destacar la expresión “*procedimientos adecuados*” e “*instituciones representativas*” que se utiliza en el literal a) del número 1° de la disposición, y así también la expresión “*en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan*” del literal b) del mismo número. Finalmente, destacar lo establecido en el numeral 2° de la disposición, que señala que estas consultas “*deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”.

De estas expresiones se delinear algunos estándares previos a considerar, como son 1) la necesidad de que el pueblo originario en cuestión se organice en forma *representativa*, 2) que el procedimiento de consulta sea *adecuado y para todo tipo de medida*, 3) que además se promueva la participación *en la misma medida que otros sectores de la población*, y 4) que la consulta se haga *de buena fe y en forma apropiada a las circunstancias, con la finalidad de lograr el acuerdo o consentimiento*.

Por su parte, de lo dispuesto en la DNUDPI se destaca lo siguiente: 1) lo establecido en el artículo 18 en orden a que esto *se enmarca en el derecho de participar vía representantes electos dentro de la misma etnia, según sus propios procedimientos e instituciones, en toda medida que los afecte*, y 2) lo establecido en el artículo 19 en orden a que será deber del Estado proceder a la consulta con las entidades representativas del pueblo en cuestión, lo cual se realizará *de buena fe, en forma informada y con la intención de lograr el acuerdo o el consentimiento*.

Finalmente, de lo dispuesto en la DADPI corresponde destacar: 1) que el derecho a la consulta *es parte del derecho a la participación plena y efectiva*; 2) que se deben respetar las *instituciones representativas* de los mismos pueblos originarios; y 3) que deben realizarse *de buena fe con la mira de obtener su consentimiento libre, previo e informado*.

A partir tanto de lo dicho en la DNUDPI como de la DADPI, en orden a que la consulta se enmarca dentro del derecho de participación, debemos relacionarlo con el artículo 23 de la CADH, la cual reconoce el derecho de participar en cualquier instancia, sea vía voto o vía representantes. En el caso de la consulta por tanto, se admite la misma distinción.

La Corte IDH, en el caso Yatama con Nicaragua antes citado, señaló que el derecho reconocido en el artículo 23 sobre la participación incluye la posibilidad de participar en las decisiones que incidan en los derechos de los pueblos originarios, respetando sus propias instituciones, formas de organización, valores y costumbres⁴³, cuestión ratificada luego por la Comisión Interamericana al señalar que la consulta es un mecanismo de asegurar el derecho de propiedad sobre los territorios indígenas, debiendo ser una consulta efectiva e informada destinada a conseguir el acuerdo o consentimiento de buena fe⁴⁴.

En cuanto a los estándares internacionales, destaca Astudillo⁴⁵ que estos son cinco:

1) La consulta debe ser *previa* a la decisión, es decir, durante la etapa de planificación o elaboración del proyecto y no solo cuando la opinión del pueblo en cuestión sea necesario, es decir, se exige la *oportunidad* de la consulta.

2) En segundo lugar, se destaca la necesidad de que la consulta *responda a la identidad cultural del pueblo* en cuestión, pues la consulta debe ser de acuerdo a sus instituciones, procedimientos, y de buena fe, lo cual exige que la representación de la etnia surja de la propuesta de los propios miembros de los pueblos originarios.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama con Nicaragua, 23 Junio 2005, par. 225.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°40/04, 12 de octubre de 2004.

⁴⁵ Astudillo (2017)

3) Deben también usarse *procedimientos adecuados*, entendiéndose por tales aquellos que garanticen recibir toda la información en forma objetiva, completa, veraz y detallada, pudiendo hacer estudios y revisarlos o bien proponer observaciones, en forma íntegra y oportuna.

4) También, se deben realizar en relación a una *institución representativa*, conforme al sistema que el mismo pueblo establezca, pero exigiendo la presencia de al menos un representante, y

5) Finalmente, la consulta debe realizarse *de buena fe con el objetivo de conseguir algún acuerdo o consentimiento*, no aceptando un proceso de una simple notificación o una formalidad de participación, y mucho menos, evidentemente, una coerción por parte del Estado. Por tanto, un proceso de buena fe garantiza una participación sustantiva y efectiva, no meramente formal, y al mismo tiempo, libre, sin coerciones de ningún tipo. Naturalmente, se exige también la información real y oportuna. Claramente, este estándar se infringe si hubiere intentos de desunir la cohesión social del grupo étnico en cuestión, por ejemplo, beneficiando a unos en pos de otros, requiriendo en cambio confianza mutua.

Por su parte, Olivos y Gómez⁴⁶ destacan como estándares el que 1) sea un proceso *libre*, es decir, sin coerción, 2) que se dirija a las personas afectadas o a sus *representantes*; 3) que se realice *de buena fe*, 4) a través de *procedimientos adecuados*, 5) proveyendo de toda la *información* pertinente y 6) *buscando siempre el acuerdo*.

Ahora bien, si se consideran tanto los estándares señalados por Astudillo como los señalados por Gómez y Olivos, así como los que se desprenden de la simple lectura de las disposiciones, podemos esquematizarlos de la siguiente forma:

1. *Oportunidad y alcance de la consulta, que promueva mismo nivel de participación que otros sectores de la población considerando especialmente a los pueblos indígenas como colectivo históricamente marginado.*
2. *Respeto al representante del pueblo originario conforme su propia institucionalidad y respetuosa de la identidad cultural del pueblo.*
3. *Consulta adecuada, es decir, informada, de buena fe, efectiva, buscando un acuerdo, no coartada, dividida ni meramente formal.*

Desarrollando estos estándares, respecto del *alcance y oportunidad de la consulta*, se debe sostener que esto es amplio, pues el derecho debe incluirse en toda medida, sea legislativa o administrativa que pudiere afectar al pueblo originario en cuestión, de modo tal que su alcance en ningún caso será restringido a solo el caso, por ejemplo, de una u otro tipo de medida, y así también, la consulta siempre debe ser previa, pues si es tardía pierde toda su razón de ser.

Una primera forma de interpretar este estándar es bajo una óptica de alcance personal y material, es decir, se debe definir el concepto de pueblo indígena, en primer lugar, para

⁴⁶ Olivos y Gómez (2020)

luego determinar si por su alcance material corresponde la consulta. Respecto al alcance personal, Alva destaca que se debe observar la propia percepción del colectivo en cuestión más que determinar su naturaleza según la cultura hegemónica, aunque según Martínez Cobo, citado por Alva, se deben cumplir algunas condiciones, tales como “i) continuidad histórica sobre los territorios que han sido invadidos y colonizados, ii) diferencia frente a otros sectores predominantes de la sociedad, iii) determinación de preservar, desarrollar y transmitir sus territorios ancestrales y su identidad étnica a futuras generaciones, conforme a sus patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales”⁴⁷. No obstante, según la autora, “intentar presentar una definición homogénea para un objeto de carácter tan diverso resulta imposible”⁴⁸, pues varía según localidad, pues cada región tiene su propio proceso histórico, social y cultural.

Por otro lado, una segunda forma de entender este estándar se refiere al alcance material de la consulta, es decir ¿respecto de qué medidas debe realizarse este procedimiento? Sobre ello, Alva señala que es amplio, aunque corresponde distinguir. Así, “(p)ara el caso de las medidas legislativas, el Congreso u otra entidad que tenga la posibilidad de emitir normas con rango de ley, tiene la obligación de establecer, con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, mecanismos de consulta para cada etapa del procedimiento legislativo, de acuerdo a su propio diseño institucional. En el caso del Congreso, deberá realizarse desde la formulación del proyecto de ley, continuar en el debate del grupo especializado hasta la consideración final del proyecto en la sesión plenaria. En cuanto a las consultas sobre las reformas constitucionales, Anaya elaboró un documento analizando la reforma constitucional chilena en asuntos indígenas. Destaco dos aspectos de este documento: primero, recomienda al Congreso, con la participación efectiva de los representantes de los pueblos indígenas, establecer procedimientos especiales en sus comisiones; y segundo, recomienda realizar una convocatoria amplia, ya que una reforma constitucional afectará a todos los pueblos indígenas de un Estado”⁴⁹.

Lo relevante pasa a ser por tanto cuándo se entiende la afectación directa. Así, según el Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, “el consentimiento libre, previo e informado puede ser necesario para la aprobación y puesta en práctica de medidas legislativas o administrativas o de cualquier proyecto que afecte a tierras, territorios y otros recursos de pueblos indígenas en el contexto a que se hace referencia en los párrafos siguientes. También es necesario en caso de traslado de pueblos indígenas de sus tierras o territorios o de almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras o territorios (arts. 10 y 29)... El consentimiento de los pueblos indígenas también puede ser necesario cuando las actividades extractivas afectan de otro modo a los pueblos indígenas (fuera de sus territorios) en función del carácter de los posibles efectos de las actividades en el ejercicio de sus derechos (véase A/HRC/24/41)”⁵⁰.

Observando Derecho Comparado, en el caso colombiano, la Corte Constitucional sostuvo que la consulta era obligatoria constitucionalmente “cuando se trate de decisiones sobre la

⁴⁷ Alva (2014) p. 58.

⁴⁸ Idem, p. 60.

⁴⁹ Idem, pp. 64-65.

⁵⁰ ONU (2018) p. 10.

explotación de recursos naturales en territorios indígenas y afrodescendientes”, y asimismo, es obligación legal “a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58)”⁵¹, siendo por tanto también un alcance amplio, toda vez que, además, sin perjuicio de estos casos en que la consulta es *obligatoria*, nada impide que en otros también *pueda* realizarse, como bien se deduce de lo que señala Charris haciendo una sistematización de la doctrina y jurisprudencia al respecto.

Por lo tanto, y solo a modo ilustrativo en el caso de Chile, corresponde descartar una hipótesis que se ha sostenido en orden a distinguir, para efectos de la aplicación de la consulta, entre la actividad reglada de la Administración y la discrecional. En este sentido, sostiene Fuenzalida que es errónea la distinción que hiciere cierta parte de la doctrina en cuanto a que la consulta solo procedería frente a los actos de la Administración discrecionales más no reglados, en razón de lo dispuesto en el Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social (artículo 7), pues:

- 1) “El objetivo del Derecho Administrativo se funda en el reconocimiento de los derechos humanos y persigue satisfacer los derechos individuales, sociales y colectivos. Esa es la razón de la actividad estatal”⁵², de modo tal que debe equilibrarse el Derecho Administrativo con los derechos humanos;
- 2) La Constitución establece el principio de servicialidad hacia el bien común con límite en los derechos humanos, así como el principio democrático;
- 3) El respeto a los puntos anteriores da legitimidad a las decisiones que se adopten e incluso del régimen político;
- 4) Para ello, es fundamental establecer mecanismos participativos, lo cual es particularmente relevante en relación a grupos históricamente marginados, como son los pueblos originarios;
- 5) La consulta indígena, en este sentido, “se inscribe dentro del derecho a participación de los pueblos indígenas y forma parte de un diseño institucional encaminado a permitir a dichos pueblos conservar su carácter diferenciado en esferas de decisión que van más allá de su ámbito de decisión autónoma. Por lo mismo, supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos. Por eso constituye una norma “primordial” del referido Convenio 169, junto con los derechos a

⁵¹Charris (2014) p. 134.

⁵² Fuenzalida (2017) p. 187.

decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno)⁵³, lo cual se funda en el derecho a la identidad cultural y el principio de autodeterminación de los pueblos, aspecto central en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

6) En este sentido –continúa analizando el autor-, el principio de juridicidad que obligaría a restringir la consulta para casos de facultades regladas se enfrenta al principio de optimización que obliga a considerar los derechos humanos en la interpretación de la norma, debiendo privilegiar el test de proporcionalidad de Alexy, lo que lleva a sostener que, *en razón de la identidad cultural y los territorios ancestrales –intereses jurídicos protegidos por la consulta indígena-, la interpretación restringida debe abandonarse, a efectos de sostener que la consulta debe operar tanto para actos discrecionales como reglados.*

Lo anterior “a menos que el derecho de la persona favorecida en su caso pudiere ser más relevante que garantizar un procedimiento destinado a la satisfacción de los múltiples derechos colectivos e individuales indígenas, cuestión que difícilmente pueda suceder en la realidad por los principios que están en juego, no obstante que aquello no se pueda descartar a priori. Esto quiere decir, salvo excepción muy calificada, que la autoridad administrativa debe desatender el carácter de reglado del acto y tomar la decisión sometiénola previamente a la consulta indígena de acuerdo a los estrictos criterios fijados por el derecho internacional de los derechos humanos”⁵⁴.

Adicionalmente, señala el autor, hay algunos argumentos a tener presente que nos llevan a la misma conclusión: 1) el C169-OIT es una norma internacional autoejecutable, 2) la interpretación pro homine obliga a interpretar la norma en la forma que mejor favorezca los derechos humanos, 3) la buena fe obliga a interpretar de la forma antedicha las obligaciones internacionales, 4) el origen internacional del derecho a la consulta obliga a aplicarla de forma preferente, y 5) se complementa todo lo anterior con el control de convencionalidad.

Estos cinco argumentos, además del test de proporcionalidad, llevan a sostener, como concluye Fuenzalida, que *la consulta indígena debe aplicarse no solo a los actos de la Administración discrecionales, sino también reglados, salvo que haya otro derecho preponderante involucrado, en cuyo caso puede variar el test de proporcionalidad.* En todo caso, sobre la base de los otros cinco argumentos, en general se debe privilegiar la aplicación amplia de la consulta indígena.

Así las cosas, el primer estándar internacional se configura como uno que exige la aplicación *amplia* de la consulta indígena, no justificándose restricciones dadas por normas de inferior jerarquía, incluyendo también medida legislativa y, en cualquier caso, siempre en forma previa, pues lo contrario resta efectividad e incidencia, siendo un simple cumplimiento formal de lo normativo más no material.

⁵³Idem, p. 194.

⁵⁴Idem, p. 202.

El segundo estándar según nuestra esquematización se refiere a la *institucionalidad representativa del pueblo originario y el respeto a su identidad cultural*. En este sentido, la exigencia es que la consulta indígena respete las instituciones propias de los pueblos originarios, resguardando su propia representatividad e identidad cultural.

Este estándar emana de una premisa básica, y es que con el paso del tiempo los representantes de los pueblos originarios han hecho ver sus demandas de reconocimiento en Latinoamérica, distinguiendo en el caso chileno tres momentos: Una primera ola comienza desde el retorno de la democracia en 1990 hasta 1997, donde como destaca Fuentes y Cea⁵⁵, se aprueba la Ley Indígena y se implementa la CONADI. Un segundo momento comienza en 1997 y se extiende hasta el 2004, donde se implementan proyectos forestales y energéticos que afectaban a las comunidades indígenas, reaccionando el Estado con políticas territoriales y de subsidios, surgiendo además la aprobación del C169-OIT y la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Finalmente, y desde el 2007 en adelante, donde se inicia un nuevo ciclo en el que se radicaliza la protesta social étnica teniendo dos momentos centrales: el homicidio de Matías Catrileo, por una parte, y una huelga de hambre de presos mapuches ocurrida el año 2010. En este momento es que se aprueba definitivamente el C169-OIT por el Senado, como reacción frente al recrudecimiento de la protesta social, pues valga destacar que en todos estos momentos, en nuestra opinión, *las demandas de los pueblos originarios han sido el aspecto que impulsó los cambios*.

Como destacan los autores referidos, el tercer ciclo se ve también fuertemente influenciado por el modelo extractivista vigente en Chile, donde se destaca que en un 34% de los casos medioambientales totales afectaban a los pueblos originarios, como eran proyectos mineros y energéticos.

Ahora bien, *si se considera entonces que los grandes avances en la materia han provenidos producto de las demandas de los pueblos originarios, que reaccionan principalmente en temas territoriales, medioambientales y energéticos, y estando insertos en un Estado democrático, resulta central que uno de los estándares de la consulta se refiera precisamente a la representatividad de los pueblos originarios y el resguardo de su identidad cultural*.

En este sentido, Leal⁵⁶ destaca la necesidad de construir un nuevo sujeto ciudadano indígena en razón de nuevas relaciones democráticas, frente al multiculturalismo, la cual se basa en la defensa y búsqueda de los derechos de los miembros de estos pueblos originarios, requiriendo la construcción de una *ciudadanía activa*.

En este sentido, “la idea de una nueva ciudadanía va más allá de la exigencia del acceso, la inclusión y la pertinencia a un determinado sistema político. Lo que está en juego es, de hecho, el derecho a participar justamente en la definición de dicho sistema, es decir, esto apunta hacia la transformación de la sociedad y su estructura de relaciones de poder. Esto implica que los sectores marginados, y excluidos como los pueblos indígenas ocupen espacios para el control democrático del Estado mediante la participación efectiva de una

⁵⁵ Fuentes y Cea (2017)

⁵⁶ Leal (2006)

ciudadanía activa que incida directamente en el poder”⁵⁷, transitando desde una estructura vertical del poder a una de tipo horizontal que reconozca el multiculturalismo.

Siguiendo el mismo objetivo, “lo que realmente está planteado, no es simplemente, el reconocer a los pueblos indígenas en su situación actual, sino también la necesidad de orientar los procesos jurídicos y los procesos de democratización de los Estados hacia la reconstrucción de estos pueblos, algo que exige decisiones claras y precisas. Requiere ajustes económicos y también recursos políticos, pues de lo contrario puede que se produzcan situaciones muy complicadas y paradójicas en cuanto a los términos jurídicos en que se les reconozca”⁵⁸.

Lo anterior implica un aspecto clave: *así como la democracia debe avanzar hacia relaciones horizontales más que verticales, debe reconocer la diversidad cultural, observando la existencia de sujetos colectivos, como son los pueblos originarios. Esto último lleva a reconocer las propias instituciones de los pueblos originarios, las cuales serán expresión de la representatividad del mismo pueblo y, al mismo tiempo, del respeto a su identidad cultural, permitiendo la participación dentro del Estado de este sujeto colectivo.*

Señala entonces Leal que “de acuerdo a esta tendencia, en el marco de los derechos de participación es evidente que la participación como derecho político conlleva, además de la igualdad de acceso para la elección libre de autoridades, la participación directa en las decisiones que afectan a una comunidad. Esto implica el reconocimiento de instancias y mecanismos de organización política, social y económica que pueden ser muy diversos, según sea la forma o aspecto que afecte a los pueblos indígenas”⁵⁹.

A mayor abundamiento, señala Charris que “la consulta debe llevarse a cabo con las comunidades afectadas, a través de sus instituciones representativas o con personas que ellas mismas designen, fruto del proceso interno de las comunidades étnicas. Sobre este particular la Corte IDH, en el caso Saramaka v. Surinam, se pronunció en el sentido que “es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”. En este sentido, durante el proceso de consulta resulta imperioso que el Estado reconozca e incorpore a todas las autoridades y los órganos de representación de las comunidades étnicas para que lleguen a una decisión legítima que encarne la voluntad de la comunidad. Asimismo, la consulta debe hacerse no solo con las autoridades de los pueblos, sino también con la base sociocultural, y no solo se deben tener en cuenta los gobiernos de turno, sino también los Consejos de Gobierno o las autoridades tradicionales que pueden conocer de cerca los problemas que aquejan a las comunidades. Si las comunidades están unificadas pueden oponerse a los proyectos estatales que consideran perjudiciales para la pervivencia de sus culturas ancestrales”⁶⁰.

⁵⁷Idem.

⁵⁸Idem.

⁵⁹Idem.

⁶⁰Charris (2014) p. 138.

De este modo, podemos resumir este estándar en el siguiente sentido: *la protesta social y las demandas de los pueblos originarios han planteado un desafío a la democracia del momento, particularmente en materia medioambiental, lo cual ha exigido no solo el reconocimiento al multiculturalismo sino una participación activa en las dimensiones del poder. Consecuencia de lo anterior es reconocer a un sujeto colectivo como tal, y en ese sentido, no se reconoce al indígena como individuo, sino al pueblo indígena como colectivo. Por tanto, condición sine qua non será respetar y reconocer también las propias instituciones de los pueblos originarios así como sus representantes, quienes deben resguardar la identidad cultural del propio pueblo.* Por el contrario, si se desconocen las instituciones representativas de los pueblos originarios y su propia identidad cultural, la consulta indígena no cumpliría estándares democráticos mínimos, pues no habría un reconocimiento político institucional real y efectivo a los pueblos originarios. El reconocimiento del multiculturalismo y las nuevas relaciones del poder en un nuevo concepto de democracia, exige al Estado el reconocimiento pleno de su interlocutor, que en este caso se manifiesta vía representantes de los pueblos originarios bajo sus propias estructuras e identidad⁶¹.

Enseguida, el tercer y último estándar de la consulta indígena, según nuestra esquematización, consiste en una *consulta adecuada, es decir, informada, libre, de buena fe, efectiva, que busque un acuerdo, descartando una consulta meramente formal.*

Sobre este aspecto Olivos y Gómez⁶² sostienen que el derecho a la consulta indígena consiste en un derecho humano colectivo propio de los pueblos indígenas, respetuoso de su identidad cultural y sus instituciones representativas, aplicables para cada asunto que los pudiere afectar directa o indirectamente, como hemos venido sosteniendo. Dentro de sus estándares, señalan los autores que un aspecto central es que se resguarde el interés genuino del Estado de lograr un consentimiento, dando cuenta de una real voluntad de diálogo que permita una participación efectiva e incidente.

En relación a este estándar en específico, los autores señalan que *la buena fe* consiste en “la obligación del Estado de realizar la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta y llegar a los acuerdos necesarios con los pueblos indígenas sin que se les pretenda engañar o brindar información sesgada o parcial”⁶³, es decir, *la intención genuina del Estado para llegar a acuerdos reales, respetuosos de los interlocutores, cumpliendo con el deber de información íntegramente, es decir, rechazando la información sesgada o parcial o, incluso peor, el engaño derechamente. La intención o finalidad del Estado debe ser conseguir el consentimiento previo, libre e informado con las comunidades, como lo desarrollaremos.*

Conforme lo señala Charris, el principio de buena fe “hace referencia al establecimiento de un diálogo genuino, caracterizado por el respeto mutuo y el deseo sincero de llegar a un acuerdo... Significa lo anterior que “debe existir un ambiente de confianza y claridad en el

⁶¹ Para profundizar en la importancia de que las consultas lo sean en relación a las instituciones representativas de los pueblos indígenas, véase Carmona (2013)

⁶² Olivos y Gómez (2020)

⁶³ Idem., p. 167.

proceso, el cual se genera a partir de la información y la transparencia entre las partes”... debe permear tanto de los funcionarios del Estado como a los demás intervinientes interesados en el proceso, en tanto implica un ambiente de confianza, claridad y transparencia entre las partes del proceso, que se genera a partir de la información suministrada a las comunidades en forma previa y de la seguridad de la no intervención deshonestas de las partes”⁶⁴.

Por su parte, este estándar también considera la participación *libre* del pueblo en cuestión, es decir, como destaca Olivos y Gómez, *sin coerción o intimidación*, lo cual se conecta con el deber del Estado de proveer toda la información necesaria para la adopción de la decisión, por ejemplo, vía estudios imparciales y profesionales sobre el impacto social, cultural, ambiental, y de género.

Finalmente, este mismo estándar implica la realización de la consulta por mecanismos adecuados, es decir, con metodologías culturalmente pertinentes. En este sentido, Gómez y Olivos destacan el Protocolo de Implementación de Consultas Indígenas del C169-OIT que prevé un paso previo consistente en consensuar la metodología de la consulta.

Sobre este punto señala Charris que “para lograr una consulta efectiva, el procedimiento debe ajustarse a las prácticas culturales de los pueblos indígenas, de manera que se respeten sus valores, costumbres y tradiciones –entre lo que se resalta su especial relación con la tierra y los recursos naturales–, así como los métodos y tiempos propios para la toma de decisiones. La imposición por parte del Estado de un mecanismo único y homogéneo de consulta a las comunidades étnicas implicaría un desconocimiento del mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural. Asimismo, la necesidad de atender la diversidad desde el procedimiento cultural implica entender la consulta previa como algo que va mucho más allá de un mero trámite formal, esto es, como un verdadero espacio de concertación y diálogo intercultural”⁶⁵.

Agregamos, en todo caso, que se debe descartar la consulta meramente formal, es decir, aquella realizada por el Estado simplemente para cumplir con su obligación internacional pero sin asegurar, realmente, la efectividad o incidencia de la participación del pueblo originario en cuestión, es decir, dicho en otros términos, se pide que la consulta refleje una participación efectiva e incidente.

Así las cosas, sintetizando los estándares que hemos esquematizado, destaquemos algunas ideas:

1) La consulta, como derecho de participación de un sujeto colectivo, debe desarrollarse en forma *previa* a la decisión en cuestión y aplicable, en el caso de Chile, ya sea a un acto administrativo discrecional como reglado, con la salvedad del principio de proporcionalidad o ponderación si se diere el caso, y naturalmente, también debe aplicarse en toda medida legislativa que pudiere afectar a los pueblos originarios. En este sentido, especial importancia tiene la consulta indígena para materias medioambientales, pues basta

⁶⁴Charris (2014) p. 138.

⁶⁵Idem, pp. 138-139.

recordar que el 34% de los proyectos medioambientales los han afectado y, además, considerar que el extractivismo es, en gran medida, el causante o gatillante de la protesta social indígena.

2) En segundo lugar, la consulta indígena debe *respetar las instituciones representativas* del pueblo en cuestión, situado en un nuevo modelo democrático que acepta el multiculturalismo, y debe también resguardar la identidad cultural del pueblo.

3) Finalmente, la consulta indígena debe ser un *procedimiento adecuado y de buena fe, en búsqueda genuina por acuerdos, resguardando la libertad e información de los pueblos originarios, de forma efectiva e incidentey* nunca encaminado a un proceso de cumplimiento meramente formal.

2. Estándar específico del consentimiento previo, libre e informado en el contexto de la consulta indígena.

Entenderemos por consentimiento previo, libre e informado un derecho particular que tienen los pueblos indígenas que se configura como un estándar internacional específico dentro del derecho a la consulta indígena, en virtud del cual se exige a la autoridad estatal contar con el consentimiento del pueblo indígena en cuestión para efectos de adoptar la medida en particular, debiendo ese consentimiento cumplir tres características: 1) ser previo a la decisión, 2) libre de toda coacción e 3) informado cabal, veraz y oportunamente por parte de la autoridad hacia el pueblo indígena⁶⁶.

En este contexto, corresponde abordar este derecho y estándar en específico pues la finalidad de la consulta como institución es precisamente el consentimiento del pueblo en cuestión, siendo su libertad y voluntad un aspecto trascendental durante todo el desarrollo de la consulta, vale decir, se debe respetar esta libertad ya desde el inicio de la consulta hasta el resultado final, incluyendo también todo el procedimiento específico e incluso la aplicación de la medida.

En efecto, según sostiene el Mecanismo de Expertos de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, el consentimiento previo, libre e informado se fundamenta en dos aspectos: por un lado, en la autodeterminación de los pueblos como principio general y antiguo del Derecho Internacional Público, reconocido en cualquier caso en la Carta de las Naciones Unidas, y en la erradicación de toda forma de discriminación racial, por otro lado, pues la vulneración de este estándar respecto de los pueblos originarios pone de manifiesto una discriminación basada en la condición étnica o racial del colectivo afectado, incumpliendo la normativa internacional al respecto.

A mayor abundamiento, Alva señala que la libre determinación de los pueblos es fundamento de la consulta indígena –y agregamos, del consentimiento previo, libre e informado–, toda vez que tienen soberanía respecto del interior y la facultad de control y desarrollo propio hacia el exterior, pudiendo, de hecho, crear instituciones, lo cual, según

⁶⁶ Para revisar el concepto internacional del derecho al consentimiento libre, previo e informado, véase Alva (2014)

destaca, no se refiere a un separatismo sino a crear identidad cultural y participar de decisiones estatales⁶⁷. Esto vale la pena precisarlo pues ha sido la tendencia de los Estados a cuestionar esta característica, pues se les amenaza su esfera de soberanía.

Se fundamenta, a su vez, en tres aspectos, según indica la Opinión del Mecanismo de Expertos antes referido. Este derecho se fundamenta, a su vez, en tres aspectos, a saber: 1) devolver a los pueblos indígenas el control sobre sus tierras y recursos naturales; 2) devolver la integridad cultural, su orgullo y autoestima; y 3) rectificar el desequilibrio de poder entre los pueblos originarios y los Estados con el objeto de formar nuevas alianzas.

En cuanto al rol del Estado, se indica que “las obligaciones de los Estados de consultar con los pueblos indígenas deben consistir en un proceso cualitativo de diálogo y negociación que tenga el consentimiento como objetivo (véase A/HRC/18/42, anexo, párr. 9). La Declaración no prevé un momento o un acto únicos, sino un proceso de diálogo y negociación en el curso de un proyecto, desde la planificación hasta la ejecución y el seguimiento. El empleo en la Declaración de los términos acumulativos “celebrarán consultas y cooperarán” denota el derecho de los pueblos indígenas de incidir en el resultado de los procesos de toma de decisiones que les afecten y no simplemente el derecho de hacer oír sus opiniones (véase A/HRC/18/42). Da a entender al mismo tiempo la posibilidad de que los pueblos indígenas hagan una propuesta distinta o propongan un modelo distinto como alternativa al propuesto por el Gobierno o por otro”⁶⁸.

Enseguida, se va aclarando que se entiende por consentimiento *libre*, indicándose al respecto que 1) el contexto debe estar absolutamente libre de toda intimidación, coacción, manipulación u hostigamiento; 2) la relación entre las partes debe basarse en la confianza y buena fe, por lo que no son admisibles acusaciones, amenazas, criminalización o violencia en contra de los pueblos indígenas; 3) quien participe del proceso en representación del pueblo originario debe serlo conforme a sus propias normas comunitarias, sin injerencia alguna; 4) debe descartarse el sentirse obligado a participar o a seguir haciéndolo, pudiendo decidir o tener cierto control respecto del proceso; y 5) pueden indicar sus expectativas y contribuir en establecer los métodos de la consulta. De este modo, si se quiere cumplir realmente el estándar del consentimiento libre durante todo el proceso de la consulta, desde el proyecto hasta su ejecución, se deben respetar al menos esos cinco puntos antes señalados, siendo este aspecto la finalidad de la institución. A modo de síntesis, Alva señala que por libre se entenderá exento de coerción, intimidación o manipulación de la voluntad⁶⁹.

Respecto de que sea *previo*, el mismo informe señala que debe permitir la participación tan pronto como sea posible, ya desde la conceptualización o el diseño del proyecto, dando tiempo, a su vez, para que los pueblos originarios consultados absorban, entiendan y analicen la información, procediendo sus propios mecanismos de toma de decisión.

⁶⁷Idem, p. 27.

⁶⁸ ONU (2018) p. 5.

⁶⁹ Alva (2014)

Es importante resaltar, asimismo, que el consentimiento libre, previo e informado debe estar en toda la etapa del asunto. Así por ejemplo, en Colombia el Ministerio del Interior y Justicia, el año 2009, señaló que habían tres momentos al respecto: i) una fase de información, ii) otra fase de concertación e identificación de impactos y medidas, y iii) una última fase de sistematización y seguimiento.

A mayor abundamiento, Charris explica que “durante la fase de información se lleva a cabo la labor de coordinación entre el Estado y la comunidad indígena, que implica la adopción de las directrices bajo las cuales se desarrollará el proceso, la información de los planes de trabajo y las particularidades del proceso con sus impactos positivos y negativos. En esta etapa se identifican los actores de la consulta, esto es: representantes legítimos de las comunidades interesadas; representantes de las empresas interesadas; representantes de otros organismos estatales interesados, y representantes de los órganos de control. Por consiguiente, se llevan a cabo reuniones de trabajo en las cuales se presenta formalmente el marco normativo del proceso, se hace una explicación detallada del proyecto por parte de la empresa interesada y la comunidad se manifiesta sobre sus apreciaciones del proyecto”⁷⁰.

Enseguida, durante la segunda fase “implica la elaboración de los estudios concretos del proyecto, que permiten apreciar, con certeza, las ventajas y desventajas del proyecto. Durante esta fase se deben garantizar los espacios de reflexión propios de cada comunidad... Por último, la fase de sistematización y seguimiento consiste en la verificación de cada una de las actividades acordadas dentro del acta de protocolización o Estudio Social, y supone la revisión periódica al cumplimiento de los acuerdos allí contemplados. La Dirección de Etnias, en virtud de su función de protección de los derechos de las Etnias, supervisa el desarrollo de los acuerdos pactados”⁷¹.

Por el contrario, como señala el mismo autor, “de darse con posterioridad a la decisión adoptada por el Estado, la consulta solo buscaría legitimar las medidas ya tomadas, lo que implicaría desnaturalizar el fundamento democrático-incluyente que caracteriza la institución. Así entonces, el carácter previo hace referencia a que la consulta previa debe ser oportuna, es decir, con anterioridad a la adopción de las decisiones administrativas o legislativas del Estado”⁷².

Finalmente, en relación al consentimiento *informado*, indica esta opinión que ésta debe ser suficiente en términos tanto cuantitativos como cualitativos, es decir, objetiva, exacta, clara, y completa. Por su parte, debe presentarse en una forma entendible por parte de los pueblos indígenas, incluso pudiendo ser en su lengua. Finalmente, se deben acompañar recursos y capacidad suficiente, sin comprometer la independencia de los representantes, para poder resolver dificultades prácticas como sería, según sostendremos, un Defensor Ambiental.

Sobre este punto, Charris señala que la información debe “ser oportuna, clara, veraz y completa, de tal manera que se tengan los elementos necesarios para la toma de decisiones conscientes... Por ello, la consulta implica que los grupos étnicos sean informados, como

⁷⁰Charris (2014) p. 137.

⁷¹Idem.

⁷²Idem, p. 139.

una obligación del Estado para garantizar sus derechos. Es así como se les deberá proporcionar el conocimiento transparente sobre los posibles riesgos, el alcance del proyecto, la duración, los impactos, el procedimiento para su ejecución, entre otros, lo cual no significa que con la mera provisión de información se entienda que los pueblos han sido consultados”⁷³.

Ahora bien, valga hacer también una aclaración: el que la finalidad de la consulta sea obtener el consentimiento libre, previo e informado, los mismos pueblos originarios pueden tomar la decisión contraria y no otorgar el consentimiento en cuestión. Así, sostiene el Mecanismo de Expertos que “la decisión de los pueblos indígenas de dar o no dar el consentimiento a una propuesta es resultado de su propia evaluación de su interés superior y el de las generaciones futuras. Cuando dan su consentimiento, proporcionan una importante autorización social y un entorno favorable para quien opere en sus tierras, territorios y recursos o en sus alrededores como han indicado muchos estudios e investigaciones, incluso realizadas por el sector privado. Los pueblos indígenas pueden no dar su consentimiento en diversas situaciones y con diversos fines o por diversos motivos”⁷⁴.

Según destaca esta fuente, podrían haber, entre otros, al menos tres motivos para no dar el consentimiento, como es que la propuesta no satisfaga su interés superior, o que no cumpla la normativa ya sea el proyecto o el proceso, o bien por una falta legítima de confianza en la consulta o en el proceso nacional en cuestión, algo que es común en diversos países con baja protección de sus tierras o recursos naturales.

De esta forma, se debe diferenciar claramente la consulta como un derecho a participar de la decisión en cuestión, cada vez que la decisión pudiere afectar al pueblo indígena relacionado, bajo los estándares que hemos señalado, en contraste con el consentimiento, que es la finalidad de la consulta pero puede que no se logre, pues el pueblo indígena es libre de otorgar dicho consentimiento o no, cumpliendo además los estándares específicos al respecto.

III. VÍNCULO ENTRE EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN AMBIENTAL CON LA CONSULTA INDÍGENA Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO CHILENO

Desarrollado lo anterior, en lo sucesivo se verá el nexo existente entre lo referido en el capítulo I de este trabajo sobre el derecho a la participación como un aspecto vinculado con el derecho a vivir en un medioambiente sano, por una parte, precisando sus estándares internacionales, con lo referido en el capítulo II sobre el reconocimiento y los estándares de la consulta indígena, a fin de afirmar que *el Estado tiene el deber de cumplir con la consulta indígena, especialmente en materia ambiental, resguardando tanto los estándares internacionales del derecho a la participación ambiental como así también de la consulta indígena y los del consentimiento libre, previo e informado*. Por su parte, se evaluará si

⁷³Idem, pp. 139-140.

⁷⁴ ONU (2018) pp. 8-9. Contrastar con Charris (2014)

acaso cumple estos estándares la normativa chilena, comentando asimismo alguna jurisprudencia seleccionada.

1. Vínculo entre el derecho a la participación ambiental con la consulta indígena.

Como se sostuvo, siguiendo a Costa⁷⁵, se admiten diversas clases de participación, todas las cuales tienen su fundamento en la legitimidad del sistema y el control al órgano estatal, así como al derecho a ser escuchado por la autoridad, y antes que ello, a informarse. El concepto mismo de participación se vincula inmediatamente, entonces, con el principio democrático, y según cual sea el mecanismo específico, su vínculo será con una democracia representativa o directa y deliberativa, según sea el caso. Asimismo, la participación podrá ser meramente informativa, consultiva o resolutoria, siendo ello variable, como se indicó.

Vinculado con el medioambiente, se sostuvo que, sobre la base de la Opinión Consultiva N°23/17 de la Corte IDH y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, es posible sostener que la participación está estrechamente vinculado con el derecho a un medioambiente sano, que incluso se recoge, según la Corte Suprema, a nivel legislativo bajo el contexto de un reconocimiento antropocéntrico del derecho⁷⁶. Adicionalmente, en razón de la costumbre jurídica internacional, los principios generales del Derecho, la doctrina de los principales publicistas y la CADH, en conjunto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana ya indicada, se puede sostener que la premisa en cuestión es efectiva a nivel internacional, cuestión en todo caso ratificado en el Acuerdo de Escazú, aplicable su contenido pese a no estar ratificado.

Por otro lado y a mayor abundamiento, la participación se puede ver también desde una relación institucional con el principio democrático, y así, en Sentencia C-513-92, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que “debe recordarse el carácter eminentemente público de la acción de inconstitucionalidad y los intereses, también públicos, que están en juego cuando se trata de definir con efectos erga omnes la exequibilidad de uno de los actos enunciados en el artículo 241 de la Constitución. De allí que, fuera de la invitación a expertos, que puede formularse en desarrollo de la norma acusada, esté permitido al Magistrado Ponente, sin violar la Constitución y, por el contrario, *haciendo efectivos los propósitos de la democracia participativa por ella buscados*, auscultar las opiniones y criterios que sobre el tema en estudio tienen las universidades, los sindicatos, los gremios, las asociaciones de profesionales, de productores o usuarios de bienes y servicios afectadas en una u otra forma por las normas sujetas a la decisión de la Corte, o que hayan efectuado estudios o cuenten con información que pueda contribuir a la mejor instrucción del proceso”⁷⁷, es decir, recibir las opiniones y la participación es una forma de hacer efectivo los propósitos de la democracia participativa que, de hecho, son objetivos de la misma Constitución en el caso colombiano.

⁷⁵ Costa (2020)

⁷⁶ Al respecto, sería deseable recoger la participación como parte del derecho a un medioambiente sano a nivel constitucional, y así también, bajo una visión ecocéntrica más que antropocéntrica.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, C-513/92.

Desde el plano jurídico internacional, por su parte, se indicó que los derechos humanos son un todo indivisible, incluyendo entre ellos los derechos políticos que, en cualquier caso, se recogen en el artículo 23 de la CADH. Como lo ha desarrollado la jurisprudencia interamericana, como se dijo, este derecho a la participación es amplio, e incluye por tanto todo mecanismo que implique mayor participación ciudadana, de modo tal que, conforme lo resuelto en la Opinión Consultiva antes indicada, “los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial” (haciendo referencia a las Directrices de Bali y a la Convención de Aarhus, así como a Derecho Comparado)⁷⁸.

Así por ejemplo, se indicó que en el caso Castañeda Guzmán con México se llegó a la conclusión que “los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”⁷⁹, y así también se sostuvo en el caso Yatama con Nicaragua, en donde se indicó que “la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”⁸⁰.

Lo anterior no se limita a los partidos políticos, sino también a otros grupos de ciudadanos, señalando al efecto que “cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos...”⁸¹.

Por tanto, y a modo de síntesis, *la participación es un derecho que concretiza el principio democrático de un Estado y que se puede ejercer por diferentes vías, sea un voto inserto en una democracia representativa o bien en otro tipo de instancias, incluso de participación directa, lo cual, naturalmente, incluye la consulta y, más aún, a pueblos originarios, al ser estos colectivos históricamente marginados.*

Por otro lado, se dijo en relación a la consulta que es un derecho de los pueblos originarios como colectivo, consistente en la obligación del Estado de consultar a los pueblos originarios de toda aquella medida legislativa o administrativa que pudiere afectar sus intereses, cumpliendo en todo caso los estándares ya delineados, como por ejemplo, efectuando una consulta oportuna, con amplio alcance, adecuada, de buena fe y respetuosa de las instituciones de los pueblos originarios, entre otros puntos.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC N°23/17, 15 Noviembre 2017, par. 232.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Castañeda Guzmán con Estados Unidos Mexicanos, 06 Agosto 2008, par. 147.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama con Nicaragua, 23 Junio 2005, par. 196.

⁸¹ Idem, par. 220.

Dicho en otros términos, *la consulta indígena claramente es un mecanismo más dentro del amplio concepto de la participación, que incluye tanto su relación institucional como parte o manifestación del principio democrático de un Estado, como su análisis dogmático que lleva a interpretarlo como parte íntegra del derecho a un medioambiente sano*. Más aún, esta institución da respuesta específica a uno de los estándares en cuestión, que es el alcance de la consulta para con los pueblos originarios, entendiendo que dichos colectivos han sido históricamente marginados.

A mayor abundamiento, y reiterando la expresión ya citada: “los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial” (haciendo referencia a las Directrices de Bali y a la Convención de Aarhus, así como a Derecho Comparado)⁸².

De hecho, como señala Henríquez, el contenido adjetivo del derecho a la participación indígena admite cuatro categorías, una de las cuales se refiere precisamente a la consulta. Así, “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 sus tierras y recursos naturales o frente a la adopción de medidas legislativas o administrativas que los impliquen”⁸³.

Por tanto, debemos concluir señalando que, *siendo la participación un concepto amplio con fundamentos propios, puede lograrse o materializarse de diferentes formas. En cualquier caso, desde el plano institucional, la participación forma parte del principio democrático de un Estado de Derecho, y desde el plano dogmático, forma parte íntegra de los derechos humanos, estando reconocida además en el artículo 23 de la CADH como derecho autónomo. Particularmente en materia ambiental, no obstante, la participación es también un estándar dentro del derecho a un medioambiente sano. La consulta, por su parte, es una forma de participación ambiental de tipo directa, ya sea que fuere consultiva o más bien resolutive*. La pregunta entonces será si acaso la legislación y jurisprudencia chilena cumplen o no con esta premisa y sus estándares particulares.

Para ello, valga recordar dichos estándares señalando que, respecto a la participación, ellos son en primer lugar la oportunidad de participar, el acceso real y la información oportuna; en segundo lugar la igualdad y no discriminación, así como la equidad; en tercer lugar la efectividad e incidencia de la participación; en cuarto lugar la publicidad y transparencia; en quinto lugar la no exclusión de organismos que no sean partidos políticos y las medidas a favor de grupos vulnerables; y en sexto lugar las limitaciones a las restricciones del derecho, basadas en la legalidad, la finalidad legítima, la proporcionalidad y necesidad.

Por su parte, en relación a los estándares de la consulta indígena, ellos son 1) la oportunidad y alcance de la consulta, que promueva mismo nivel de participación que otros sectores de

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC N°23/17, 15 Noviembre 2017, par. 232.

⁸³ Henríquez (2013) p. 279.

la población considerando especialmente a los pueblos indígenas como colectivo históricamente marginado; 2) el respeto al representante del pueblo originario conforme su propia institucionalidad y respetuosa de la identidad cultural del pueblo; y 3) una consulta adecuada, es decir, informada, de buena fe, efectiva, buscando un acuerdo, no coartada, dividida ni meramente formal.

Finalmente, respecto de los estándares del derecho del consentimiento previo, libre e informado, corresponde señalar que ellos son: 1) que sea consentimiento libre, entendiendo por tal aquel consentimiento que se da libre de toda intimidación, coacción, manipulación u hostigamiento, acusaciones, amenazas, criminalización o violencia, basado en la confianza y buena fe, con el representante del pueblo en cuestión sin inherencia alguna, y en forma voluntaria, pudiendo incidir en la medida; 2) que sea consentimiento previo, es decir, permitiendo la participación tan pronto sea posible y en toda etapa del proyecto, dando tiempo para absorber, entender, y analizar la información; y 3) que sea informado, por tanto, debe ser suficiente en términos tanto cuantitativos como cualitativos, es decir, objetiva, exacta, oportuna, clara, veraz y completa. Obviamente, a su vez, debe presentarse en una forma entendible por parte de los pueblos indígenas, y con recursos y capacidad suficiente para ello sin comprometer la independencia de los representantes.

2. Recepción de la consulta indígena, el consentimiento previo, libre e informado, y el derecho a la participación ambiental en la normativa chilena.

En este último acápite se estudiará la legislación y cierta jurisprudencia chilena seleccionada de la Corte Suprema a fin de detectar si Chile cumple o no la premisa en cuestión –que la consulta es una forma de participación y éste un aspecto del derecho a un medioambiente sano y además un aspecto del principio democrático- y, además, determinar si cumple con los estándares en cuestión, tanto referidos al derecho de participar como al derecho a la consulta indígena, para luego finalizar con algunas conclusiones.

Ya configurado el marco teórico que entiende a la participación como un aspecto dentro del derecho a un medioambiente sano, con sus respectivos estándares, así como la existencia del derecho a la consulta, también con sus respectivos estándares, siendo la consulta un medio por el cual se concretiza la participación en materia medioambiental, debiendo cumplir tanto los estándares de la participación como de la consulta, corresponde ahora observar la legislación y práctica judicial chilena a fin de dilucidar si Chile cumple o no con dichos estándares y derechos.

2.1. Recepción en la legislación chilena.

Desde una perspectiva constitucional, debemos mencionar como fuentes directas de la participación ambiental y de los derechos de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, a los artículos 4, 5 y 19 numerales 2°, 3° y 8° de la Constitución actual, por cuanto establecen 1. El principio democrático del Estado de Chile y las formas de ejercer la soberanía nacional (artículos 4 y 5), 2. El bloque de constitucionalidad y la recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 5 inciso 2°), y 3. Los derechos a la igualdad ante la ley en relación al trato correspondiente a los pueblos indígenas y el

derecho a un medioambiente libre de contaminación (bajo la nomenclatura de la Constitución actual, sin perjuicio que nosotros preferimos la nomenclatura de derecho a un medioambiente sano) (artículo 19 numerales 2°, 3° y 8°).

Desde una perspectiva genérica en la legislación ambiental, valga retomar lo señalado por Astorga⁸⁴ en relación a la participación y el medioambiente, en el sentido de que la participación se configura como un principio del Derecho Medioambiental. En efecto, sostiene el autor que forma parte de los principios que informan el Derecho Medioambiental el principio participativo, reconociendo a tres actores fundamentales, como son las ONG, el Estado y los empresarios privados. Naturalmente, sostenemos que se debiera agregar como cuarto y quinto actor fundamental a la comunidad en general, por un lado, y a los pueblos originarios como colectivo históricamente marginado, por otro lado.

Sostiene Astorga que el principio participativo “es un principio democrático que se ve reflejado en diversos instrumentos de gestión ambiental, resultando los más destacados el SEIA, hoy potenciado por posibilidad de participación en las Declaraciones de Impacto Ambiental, el Procedimiento para la dictación de Normas de Calidad, Emisión y Planes de Prevención y Descontaminación... Existe para estos instrumentos la oportunidad procesal de informarse, intervenir y formular observaciones a los Estudios de Impacto Ambiental, o a los Proyectos de Planes y Normas, correspondiendo una adecuada consideración o ponderación de las mismas en el respectivo acto jurídico administrativo”⁸⁵.

Luego, la forma en que se concretiza el principio en cuestión se observa en la legislación. En este sentido, lo primero a señalar es que, como bien lo señala Costa⁸⁶, la participación en materia ambiental, bajo la legislación chilena, se observa en al menos cuatro instituciones: a) el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, b) las normas de calidad y emisión, c) los planes de prevención y descontaminación, y d) la Evaluación Ambiental Estratégica. Adicionalmente –agregamos-, encontramos e) la participación en relación a los pueblos indígenas.

Respecto de la participación en relación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁸⁷, institución la cual consiste en informar a la ciudadanía para luego incluir sus observaciones al proyecto, a fin de evaluar su impacto ambiental relacionado, el artículo 27 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medioambiente señala que “cualquier persona, natural o jurídica, podrá imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados. Con todo, el Servicio de Evaluación Ambiental mantendrá en reserva los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, estimare necesario abstraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad presentado”.

⁸⁴ Astorga (2017)

⁸⁵ Idem, p. 17.

⁸⁶ Costa (2020)

⁸⁷ Para revisar la participación vinculada a la Evaluación de Impacto Ambiental en el caso español y europeo, véase Arlucea (1994). En tal artículo, el autor se refiere al cambio de paradigma medioambiental desde una óptica reparadora a una preventiva, y junto con ello, participativa.

Luego, en el artículo 28 se va precisando cómo se procederá al ejercicio de este derecho, señalando que lo primero es informar a la comunidad del proyecto en cuestión y del Estudio de Impacto Ambiental, señalando la individualización del responsable, el lugar donde se quiere instalar el proyecto, la identificación del tipo de proyecto y actividad, el monto del proyecto y las principales consecuencias ambientales del proyecto y las medidas ofrecidas para mitigar el daño en cuestión. Este deber de información se reiterará en caso de que ocurra alguna modificación esencial a lo ya resuelto.

Enseguida, el artículo 29 establece que “cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto. Si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

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

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

De esta forma, se observa que la participación en materia ambiental, para efectos del Estudio de Impacto Ambiental o bien la Declaración de Impacto Ambiental en relación a algún proyecto, exige en primer lugar informar a la ciudadanía del mismo, para luego recepcionar las observaciones, exigiendo a la autoridad que *se haga cargo* de ellas. Esa expresión *–hacerse cargo–* fue, por cierto, debatida, pues en principio señalaba “*recoger*”, luego “*considerar*” o “*ponderar*”, y actualmente “*hacerse cargo*”, lo cual exige al servicio a analizar en su mérito la observación planteada, más no será, *per se*, una observación vinculante, como se desprende de lo dicho por Costa citando la historia de la ley. A mayor abundamiento, en Instructivo N°130.528 de 2013, el Servicio de Evaluación Ambiental explica la expresión usada señalando que lo esencial era *hacerse cargo* de la observación.

Respecto de este tipo de participación en este instrumento, que tiene aplicación práctica, hay variada jurisprudencia que la ha analizado. Así, siguiendo a Costa y Moraga, la participación en esta instancia tiene los siguientes estándares: a) exige información suficiente, b) las observaciones deben recibir respuesta, c) las respuestas no pueden ser siempre transiciones, y d) si se incumple lo anterior, se configura una causal de nulidad de la mediación.

A mayor abundamiento, señala Astorga que, en relación al SEIA, “el punto de inflexión y de duda del rol de la participación ciudadana en el Sistema se relaciona con los criterios de ponderación de la autoridad ambiental para la valoración de las observaciones políticas, técnicas y jurídicas que realice la ciudadanía respecto de los proyectos o actividades”⁸⁸, de modo tal que, de no resolverse el punto, “trae necesariamente como consecuencia el descrédito del mecanismo y por tanto su deslegitimación social, convirtiéndolo en un instrumento inútil para uno de sus fines esenciales, esto es, la concertación de los actores en materia ambiental”⁸⁹. De ahí la relevancia de aclarar el verbo rector utilizado por el legislador.

Ahora bien, según Astorga, más que el verbo rector, lo determinante es la discrecionalidad del órgano administrativo, pero no en un sentido colaborativo entre quien participa y la Administración, sino más bien bajo un rol de intermediación política y técnica. Indica como ejemplo, el caso brasileiro, donde la participación no tiene por finalidad la resolución definitiva sino más bien orientar la decisión de la Administración Pública.

Cabe señalar además que la participación en el SEIA también se concretiza vía Municipalidades, más allá de solo informar a la ciudadanía. En efecto, como desarrolla Astorga, “la Ley N°19.300 y sus reglamentos otorgan a las Municipalidades dos grandes roles dentro del Sistema de Gestión Ambiental del Estado. Por una parte, y en forma expresa, el Municipio sirve de canal de participación ciudadana para los habitantes de la comuna, tanto dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como en el procedimiento de elaboración de normas y planes, para la acción ambiental, y para el derecho a denuncia”⁹⁰, de modo que “la Comisión de Evaluación debe siempre solicitar el pronunciamiento al Gobierno Regional respectivo, así como a las Municipalidades del área de influencia del proyecto, con el objeto de que estos señalen si el proyecto o actividad se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo y con los planes de desarrollo comunal, respectivamente”⁹¹.

De esta forma, el primer rol de la Municipalidad pasa por asegurar la publicidad de la medida, pero luego su función es la de asegurar la participación. A mayor abundamiento, Astorga señala que “uno de los instrumentos que conviene destacar en el contexto de una democracia participativa es el de las audiencias públicas, que a pesar de no estar contemplado expresamente en la ley, se han implementado en nuestro país en formato y título de cabildos ambientales, los cuales en los hechos dependen de la voluntad política de cada alcalde”⁹², dando cuenta de la importancia que tiene la Municipalidad en la participación ambiental.

Por su parte, respecto de la participación en las normas de calidad y emisión, el artículo 32, penúltimo inciso, de la ley citada indica que “un reglamento establecerá el procedimiento a seguir para la dictación de normas de calidad ambiental, que considerará a lo menos las

⁸⁸ Astorga (2017) p. 297.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem., p. 535.

⁹¹ Idem, p. 536.

⁹² Idem, p. 537.

siguientes etapas: análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad. Establecerá además los plazos y formalidades que se requieran para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo y los criterios para revisar las normas vigentes”.

De esta expresión, Costa⁹³ señala que se pueden configurar diferentes formas en que, implícitamente, se refieran a la participación. Así por ejemplo la publicidad, por una parte, referida al derecho a la información, y las consultas a organismos competentes, analizando sus observaciones, por otro lado, recogiendo por tanto el mismo estándar anterior. Por su parte, la participación en planes de prevención y descontaminación se regulan por las misma normativa que regula el punto anterior. Coinciden, por tanto, Astorga y Costa en que lo central para la participación será la publicidad y las consultas.

Finalmente, en relación a la participación en la Evaluación Ambiental Estratégica, está presente tanto para el diseño como para la evaluación del mismo, así, en el primer caso, destaca Costa, se regula por el Decreto Supremo N°32/2015 del Ministerio de Medioambiente, que permite aportar antecedentes o formular observaciones, debiendo recibir una *respuesta razonada* al respecto –sin perjuicio de la dificultad de interpretar en qué consiste una respuesta razonada-.

Ahora bien, en relación a la participación ambiental vinculado a los pueblos originarios, señala Costa que existiría el tema de la consulta, de lo que se deduce que concurda en que la consulta es al menos un mecanismo de participación, aunque hace una precisión, cual es que esa consulta, bajo los estándares del C169-OIT, no se refiere a participación ambiental propiamente tal sino más bien participación política, de modo que no la analiza con mayor profundidad, atendiendo el objeto de su propia investigación.

No obstante, Astorga en cambio sí analiza el punto, señalando que los pueblos originarios, bajo la Ley N°19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Comunidades, se estructuran como comunidades con personalidad jurídica, y “tratándose de proyectos sometidos al SEIA y emplazados en estas áreas (tierras indígenas), debe asegurarse que las comunidades, directa e indirectamente afectadas de esa ADI, sean consultadas sobre su opinión”⁹⁴, señalando expresamente que los pueblos indígenas, como colectivos, tienen derecho a ser consultados obligatoriamente por la institucionalidad en toda medida medioambiental que pudiere afectar sus tierras, bajo el concepto de tierras indígenas que establece la ley en cuestión. Por tanto, en cuanto a la participación indígena, señala Astorga que “la ley establece la obligación para los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas”⁹⁵.

⁹³ Costa (2020) pp. 234-235.

⁹⁴Idem, p. 570.

⁹⁵Idem, p. 570.

Al respecto, Abogabir sostiene que si bien esta ley fue publicada con anterioridad a la entrada en vigor del C169-OIT respecto de Chile, se inspiró igualmente en aquel instrumento internacional, refiriéndose a la calidad de pueblo indígena, su desarrollo, cultura, derecho consuetudinario, tierras, protección de derechos, derecho sucesorio, educación, programas especiales y, evidentemente, a la consulta. Respecto de esto último señala que es regulada por la ley en cuestión en un solo artículo y en forma genérica (artículo 34), estableciendo “el deber de los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas y que éstas deberán estar representadas en las instancias de participación establecidas”⁹⁶, criticando, por tanto, que más que regular la consulta propiamente tal se regula la participación en dichas materias. No obstante, se destaca también la creación de la CONADI con miembros de los pueblos indígenas.

Ahora bien, en relación a la consulta, Abogabir destaca varios puntos⁹⁷: En primer lugar, indica que la consulta deberá realizarse, conforme al artículo 7 del DS N°66, en aquellos casos en los que la medida pueda afectar tradiciones, costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o bien la relación de los pueblos indígenas con sus tierras. Complementándolo con el DS N°40, se requeriría consulta toda vez que la medida provoque el reasentamiento de grupos humanos de los pueblos indígenas, altere significativamente los sistemas de vida y costumbres indígenas, o se afecte el patrimonio cultural indígena.

En segundo lugar, en relación con los principios de la consulta, señala Abogabir que sobre el principio de buena fe, la normativa chilena indica que se configura como principio rector debiendo actuar, los intervinientes, en forma leal y correcta, con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento previo, libre e informado (artículo 9 DS N°66). Por su parte, sobre la adecuación del procedimiento, se destaca el artículo 10 que establece su flexibilidad para adecuarse a las particularidades del pueblo indígena consultado, respetando su cultura y cosmovisión. Finalmente, en relación a la calidad de consulta previa, se destaca el artículo 11 que exige el cumplimiento de esto con, además, posibilidad de incidencia en la medida.

En tercer lugar, en relación a los pasos de la consulta, resume Abogabir que son cinco: 1) comienzan con la planificación de la consulta entregando información preliminar, determinando intervinientes y la metodología a emplear; 2) luego se entrega la información y se difunde el proceso de consulta, 3) pasando a una etapa de deliberación de los pueblos indígenas en cuestión, en donde el mismo pueblo, en forma interna, se informa y delibera al respecto. Luego 4) comienza el diálogo propiamente tal buscando generar el acuerdo en cuestión, para 5) finalmente sistematizar, terminar y comunicar el fin del proceso de consulta indígena. Los plazos no pueden superar los 20 días hábiles para las medidas administrativas o los 25 en el caso de las medidas legislativas.

Finalmente, en cuarto lugar, Abogabir se refiere a la asesoría de los pueblos indígenas, resaltando que si bien no hay un organismo específico como un Defensor Ambiental para

⁹⁶Abogabir (2014) pp. 14-15.

⁹⁷ En adelante, en relación a los puntos que se destacan sobre la consulta, véase Abogabir (2014).

asesorar y defender los intereses de los pueblos indígenas, sí existen fondos e instituciones relacionadas, destacando al respecto la Unidad del Convenio N°169 de la CONADI, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Unidad de Asuntos Indígenas del Ministerio de Desarrollo Social.

Ahora bien, contrastemos ahora lo recién analizado con los estándares de la participación y de la consulta que habíamos desarrollado previamente. Recordando ello, los estándares de la participación se traducen en 1) la oportunidad de participar, el acceso real y la información oportuna; 2) la igualdad y no discriminación, así como la equidad; 3) la efectividad e incidencia de la participación; 4) la publicidad y transparencia; 5) la no exclusión de organismos que no sean partidos políticos y las medidas a favor de grupos vulnerables; y 6) las limitaciones a las restricciones del derecho, basadas en la legalidad, la finalidad legítima, la proporcionalidad y necesidad.

Por su parte, en relación a los estándares de la consulta indígena, ellos son 1) la oportunidad y alcance de la consulta, que promueva mismo nivel de participación que otros sectores de la población considerando especialmente a los pueblos indígenas como colectivo históricamente marginado; 2) el respeto al representante del pueblo originario conforme su propia institucionalidad y respetuosa de la identidad cultural del pueblo; y 3) una consulta adecuada, es decir, informada, de buena fe, efectiva, buscando un acuerdo, no coartada, dividida ni meramente formal.

Finalmente, respecto de los estándares del derecho del consentimiento previo, libre e informado, ellos eran: 1) que sea consentimiento libre, entendiendo por tal aquel consentimiento que se da libre de toda intimidación, coacción, manipulación u hostigamiento, acusaciones, amenazas, criminalización o violencia, basado en la confianza y buena fe, con el representante del pueblo en cuestión sin inherencia alguna, y en forma voluntaria, pudiendo incidir en la medida; 2) que sea consentimiento previo, es decir, permitiendo la participación tan pronto sea posible y en toda etapa del proyecto, dando tiempo para absorber, entender, y analizar la información; y 3) que sea informado, por tanto, debe ser suficiente en términos tanto cuantitativos como cualitativos, es decir, objetiva, exacta, oportuna, clara, veraz y completa. Obviamente, a su vez, debe presentarse en una forma entendible por parte de los pueblos indígenas, y con recursos y capacidad suficiente para ello sin comprometer la independencia de los representantes.

Contrastando lo dicho, entonces, se observa que la regulación de la participación en materia ambiental en Chile cumple con la *oportunidad de participar, el acceso real y la información oportuna*, por cuanto se exige la publicidad y el acceso a la información como estándar expreso en la ley. Adicional a ello, se observa que las Municipalidades cumplen un rol trascendental en el cumplimiento de este primer estándar. Así también, lo mismo se aplica para el cuarto estándar, es decir, la publicidad y transparencia.

Por otro lado, en cuanto a la igualdad, no discriminación y equidad, podemos sostener que, en lo formal, se cumple con el estándar, más no en lo material, toda vez que *la presencia de grupos vulnerables hace necesaria medidas específicas que aseguren su participación*. Esto se observará en relación a los pueblos indígenas, pero no solo a su respecto. Se debe considerar que la materia medioambiental es bastante técnica, por lo que la participación,

para ser efectiva, requiere cierta asesoría, con lo cual se asegura realmente la igualdad, y no solo su garantía formal. Esto se vincula con el quinto estándar, pues se exige no excluir a organismos que no sean partidos políticos e incluir grupos vulnerables, cuestión que se observa con escaso desarrollo. Esta asesoría técnica en ningún caso puede comprometer la independencia del asesorado. Esto se vincula, además, con la información como estándar dentro del consentimiento.

En tercer lugar, la incidencia o efectividad en la participación, además de exigir la existencia de asesorías o acaso de un Defensor Ambiental, se traduce en cómo interpretar el verbo rector sobre el análisis de las observaciones, es decir, si acaso corresponde *recoger* las observaciones, *considerarlas, ponderarlas o hacerse cargo* de ellas. De todas formas, se debe aclarar que las observaciones que se hagan *no son vinculantes*, por un lado, y *deben ser analizadas* y consideradas, exigiendo una respuesta fundada a su respecto. Por tanto, se puede sostener que es una participación de tipo consultiva pero que, en principio, debiera tener incidencia en el acto de la Administración, sin perjuicio de su discrecionalidad. No obstante, se aclara que no se trata de una participación vinculante.

Finalmente, el último estándar ameritaría mayor investigación, sobre todo en relación a la jurisprudencia, pues al menos en la ley no hay referencia al test de ponderación que concretice el mandato legal, sino más bien, sostenemos, habría que dilucidar si se cumple o no con el estándar observando la jurisprudencia, es decir, dilucidando si los Tribunales de Justicia han efectuado, realmente, un test de ponderación en esta materia.

Por tanto, se puede sostener que, observando la legislación chilena, no se cumple a cabalidad con todos los estándares exigidos para el derecho a la participación, principalmente por dos razones: primero, no hay diferencias positivas en relación a grupos vulnerables que aseguren una igualdad material y el cumplimiento del quinto estándar, y segundo, si bien el verbo rector que se utiliza permite interpretarlo a efectos de dar más incidencia a la participación ciudadana, ésta tiene un defecto doble: por una parte, realizan las observaciones sin una asesoría garantizada por el Estado, rol que podría cumplir un Defensor Ambiental, y por otro lado, se configura como participación consultiva más no resolutive o vinculante, permitiendo a la Administración utilizar su discrecionalidad para desechar las observaciones ciudadanas, sin perjuicio que, en cualquier caso, se exija resolución fundada.

Por su parte, en relación a la consulta indígena, se observa un cumplimiento parcial del primer estándar, pues la ley establece que, de afectarse las tierras, procede obligatoriamente la consulta, pero ello no queda claro en relación a materias ambientales, de modo que el alcance de la consulta, si bien podría ser amplia, no se especifica expresamente su amplitud. Adicionalmente, no hay consideraciones específicas detalladas en relación a los pueblos indígenas, lo cual, en cualquier caso, deslegitima la institución.

Así también, se observa una omisión en la ley en relación al segundo estándar, pues omite toda referencia al respeto al representante del pueblo originario conforme a su propia institucionalidad y, con ello, omite también toda referencia al respeto a la identidad cultural del pueblo.

Finalmente, en materia ambiental, la ley omite también referencias a lo que se configura como una consulta adecuada, salvo por la exigencia de la información y buena fe, no hay sanción si se incumple la buena fe, por un lado, y tampoco hay referencia alguna a su efectividad. De la misma forma, no hay sanción tampoco para el caso en que el Estado coaccione a la participación o genere prácticas que dividan al grupo en cuestión vulnerando lo desarrollado respecto del consentimiento previo, libre e informado. Asimismo, en relación al consentimiento libre, previo e informado, es en esta última característica donde la legislación chilena presenta deficiencias, precisamente en razón de lo señalado con anterioridad.

Así las cosas, al menos a partir del análisis de la norma, se observa una recepción escasa en la legislación chilena de los estándares sobre la participación y consulta indígena, así como del consentimiento previo, libre e informado. En efecto, se observa que el legislador no se hace cargo de los grupos vulnerables, no estructura un Defensor Ambiental para asesorar y representar, no establece la obligatoriedad de las observaciones sino que protege la discrecionalidad administrativa, no hay sanción si en la consulta indígena se incumple la buena fe, ni para aquel caso en que se coaccione al colectivo a la participación o se adopten prácticas que los dividan, y tampoco se asegura el consentimiento informado. Por tanto, la recepción legislativa nacional de los estándares es más bien escasa. Ratifica lo anterior el hecho que, a nivel normativo, la disposición central al respecto es el artículo 34 de la Ley Indígena la cual, incluso, más que referirse a la consulta se refiere a la participación en los casos que indica, sin perjuicio del DS N°66 y 40, lo cual da cuenta de una escases normativa al respecto.

2.2. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena.

Ahora bien, suele ocurrir que, pese a las deficiencias en la legislación, la jurisprudencia avance más en el cumplimiento de los estándares, por lo que resulta útil, sin agotar la jurisprudencia, revisar algunos casos para determinar si se refieren o no a estos estándares, por lo que a continuación y ya finalizando, se hará referencia a algunas causas emblemáticas en torno al tema que se han visto ante la Corte Suprema en un tiempo cercano a la fecha, sin pretender en todo caso, agotar la jurisprudencia.

Si se observa la jurisprudencia a modo genérico, Astorga cita el caso Rol N°55.203-2016 fallado por la Corte Suprema, donde se indica que, de no respetarse la participación, el acto torna en ilegal, y así también si las observaciones efectuadas no son debidamente ponderadas por la autoridad⁹⁸, exigiendo una respuesta fundada, conforme al artículo 91 del Decreto Supremo N°40/2012 del Ministerio del Medioambiente.

Más en detalle, el primer caso a referirse corresponde al caso Piscicultura Palguín, citado por Astorga⁹⁹, donde la Corte Suprema rechaza el recurso de protección toda vez que lo que correspondía conforme a la Ley era la Declaración de Impacto Ambiental y no el Estudio de Impacto Ambiental, señalando por tanto que, si la participación solo se contempla para el segundo, no procede, en esa fecha, frente a Declaraciones de Impacto Ambiental. De este

⁹⁸ Astorga (2017), p. 305.

⁹⁹ Idem, p. 578.

modo, la Corte Suprema restringe el alcance de la participación, cuestión que va directamente en contra de los estándares que hemos desarrollado, pues restringe el campo de aplicación de estas instituciones que comentamos, afectando el primero de los estándares.

Enseguida, en el caso Celco o Planta Valdivia, también citado por Astorga¹⁰⁰, donde la Corte señala que la consulta indígena se recepciona por los artículos 26 a 31 de la Ley N°19.300, pero sin que ella sea vinculante, pues la decisión le corresponde a la autoridad administrativa. No obstante, conforme al voto disidente del Ministro Brito, la consulta requiere un procedimiento especial, sin que se satisfaga con el procedimiento ambiental de la Ley N°19.300. Como se observa, claramente el voto disidente estaría en lo correcto, según lo hemos desarrollado, y además, el que no sea vinculante, si bien es algo establecido en la ley, configura un incumplimiento al estándar de la consulta, pues ella exige la efectividad, de modo tal que, en nuestra opinión, no basta observaciones a ser consideradas, sino a ser vinculantes, representados, idealmente, por un Defensor Ambiental, con lo cual se cumplirían los estándares dichos.

En tercer lugar, Astorga cita también el caso Aeropuerto de Manquehue¹⁰¹, donde se indica que no correspondía someter la materia a consulta, básicamente porque el C169-OIT es posterior a la fecha del proyecto, de modo que no corresponde su aplicación, cuestión que en nuestra opinión representa un problema, pues si el proyecto aún no ha culminado, creemos plenamente aplicable el C169-OIT al ser norma internacional autoejecutable, complementada con las demás fuentes normativas internacionales que señalamos en su oportunidad.

Luego, en el caso Pesquera Los Fiordos¹⁰², la Corte de Apelaciones hace el distingo entre la consulta y la participación ambiental, mientras que la Corte Suprema, confirmando el fallo que acoge el recurso, elimina sin embargo dichos considerando. Un análisis diferente se vio en el caso ColoColo¹⁰³, donde la Corte ordena la realización de la consulta como condición previa para continuar los trabajos, estando vigente el C169-OIT en cuestión.

En cuarto lugar, en el caso del Plan Regulador de San Pedro de Atacama¹⁰⁴ la Corte Suprema es mucho más clara, señalando que la entrega de información no satisface el estándar de la participación y la consulta, de modo que se torna en un acto ilegal. Misma distinción hace la Corte en causa de Proyecto Los Pumas¹⁰⁵, al indicar que la participación ambiental no cumple con los mismos estándares de la consulta indígena.

En quinto lugar, en el caso Parque Villarrica¹⁰⁶ se destaca el análisis que hiciera la Corte sobre cuándo corresponde realizar la consulta, es decir, interpretando cuándo la medida

¹⁰⁰Idem.

¹⁰¹Idem, p. 579.

¹⁰²Idem.

¹⁰³Idem, p. 580.

¹⁰⁴Idem.

¹⁰⁵Idem, p. 582.

¹⁰⁶ Corte Suprema, *Caniuman Ancalef y Otros con CONAF IX Región y Otro* (Recurso de Protección) Rol N°140.342-2020. 29 Marzo 2021.

legislativa o administrativa afecta directamente al pueblo indígena en cuestión. En este caso, de hecho, se indicó en el considerando sexto que “la afectación de un pueblo se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural... que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía”¹⁰⁷. Como consecuencia, la Corte acoge el recurso y, como la autoridad no realizó la consulta, se dispone que se realicen las consultas en forma previa a la prosecución de las obras en cuestión, debiendo regirse por los estándares del C169-OIT y el DS N°66.

En sexto lugar, en el caso Rol N°13.031-2020 la Corte Suprema hace algunas precisiones sumamente relevantes en relación a esta materia, pues en primer lugar, frente a la interpretación restringida que se hace a partir del artículo 7 del DS N°66 en relación al alcance de la consulta indígena, en contraposición a la interpretación extensiva que se hace a partir del C169-OIT así como a partir de la doctrina y jurisprudencia, se indica por la Corte que “dicho decreto es solo un instrumento jurídico de nivel inferior, ni siquiera de rango legal, y que es de mero derecho interno, por lo que pese a sus definiciones, prima por sobre él el contenido obligacional convencional del propio Convenio N°169, el cual por concernir a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tienen un rango superior que incluso constituye un límite al ejercicio de la soberanía nacional, tal como prescribe el artículo 5 inciso 2°”¹⁰⁸. A mayor abundamiento, la Corte aclara que se llega a esa conclusión aplicando también el principio de interpretación pro homine, pues se escogerá la norma más protectora.

Por otro lado, en ese mismo fallo, se dijo también que si bien el procedimiento podía estar cumpliendo el derecho a la participación ambiental, conforme lo dicho por la parte recurrida, ello no logra satisfacer los estándares de la consulta indígena reconocida en el C169-OIT, de modo tal que se acoge el recurso interpuesto, considerando tanto que la consulta era aplicable en virtud del C169-OIT con preferencia al DS N°66, y en segundo lugar, porque *satisfacer el derecho de la participación no es suficiente para tener por cumplido el derecho a la consulta indígena*.

Así, Henríquez hace un distingo tras analizar la jurisprudencia, señalando que los casos en cuestión “ha(n) llevado a la Corte a estimar que laparticipación indígena no es homologable a la participación ciudadana que secontempla en la legislación ambiental, estableciendo la obligación de incorporarla Consulta tal como se establece en el Convenio 169”¹⁰⁹, es decir, la participación indígena sería diferente a la ciudadana o común, por un lado, pero al mismo tiempo, agregamos, diferente a la consulta indígena, pues esta última tiene estándares superiores.

¹⁰⁷Idem, considerando 6°.

¹⁰⁸Corte Suprema: *Bacián y Otros con Ministerio de Energía* (Recurso de Protección) Rol N°13.031-2020. 25 Septiembre 2020, Considerando 8°.

¹⁰⁹Henríquez (2013) p. 289.

Como se observa, y sistematizando esta jurisprudencia, los puntos conflictivos desde la perspectiva de la Corte Suprema han sido dos: por una parte, si correspondía o no a la medida la realización de la consulta indígena (discusión entre el artículo 7 del DS N°66 y el C169-OIT), y por otra parte, si cumpliéndose los estándares en materia de participación ambiental se satisface o no los estándares de la consulta indígena. Al respecto, podemos desprender que *la forma de respuesta de la Corte ha sido en el sentido de amplificar la interpretación sobre situaciones que alcanzan a la consulta indígena, por un lado, en preferencia frente a la interpretación restringida, y a diferenciar los estándares de la consulta indígena con los de la participación ambiental, siendo ellos diferentes.*

Así, un punto es que el Estado deba cumplir con los estándares de la participación ambiental, pero ello no será suficiente para satisfacer la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, debiendo de todas formas cumplir con las tres instituciones. Unos estándares se refieren a la participación, otros a la consulta, y otros al consentimiento previo, libre e informado, debiendo el Estado cumplir con todos y cada uno de ellos.

Se ratifica entonces que no basta el cumplimiento de los estándares de la participación ambiental para cumplir con la consulta y el consentimiento. A su turno, tampoco bastan los estándares de la participación ni de la consulta para cumplir con el consentimiento, teniendo una relación de menos a más, donde la participación es lo menos, la consulta es lo intermedio, y el consentimiento es lo más. Por el contrario, al cumplir los estándares del consentimiento previo, libre e informado siguiendo los estándares dichos, ello supone el cumplimiento de los otros dos previos, es decir, de la consulta y de la participación.

IV. CONCLUSIONES

Para concluir, recordemos primero la pregunta de investigación que nos habíamos planteado, la cual era si *¿es el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales una manifestación del derecho a la participación ambiental? ¿Sus estándares se encuentran en el Derecho chileno?*

Tras la investigación, es posible sostener, en primer lugar, que el derecho a la participación se vincula con el derecho a un medioambiente sano, que concretiza además el principio democrático propio de diversos Estados de Derecho y particularmente del Derecho Medioambiental. Por su parte, el derecho a la consulta indígena está incorporado al Derecho Chileno y es obligatorio, desarrollado asimismo por ciertas leyes como la Ley de Protección, Fomento y Desarrollo de Pueblos Indígenas, y así también por reglamentos.

En segundo lugar, tanto la participación ambiental como la consulta indígena tienen estándares internacionales diferentes y particulares, de modo tal que, como lo ha dicho la Corte Suprema, no es suficiente la participación ambiental para satisfacer la consulta indígena. La obligación del Estado, en todo caso, exige el cumplimiento de los estándares de ambas instituciones, aumentando la exigencia.

Esos estándares se traducen en lo siguiente: 1) la oportunidad de participar, el acceso real y la información oportuna; 2) la igualdad y no discriminación, así como la equidad; 3) la

efectividad e incidencia de la participación; 4) la publicidad y transparencia; 5) la no exclusión de organismos que no sean partidos políticos y las medidas a favor de grupos vulnerables; y 6) las limitaciones a las restricciones del derecho, basadas en la legalidad, la finalidad legítima, la proporcionalidad y necesidad. Esto para el caso de la participación ambiental.

Por su parte, en relación a los estándares de la consulta indígena, ellos son 1) la oportunidad y alcance de la consulta, que promueva mismo nivel de participación que otros sectores de la población considerando especialmente a los pueblos indígenas como colectivo históricamente marginado; 2) el respeto al representante del pueblo originario conforme su propia institucionalidad y respetuosa de la identidad cultural del pueblo; y 3) una consulta adecuada, es decir, informada, de buena fe, efectiva, buscando un acuerdo, no coartada, dividida ni meramente formal.

Finalmente, respecto de los estándares del derecho del consentimiento previo, libre e informado, ellos son: 1) que sea consentimiento libre, entendiendo por tal aquel consentimiento que se da libre de toda intimidación, coacción, manipulación u hostigamiento, acusaciones, amenazas, criminalización o violencia, basado en la confianza y buena fe, con el representante del pueblo en cuestión sin inherencia alguna, y en forma voluntaria, pudiendo incidir en la medida; 2) que sea consentimiento previo, es decir, permitiendo la participación tan pronto sea posible y en toda etapa del proyecto, dando tiempo para absorber, entender, y analizar la información; y 3) que sea informado, por tanto, debe ser suficiente en términos tanto cuantitativos como cualitativos, es decir, objetiva, exacta, oportuna, clara, veraz y completa. Obviamente, a su vez, debe presentarse en una forma entendible por parte de los pueblos indígenas, y con recursos y capacidad suficiente para ello sin comprometer la independencia de los representantes.

Observando lo anterior, es claro concluir que si bien la consulta y la participación no son mismas instituciones, siendo diferentes y con estándares particulares, el cumplimiento de una (la consulta) implica una forma de cumplir la otra (la participación), es decir, está incluida dentro de su concepto, aunque con particularidades, pues debe cumplir ambos estándares, pero no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, la sola participación ambiental en ningún caso cumple con la consulta indígena.

Dicho en otros términos, si el Estado cumple con la consulta, cumple también con la participación, aunque se exigen ambos estándares. Por su parte, si el Estado cumple con la participación pero no con la consulta, inmediatamente estaría en incumplimiento de obligación internacional, aun si cumpliera todos los estándares de la participación, pues no se estaría cumpliendo con la consulta y obviamente, tampoco con sus estándares.

Con esto, se da por confirmada la hipótesis formulada en el sentido que efectivamente el derecho de la consulta de los pueblos indígenas y tribales es un mecanismo que concretiza el derecho a la participación ambiental, pues el derecho a un medioambiente sano es un derecho amplio que, en específico, incluye todo mecanismo de participación democrático, por lo que el derecho a la consulta se configura como un mecanismo de concreción del derecho a la participación ambiental, sin perjuicio del tipo de participación específico de que trata.

Asimismo, se confirman también las hipótesis específicas en el sentido que efectivamente 1) el derecho de participación ambiental no hace el distingo doctrinario entre participación ciudadana, política, en la gestión pública y administrativa, de modo que la participación ambiental incluye todo mecanismo democrático de participación, sin importar la clase de participación de que trata. No obstante, la participación, para ser efectiva, debe cumplir con ciertos estándares. 2) La consulta indígena también tiene estándares que debe cumplir, de carácter internacional, y 3) se configura así como un mecanismo de participación aplicable al derecho a un medioambiente sano, debiendo cumplir los estándares en cuestión tanto del derecho de participación como de la consulta indígena.

Finalmente, en relación a la realidad chilena, debemos indicar que se observa un cumplimiento parcial, pues no cumple con algunos estándares. Así, al menos desde la perspectiva normativa, se observa una escasa recepción de dichos estándares en la legislación chilena, pues no se hace cargo de los grupos vulnerables, no existe la figura del Defensor Ambiental, no establece obligatoriedad de las observaciones sino que privilegia la discrecionalidad administrativa, y no hay sanción si la Administración incumple la buena fe o coaccione al colectivo, o realice prácticas divisorias. Asimismo, no hay mecanismos suficientes que aseguren el consentimiento informado. De este modo, la recepción normativa es escasa y debe ser resuelta.

Finalmente, observando algunos casos jurisprudenciales, se observa que la discusión jurisprudencial se ha presentado en dos preguntas: por una parte, si acaso corresponde aplicar la consulta según los antecedentes del caso –donde la Corte ha preferido una interpretación amplia aplicando el C169-OIT por sobre el DS N°66-; y por otra parte, en si acaso los estándares de la participación son los mismos que la consulta, para efectos de determinar si acaso, cumpliendo con la primera, se cumple también con la segunda –al respecto, la Corte prefiere diferenciar, correctamente, los estándares de ambas instituciones, afirmando que el cumplimiento de los estándares de la participación no son suficientes para cubrir los estándares de la consulta y del consentimiento libre, previo e informado-.

Sería deseable, por tanto, aprovechando el proceso constituyente, algunos arreglos a la norma actual, incluyendo todos los elementos del derecho en cuestión dentro de la Constitución, especificando sus estándares, tanto en relación al derecho a vivir en un medioambiente sano como en relación al derecho a la consulta indígena, reconociéndolo como derecho humano. Por su parte, desde la institucionalidad, sería deseable la creación de un Defensor Ambiental a fin de asesorar y representar a la comunidad a fin de que sus observaciones tengan una efectividad mayor que la actualmente vigente, lo cual cumpliría con el estándar de la efectividad de la medida, entre otros cambios, así como con ciertos estándares como son la información para el consentimiento. Naturalmente, sería deseable, también, cambios legislativos y reglamentarios que lleven todo lo anterior a la práctica. Desde el plano jurisprudencial, finalmente, se estima de un desarrollo correcto, aunque obviamente el ideal será que continúe en ese avance y esa línea jurisprudencial, sin volver a interpretaciones que restrinjan el derecho, ya sea la participación ambiental, la consulta indígena, o el consentimiento libre, previo e informado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

1. DOCTRINA:

- Abogabir, Matías (2014): *Estudio de Caso Chile. Convenio N°169 de la OIT y la Consulta a los Pueblos Indígenas en Proyectos de Inversión*(OIT).
- Alva, Amelia (2014): *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*(Deusto Digital, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Cuadernos de Derechos Humanos, N°76).
- Aranda, Jorge (2018): *Breve reflexión sobre cuatro conceptos de participación ciudadana a propósito del Derecho Ambiental chileno*, en Revista De Derecho Ambiental(Año VI N°9) pp. 31-52.
- Arlucea, Esteban (1994): *Prevención y Participación como Elementos Centrales del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental* en Revista Vasca de Administración Pública (IVAP N°40).
- Astorga, Eduardo (2017): *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*(Quinta Edición, Thompson Reuters).
- Astudillo, Luis Fernando (2017): *¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? (Una breve revisión a los DS N°66 del Ministerio de Desarrollo Social y N°40 del Ministerio de Medioambiente)* en Revista Estudios Constitucionales(Año 15, N°1)pp. 129-152.
- Bordalí, Andrés (1999): *El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado: ¿Qué protege? ¿A quiénes protege?* En Revista Gaceta Jurídica N°232
- Carmona, Cristobal (2013): *Tomando los derechos colectivos en serio: El derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas* en Revista Ius et Praxis(Año 19 N°2) pp. 301-334.
- Charris, Juan Pablo (2014): *El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública* en Revista De Derecho del Estado (N°33) pp. 123-147.
- Corvalán, Javiera (2017): *El derecho al medio ambiente sano a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una propuesta para la discusión constitucional*(Memoria de Prueba para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Profesor Guía Nash, Claudio, UCH).
- Costa, Ezio (2020): *Participación Ciudadana: Conceptos generales, deliberación y medioambiente*(Der Ediciones).
- Donoso, Alejandra (2018): *Justicia Ambiental y Participación Ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Revisión de casos por Declaración de Impacto Ambiental* en Revista De Derecho Ambiental(Año VI, N°10)pp. 48-68.
- Espinoza, Patricio (2010): *El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho social* en Revista De Derecho Público(Vol. 73).
- Fuentes, Claudio, y Cea, Maite (2017): *Reconocimiento débil: derechos de pueblos indígenas en Chile*(Perfiles Latinoamericanos, Flacso México).
- Fuenzalida, Sergio (2017): *La función administrativa discrecional y la consulta indígena* en Revista De Derecho Universidad Católica del Norte (Año 24, N°2) pp. 181-210.

- Gajardo y Zúñiga (2018): *Constitucionalismo y Procesos Constituyentes*, Vol. 1, 2 y 3(Thompson Reuters, Primera Edición).
- García, Elena (2018): *El medioambiente sano: La consolidación de un derecho* en Revista Boliviana de Derecho N°25.
- González, Francisco (2001): *¿Es el derecho a vivir en un medioambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿Cómo construir su adecuada tutela jurídica?* En Revista Chilena de Derecho(Vol. 28, N°2) pp. 271-275.
- Henríquez, Alfonso (2013): *Participación Indígena: Desarrollo y Alcances en torno a la Participación Ambiental* en Revista Ius Et Praxis(Año 19, N°2) pp. 251-300.
- Huerta, Helmuth (2013): *Información Ambiental para la Democracia: Comparación de la situación de América Latina y de Chile con la Convención de Aarhus*(Tesis para optar al Grado de Magíster en Gestión y Planificación Ambiental, Universidad de Chile, Profesor Guía, Astorga, Eduardo).
- Leal, Nila (2006): *Ciudadanía activa: La construcción del nuevo sujeto indígena* en Revista Opción(Vol. 22 N°49)pp. 9-24.
- Leppe, Juan Pablo (2015): *Consulta Indígena y Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Análisis de una relación normativa* en Revista De Derecho PUCV(XLIV)pp. 369-384.
- Medici, Gastón (2018): *El Acuerdo Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe* en Revista Catalana de Dret Ambiental (Vol. IX N°1)pp. 1-66.
- Olivos y Gómez (2020): *La construcción jurisdiccional de los procesos de consulta de las comunidades indígenas y su aproximación al derecho a la información en México* en Revista De Derecho del Estado N°45, pp. 155-185.
- Prieto, Luis (2008): “El juicio de ponderación constitucional”, en Carbonell, Miguel (Ed) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*(Ministerio de Justicia y DDHH, Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, pp. 85-123).

2. JURISPRUDENCIA:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 23/17. 15 Noviembre 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *ChitayNach y Otros con Guatemala*. 25 Mayo 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Castañeda Guzmán con Estados Unidos Mexicanos*. 06 Agosto 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Yatama con Nicaragua*. 23 Junio 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Cepeda Vargas con Colombia*. 26 Mayo 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°40/04, 12 de octubre de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, C-513/92. consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-513-92.htm> con fecha 18 de mayo de 2021.

- Corte Suprema: *CaniumanAncalef y Otros con CONAF IX Región y Otro* (Recurso de Protección) Rol N°140.342-2020. 29 Marzo 2021.
- Corte Suprema: *Bacián y Otros con Ministerio de Energía* (Recurso de Protección) Rol N°13.031-2020. 25 Septiembre 2020.

3. OTRAS FUENTES:

- Declaración sobre la aplicación del Principio N°10 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo.
- ONU (2018): *Consentimiento libre, previo e informado: Un enfoque basado en los derechos humanos*(Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Opinión N°11, A/HRC/39/62, Asamblea General de las Naciones Unidas).