



Magister en Derecho Constitucional
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca

“El acceso a la participación y a la justicia ambiental en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en un contexto de cambio climático.”

Tesista : Maylin Andrea Moya Tolosa
Director de Tesis : Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo.

El acceso a la participación y a la justicia ambiental en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en Chile en un contexto de cambio climático.

Access to participation and environmental justice in the environmental impact assessment procedure in a context of climate change.

Maylin Moya Tolosa¹

Resumen: El presente trabajo analiza el SEIA chileno a la luz de los estándares mínimos provenientes del derecho internacional del medio ambiente y del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente los establecidos en el Acuerdo de Escazú, respecto de los derechos de acceso a la participación y justicia ambiental. La autora considera que el SEIA no cumple a cabalidad con dichos estándares, debido a su regulación, la ausencia de ciertos instrumentos favorecedores de estos derechos a nivel normativo, interpretaciones judiciales y administrativas incompatibles y el contexto mismo de cambio climático.

Palabras clave: Sistema de evaluación de impacto ambiental, Acuerdo de Escazú, participación ambiental, justicia ambiental, cambio climático.

Abstract: This paper analyzes the Chilean environmental impact assessment system (SEIA) in light of the minimum standards from international environmental law and international human rights law, especially those established in the Escazú Agreement, regarding the rights of access to participation and environmental justice. The author considers that the SEIA does not fully comply with said standards, due to its regulation, the absence of certain instruments that favor these rights at the regulatory level and unsuitable judicial and administrative interpretations under climate change scenario.

Keywords : Environmental impact assessment system, Escazú Agreement, environmental participation, environmental justice, climate change.

¹ Abogada. Magister (c) en Derecho Constitucional y Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca. Tesista del Proyecto Fondecyt N° 1190423 titulado "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" dirigido por el Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo. Talca. Correo electrónico: maylin.moya@utalca.cl

I. Introducción.

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (en adelante Acuerdo de Escazú) constituye un hito en materia de acceso a la información ambiental, participación pública en asuntos ambientales y acceso a la justicia ambiental, generando estándares que deben ser alcanzados por los Estados firmantes o adherentes a este instrumento. Chile es uno de esos países y como tal es necesario que adecúe su normativa interna con la finalidad de cumplir con el modelo propuesto en el Acuerdo.

El Acuerdo consta de 26 artículos y tiene por finalidad, según su propio objetivo consagrado en el artículo 1, “(...) garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”.²

Teniendo a la vista la Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022) y la consagración expresa de estos derechos de acceso en materia ambiental en dicho proyecto (a pesar de que esta no fue aprobada en el plebiscito de salida ocurrido el 04 de septiembre de 2022) esta investigación como objetivo principal pretende analizar si el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno (en adelante SEIA) cumple con los estándares mínimos provenientes del Derecho Internacional del Medio Ambiente y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente, con los estándares fijados en el Acuerdo de Escazú en materia de participación pública y justicia ambiental.

Como objetivos específicos la investigación propone: a) establecer el estándar mínimo internacional respecto del derecho de acceso a la participación ambiental y justicia ambiental; b) examinar el SEIA chileno, en sus modalidades Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental (en adelante DIA y EIA), a la luz de los estándares mínimos de acceso a la participación y acceso a la justicia ambiental y examinar la Propuesta de Nueva Constitución (2022) -que no fue aprobada en el plebiscito de salida- para determinar si la regulación que establecía en esta materia era compatible con el estándar mínimo internacional; c) analizar el SEIA a la luz de los estándares internacionales mínimos en materia de participación de comunidades indígenas; y, d) examinar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, entre 2019 y 2023 generada a propósito de la evaluación de impacto

² Acuerdo de Escazú, artículo 1° (2018).

ambiental, con el fin de establecer los criterios que esta jurisprudencia fija y determinar si estos son compatibles con el estándar mínimo internacional respecto de los derechos de acceso a la participación y justicia ambiental.

La metodología a utilizar será la dogmática jurídica en conjunto con el análisis documental, esencialmente de artículos científicos, sentencias, convenios y tratados internacionales sobre la materia; y el estudio de casos, toda vez que se pretende analizar jurisprudencia reciente (desde el año 2019 en adelante) de la Corte Suprema. La tesis constará de 4 partes generales, una relativa a cada objetivo específico.

El resultado esperado es la comprobación de la siguiente hipótesis: “El SEIA y específicamente, la regulación de los EIA y DIA , aún no cumple a cabalidad con los estándares contemplados en el Acuerdo de Escazú respecto de los derechos de acceso en materia ambiental, debido esencialmente a su regulación y a las interpretaciones judiciales y administrativas incompatibles con dichos estándares, además de la ausencia de ciertos instrumentos favorecedores de estos derechos a nivel normativo. Sin perjuicio de ello, se han realizado esfuerzos normativos con la finalidad de alcanzar dicho modelo, constituyendo un claro avance su consagración expresa en la Propuesta de Nueva Constitución de 2022, a pesar de que esta no fue aprobada”.

II. Estándar mínimo internacional respecto de los derechos de acceso a la participación ambiental y justicia ambiental.

El proceso de desarrollo del Derecho Internacional Ambiental no ha estado exento de problemáticas y en ocasiones se suele considerar como “ (...) una suma de intentos infructuosos o inútiles”³ Algunos momentos esenciales son la Declaración de Estocolmo (1972), el Informe Brundtland de Naciones Unidas (1987) y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992). Esta última termina por estructurar el derecho humano al medio ambiente, manifiesta los principios del derecho internacional ambiental e insta a los estados a generar marcos regulatorios nacionales⁴.

El punto de partida respecto de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental corresponde a lo contemplado en el Principio 10 de la Declaración de Río (1992) que establece que: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso

³ Gamboa (2021), p.142, citando a Jain (1996) y Speth (2002)

⁴ Gamboa (2021), p.142

adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”⁵.

Se entiende que el Principio 10 de la Declaración de Río es el fundamento inmediato de la democracia ambiental, configurando los derechos de acceso en materia ambiental bajo la premisa de que estos solo pueden ser desarrollados en la medida que exista un estado de derecho y por consiguiente un régimen democrático⁶. COSTA define la democracia ambiental como “(...) una profundización de la democracia que permite a las comunidades y las personas expresarse desde sus saberes y preferencias en relación con el uso de sus territorios, ayudando a construir un país con menos abusos, desigualdades y conflictividad”⁷ y lo relaciona directamente con la implementación de los derechos de acceso en diversos instrumentos internacionales. Mientras que la democracia ecológica da un paso más allá y comprende una democracia: “(...) deliberativa y transnacional, con una comunidad de justicia ampliada, y con un contenido normativo que define los valores en que se inspira y sus objetivos - la promoción e institucionalización de la justicia medioambiental, social y comunicativa.”⁸

Los derechos de acceso en materia ambiental componen, además, un íntimo nexo entre los derechos humanos y medio ambiente, siendo cruciales para obtener un desarrollo sostenible. Así quedó establecido en el Documento Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) titulado “El futuro que queremos” : “43. Recalamos que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible requiere la implicación productiva y la participación activa de las autoridades legislativas y judiciales regionales, nacionales y subnacionales, y todos los grupos principales: mujeres, niños y jóvenes, pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, autoridades locales, trabajadores y sindicatos, empresas e

⁵ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992)

⁶ Gamboa (2021), p.143.

⁷ Costa (2020). Columna de opinión titulada: “Evaluando la democracia ambiental en Chile” publicada el 13 de octubre de 2020 en el sitio de internet de la ONG FIMA. Se encuentra disponible en la siguiente página web:

(<https://www.fima.cl/2020/10/13/columna-evaluando-la-democracia-ambiental-en-chile/#:~:text=La%20democracia%20ambiental%20es%20una,menos%20abusos%2C%20desigualdades%20y%20conflictividad.>)

⁸ Melo (2013), p.184.

industria, comunidad científica y tecnológica y agricultores, además de otros interesados como las comunidades locales, los grupos de voluntarios y las fundaciones, los migrantes, las familias, las personas de edad y las personas con discapacidad. A este respecto, convenimos en trabajar más estrechamente con los grupos principales y otros interesados y alentar su participación activa, según proceda, en procesos que contribuyan a la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación de políticas y programas que fomenten el desarrollo sostenible a todos los niveles.”⁹

En el mismo sentido, durante el Septuagésimo periodo de sesiones la Asamblea General de la ONU aprobó la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, documento que contiene un plan de acción con 17 objetivos y 169 metas, cuya finalidad principal es fortalecer la paz, erradicar la pobreza y proteger el planeta. El objetivo 16 establece la garantía de acceso a la justicia y promueve sociedades pacíficas e inclusivas¹⁰: “35. El desarrollo sostenible no puede hacerse realidad sin que haya paz y seguridad, y la paz y la seguridad corren peligro sin el desarrollo sostenible. La nueva Agenda reconoce la necesidad de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que proporcionen igualdad de acceso a la justicia y se basen en el respeto de los derechos humanos (incluido el derecho al desarrollo), en un estado de derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles, y en instituciones transparentes y eficaces que rindan cuentas.”¹¹

Por su parte, el experto independiente en derechos humanos y medio ambiente John H. Knox en su declaración titulada “Access Rights as Human Rights” señaló que existen 3 aspectos esenciales a considerar:

- a) La plena realización de los derechos humanos depende de la existencia de un medio ambiente sano. Los problemas medioambientales y el calentamiento global interfieren con los derechos a la vida, la salud, entre otros, siendo el Sistema Interamericano de protección de derechos quien ha notado y explicitado tal relación.
- b) Considerando lo anterior, la única forma de garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos es consagrar un derecho al medio ambiente sano. Algunos países contemplan este derecho en sus propias Constituciones, otros no. Sin perjuicio de la no consagración explícita, los países tienen la obligación de proteger el medio ambiente para salvaguardar el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la vida y a la salud.

⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río+20 (2012), p.8.

¹⁰ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Naciones Unidas (2015), p.16: “Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.”

¹¹ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Naciones Unidas (2015),p.11.

- c) Finalmente, para garantizar el derecho a un medio ambiente sano, los estados deben crear políticas e instrumentos que efectivamente propendan a su protección. De tal manera que los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental hacen que las políticas y programas sean más transparentes, informadas y conscientes de aquellos que se encuentran interesados.

En consecuencia, Knox determina una conexión entre estos tres pilares, formando un círculo virtuoso señalando lo siguiente: “Making this connection can create a kind of virtuous circle: strong compliance with these duties to provide access to information, participation, and remedies produces a healthier environment, which in turn contributes to a higher degree of compliance with substantive rights such as rights to a healthy environment, life, health, property and privacy. The converse is also true. Failure to meet procedural obligations can result in a degraded environment, which interferes with the full enjoyment of human rights.”¹²

En el mismo sentido, el Programa para el Medio Ambiente de la ONU (UNEP): “These rights are identified as key pillars of a rights based approach to environmental governance. Importantly, access to information is essential to participate in decision and policy making processes in an informed manner, while public participation is critical for the adoption of policies which consider the needs of communities and local conditions. Access to justice is also instrumental to ensure that the public can enforce rights and enhance accountability. Accordingly, procedural rights improve the ability of governments to ensure a clean and healthy environment.”¹³

Así, los derechos humanos procedimentales contribuyen al goce de los derechos humanos sustantivos y son relevantes para el desarrollo de la democracia : “Esta protección especial brindada por el derecho internacional de los derechos humanos deriva de su carácter esencial para la vida democrática y de su condición como catalizadores para la realización de otros derechos, pues resultan indispensables para lograr una buena gobernanza, la transparencia, la rendición de cuentas, y una gestión pública inclusiva y participativa.”¹⁴

A nivel convencional en materia de derechos de acceso a la participación y justicia ambiental cabe destacar el Convenio de Aarhus (1998), el primer instrumento vinculante en esta materia. GAMBOA lo considera una verdadera “consolidación del modelo del Principio 10 de la Declaración de Río, mediante la incorporación de un

¹² Knox (2013), p.2.

¹³ UNEP (2021), p.9.

¹⁴ CEPAL (2016), p.23.

lenguaje de derechos en el que estos mecanismos elevan su categoría jurídica y se sitúan en el centro del derecho ambiental”¹⁵

El Acuerdo de Escazú se origina en la Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible Río+20 (2012) a 20 años de la Declaración de Río, a raíz de una propuesta de Chile en orden a concretar el principio 10 en América Latina y el Caribe, lo que conllevó a materializar la “Declaración sobre aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe”¹⁶. En esta declaración los gobiernos de Chile, Costa Rica, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay acuerdan:

“ (...) alcanzar compromisos para la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambientales, consagrados en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Por ello, manifestamos nuestra voluntad de iniciar un proceso que explore la viabilidad de contar con un instrumento regional que puede ir desde guías, talleres, buenas prácticas hasta un Convenio Regional abierto a todos los países de la Región y con la significativa participación de toda la ciudadanía interesada. América Latina y el Caribe puede y debe dar un paso significativo en esta materia. Para ello, los Gobiernos nos comprometemos a elaborar e implementar un Plan de Acción 2012-2014, con el apoyo de CEPAL como secretaría técnica, para avanzar en la consecución de un convenio regional u otro instrumento. Como un insumo para dicho plan, nuestros gobiernos solicitan a la CEPAL que realice un estudio sobre la situación, mejores prácticas y necesidades en materia de acceso a la información, a la participación y a la justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe.”¹⁷

Por lo tanto, en Río+20 se concluyó con la voluntad de varios países de la región en orden a estudiar la factibilidad de contar con un instrumento que factibilice los derechos de acceso y comenzar a elaborar planes de acción.¹⁸

El Acuerdo de Escazú constituye un hito en nuestra región en materia de acceso a la información ambiental, participación pública en asuntos ambientales y acceso a la justicia ambiental: Es un tratado medioambiental vinculante en América Latina y El Caribe que incrementa la conexión entre la protección ambiental y los derechos humanos y posiciona los avances consagrados en el Convenio de Aarhus en un contexto latinoamericano, donde es trascendental la diversidad cultural y la

¹⁵ Soto y Costa (2019), p.239. Además, se considera: “(...) the most ambitious venture in environmental democracy undertaken under the auspices of the United Nations” and “a remarkable step forward in the development of international law” palabras del Sr. Kofi Annan (2001) citadas en De Iulii y Graziani, Rossella (2018), p.130. En este mismo sentido Medici (2018), p.6 y Ryall (2023), p.161.

¹⁶ Declaración sobre aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe (2012)

¹⁷ Declaración sobre aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe (2012)

¹⁸ Nalegach y Astroza (2020), pp.7 y 8.

desigualdad social¹⁹ Además, desarrolla y consolida el derecho a un medio ambiente sano y aclara las obligaciones de los estados en ese sentido, al tenor de una interpretación evolutiva, tal como lo establece la Opinión Consultiva O/C 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰. Sin perjuicio de ello, ROA-GARCÍA y MURCIA-RIAÑO lo consideran un instrumento regresivo en atención a lo ya contemplado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que: “ (...) condensa compromisos mínimos de los Estados, incorpora tímidos estándares, respecto de los ya alcanzados en el DIDH y posiciona barreras para la justicia ambiental en la región (...) Su trayectoria histórica y su contenido indican que se trata más bien de un instrumento inserto y afín al proyecto neoliberal, que se apropia del lenguaje de la democracia de los movimientos sociales e incorpora mecanismos de participación social vacíos de poder, lo cual genera un espejismo democrático”²¹

2.1.- Estándares internacionales respecto del derecho de acceso a la participación ambiental.

La CEPAL define la participación ambiental como un derecho, en los siguientes términos:

“[e]l derecho de toda persona a participar en forma individual o colectiva en la toma de decisiones que afecten al medio ambiente. Se refiere a la posibilidad de los ciudadanos de proporcionar insumos cuando todas las opciones y soluciones aún son posibles, y de incidir en las decisiones respecto de normas, políticas, estrategias y planes en diversos niveles, así como en proyectos, obras y actividades susceptibles de causar un impacto ambiental. Ejemplos de ello son las instancias formales de participación ciudadana establecidas en las evaluaciones de impacto ambiental o licencias ambientales, o las consultas ciudadanas que realizan los gobiernos para la implementación de una política nacional. El ejercicio pleno de este derecho requiere que el público tenga acceso previo a la información relevante para participar y que se disponga de plazos razonables para ello.”²²

En cuanto a los estándares universales de derechos humanos que se relacionan con el derecho de acceso a la participación ambiental consagrado en el Principio 10 de la Declaración de Río se encuentra lo mandado respecto del derecho a la participación pública en los artículos 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”²³ y 25 del

¹⁹ Carvajal (2019), pp.18-19.

²⁰ Morales y Barracos (2020),p.27

²¹ Roa-García y Murcia-Riaño (2021), p.50.

²² CEPAL (2018), p.14. En el mismo sentido, respecto de la participación ciudadana en los asuntos públicos Callahan (2006), p.150.

²³ Artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.²⁴

AGUILAR establece que los elementos esenciales que conforman el derecho a la participación pública son los siguientes: “a) ser asegurada desde las etapas iniciales, b) con plazos razonables, c) debe incluir la oportunidad para presentar observaciones: d) debe ser adecuada a las características del o los grupos interesados, e) debe ser suficiente y f) oportunamente informada”²⁵

Entre otros instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la participación pública se encuentran los siguientes: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Art.5), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art.7), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XX), Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 23), Carta Democrática Interamericana (Art. 6) y Convención sobre los derechos del niño (Art. 12).

Respecto del derecho de acceso a la participación ambiental y con la finalidad de analizar el estándar internacional, se presentará un listado de características que debe poseer mínimamente tal derecho, en conformidad a los instrumentos internacionales que lo estipulan. En cuanto al estándar diferenciado consagrado en los instrumentos relativos a pueblos indígenas, serán analizados en el capítulo IV de este trabajo:

2.1.1.- El proceso de participación debe ser activo, libre y significativo.

La participación conlleva un accionar ciudadano libre de coacciones, cuya finalidad será la de expresar y hacerse parte en forma relevante de los asuntos ambientales que pudiesen afectarle directamente o no. Este es un derecho y a la vez un deber de los estados, de tal manera que estos deben constantemente mejorar el bienestar de sus miembros a través de políticas construidas con ellos y para ellos. Así se establece en el artículo 2 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986): “1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo. (...) 3. Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin

²⁴ Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

²⁵ Aguilar (2022), pp.7-8.

de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.”²⁶

Pone de manifiesto la importancia de considerar los aportes de la ciudadanía en la construcción de su propio bienestar la Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible (2001) , que entre sus principios se establece el de Respeto por los aportes del público: “Principios. 7. Respeto por los aportes del público. La participación ciudadana solo será efectiva y eficiente si existe la seguridad que, en el proceso de toma de decisiones, las contribuciones derivadas de la implementación de diversos mecanismos para la participación son evaluadas, analizadas y consideradas adecuada y oportunamente”.²⁷

Finalmente el Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, sobre el derecho a la participación (2014) establece que el proceso de participación activo, libre y significativo implica que las personas no deben ser intimidadas ni coaccionadas a intervenir, sino que debe ser voluntario y a la vez determinante en las decisiones públicas: “18. La participación, activa, libre y significativa excluye los actos simbólicos de participación, el mero intercambio de información o la consulta superficial (...)”; “25. La libre participación excluye toda forma de coacción o incitación, tanto directa como indirecta. La participación debe estar exenta de manipulaciones o intimidaciones (...) La participación no se debe lograr mediante sobornos o prometiendo recompensas”; “30. Una participación significativa implica la garantía de que las opiniones de las personas reciban la debida atención e influyan en las decisiones.”²⁸

Cabe destacar, que el proceso de participación debe ser, además, un proceso seguro, donde las personas no deban sentirse presionadas a asistir o concurrir a las instancias por temor a represalias: “26. La participación se debe dar en condiciones de seguridad. La gente no se debe sentir amenazada cuando asiste a reuniones o participa en alguna otra iniciativa. Las personas deben ser capaces de manifestar libremente sus preocupaciones o de solicitar información sin temor a las represalias o la discriminación. Algunas personas, como los profesionales del sexo, los migrantes indocumentados, los supervivientes de la trata de seres humanos o los solicitantes de asilo rechazados, se enfrentan a obstáculos especiales y temen exponerse cuando participan en procesos oficiales. Del mismo modo, en muchos

²⁶ Artículo 2 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986).

²⁷ Principio 7 de la Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible (2001).

²⁸ Párrafo 18 del Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, sobre el derecho a la participación (2014)

países los trabajadores de los servicios de saneamiento tal vez no deseen ser identificados por el estigma que acarrea su trabajo. Los Estados deben adoptar medidas concretas para que las personas puedan participar sin temor a exponerse, por ejemplo, permitiendo la participación anónima.”²⁹

2.1.2.- El proceso de participación debe considerar plazos razonables.

La participación no debe constreñirse a términos muy ajustados, que impidan que las personas puedan intervenir en los procesos, de forma tal que ciertos sectores sean marginados por el solo hecho de no concurrir en los plazos establecidos. De esta forma lo señala el Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, sobre el derecho a la participación (2014): “24. (...) Hay que consagrar al proceso de participación el tiempo suficiente. Si los plazos para recibir los comentarios del público son demasiado ajustados, pueden quedar excluidas ciertas partes interesadas”.³⁰

Es importante subrayar que los dos convenios vinculantes referidos a los derechos de acceso en materia ambiental consagran expresamente esta cualidad de los procesos de participación. Por una parte, el Convenio de Aarhus (1998) establece en su artículo 6.3 que el proceso de participación debe considerar plazos razonables, tanto para informar al público, como para que este participe efectivamente en los procesos de tomas de decisiones: “Artículo 6.3. Para las diferentes fases del procedimiento de participación del público se establecerán plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público de conformidad con el apartado 2 supra y para que el público se prepare y participe efectivamente en los trabajos a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones en materia medioambiental”.³¹ Por su parte el Acuerdo de Escazú (2018) explicita en su artículo 7.5 una norma en sentido similar: “Artículo 7.5. El procedimiento de participación pública contemplará plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público y para que este participe en forma efectiva”.³²

CEPAL señala que las condiciones necesarias para considerar que un plazo es razonable son las siguientes: “Los plazos razonables deberán reunir las siguientes condiciones: i) permitir que el público tenga a su disposición toda la información necesaria, pero también que examine y comprenda la información y se forme una opinión al respecto; ii) conceder al público el tiempo suficiente para expresar sus

²⁹ Párrafo 26 del Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, sobre el derecho a la participación (2014)

³⁰ Párrafo 24 del Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, sobre el derecho a la participación (2014)

³¹ Artículo 6.3 del Convenio de Aarhus (1998).

³² Artículo 7.5 del Acuerdo de Escazú (2018).

opiniones y prepararse para los procedimientos, reuniones, consultas o audiencias previstas, teniendo en cuenta las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género, y iii) permitir que el responsable de tomar la decisión tenga debidamente en cuenta los comentarios y las observaciones. Todo ello contribuye a la efectividad general del proceso de participación pública, legitima la decisión y genera adhesión e identificación.”³³

2.1.3.- El proceso de participación debe ser informado.

Tanto en el Convenio de Aarhus (1998) como en el Acuerdo de Escazú (2018) se contempla una serie de requisitos para que el proceso de participación se considere informado a la población. De tal forma, en el Convenio de Aarhus (1998) se propende a que el proceso de participación se informe en forma eficaz y oportuna a través de un medio de comunicación público o en forma individual, respecto de ciertas aspectos mínimos del proyecto, la autoridad, la decisión, los plazos para presentar observaciones y preguntas, entre otras:

“Artículo 6.2. Cuando se inicie un proceso de toma de decisiones respecto del medio ambiente, se informará al público interesado como convenga, de manera eficaz y en el momento oportuno, por medio de comunicación pública o individualmente, según los casos, al comienzo del proceso. Las informaciones se referirán en particular a: a) La actividad propuesta, incluida la solicitud correspondiente respecto de la que se adoptará una decisión; b) La naturaleza de las decisiones o del proyecto de decisión que podrían adoptarse; c) La autoridad pública encargada de tomar la decisión; d) El procedimiento previsto, en particular, los casos en que estas informaciones puedan facilitarse: i) La fecha en que comenzará el procedimiento; ii) Las posibilidades que se ofrecen al público de participar en el mismo; iii) La fecha y el lugar de toda audiencia pública prevista; iv) La autoridad pública a la que cabe dirigirse para obtener informaciones pertinentes ante la que se hayan depositado esas informaciones para que el público pueda examinarlas; v) La autoridad pública o cualquier otro organismo público o competente al que puedan dirigirse observaciones o preguntas y el plazo previsto para la comunicación de observaciones o preguntas; vi) La indicación de las informaciones sobre el medio ambiente relativas a la actividad propuesta que están disponibles; y e) El hecho de que la actividad sea objeto de un procedimiento de evaluación del impacto nacional o transfronterizo sobre el medio ambiente.”³⁴

En el Acuerdo de Escazú (2018) se especifica que el público debe ser informado por medios apropiados de los procesos de participación, que pueden ser tanto medios escritos, electrónicos, orales o tradicionales, en forma efectiva, comprensiva y oportuna respecto de “(...) a) el tipo o naturaleza de la decisión ambiental de que se trate y, cuando corresponda, en lenguaje no técnico; b) la autoridad responsable del proceso de toma de decisiones y otras autoridades e instituciones involucradas;

³³ CEPAL (2022), pp.113-114.

³⁴ Artículo 6.2 del Convenio de Aarhus (1998).

c) el procedimiento previsto para la participación del público, incluida la fecha de comienzo y de finalización de este, los mecanismos previstos para dicha participación, y, cuando corresponda, los lugares y fechas de consulta o audiencia pública; y d) las autoridades públicas involucradas a las que se les pueda requerir mayor información sobre la decisión ambiental de que se trate, y los procedimientos para solicitar la información”.³⁵ Se señala, además, que en el caso de decisiones tomadas en evaluaciones de impacto ambiental u otras decisiones ambientales, se debe informar al público de los procesos de participación a través de medios apropiados, incluyendo aquellos procedimientos que permitan a las personas ejercer acciones judiciales y administrativas: “Artículo 7.9. La difusión de las decisiones que resultan de las evaluaciones de impacto ambiental y de otros procesos de toma de decisiones ambientales que involucran la participación pública deberá realizarse a través de medios apropiados, que podrán incluir los medios escritos, electrónicos u orales, así como los métodos tradicionales, de forma efectiva y rápida. La información difundida deberá incluir el procedimiento previsto que permita al público ejercer las acciones administrativas y judiciales pertinentes.”³⁶

CEPAL señala que la información suministrada debe ser efectiva, comprensible y oportuna. Que sea efectiva significa que cumple con las finalidades que se propone, permitiendo que cualquier persona pueda conocer del procedimiento de participación y participar. Que sea comprensible implica que esta sea clara y entendible para todo público. También debe ser oportuna, es decir, entregarse con la anticipación suficiente.³⁷

2.1.4.- El proceso de participación debe ser abierto, inclusivo con los grupos vulnerables y respetar prácticas culturales y la diversidad.

Los procesos de participación deben contemplar la intervención de todos aquellos que se encuentren interesados en los temas ambientales, así como también quienes se vean directa o indirectamente afectados por un proyecto o decisión de la autoridad en materia ambiental. Así es como lo establece el Principio 2 de la Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible (2001): “Principios. 2. Inclusión. La plena participación de todos los interesados y/o afectados por temas de desarrollo sostenible es esencial para lograr soluciones durables. Se debe realizar esfuerzos especiales para incluir la participación del sector privado, y para crear igualdad de oportunidades para las mujeres, y los grupos vulnerables tales como las

³⁵ Artículo 7.6 del Acuerdo de Escazú (2018).

³⁶ Artículo 7.9 del Acuerdo de Escazú (2018).

³⁷ CEPAL (2022), pp. 114-115.

poblaciones indígenas, los jóvenes, minorías en desventaja racial o étnica (incluyendo las poblaciones en desventaja de ascendencia africana) y otros grupos tradicionalmente marginados (...)"³⁸

En el mismo sentido lo contempla el artículo 7.1 del Acuerdo de Escazú (2018) que establece que los procesos de participación deben ser abiertos e inclusivos, comprometiéndose a la autoridad a velar por eliminar las barreras de participación, sobre todo respecto de personas o grupos en situación de vulnerabilidad: "Artículo 7.1. Cada parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional (...); 14. Las autoridades públicas realizarán esfuerzos para identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación. Para estos efectos, se considerarán los medios y formatos adecuados, a fin de eliminar las barreras a la participación"³⁹

Finalmente en el Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza, sobre el derecho a participar de las personas que viven en la pobreza (2013) se explicita que en los procesos de participación es inherente el respeto por los valores, normas y prácticas culturales de los grupos implicados, así como también el respeto por la diversidad: "54. En términos de aceptabilidad, los procesos y los canales de participación e información y los mecanismos de rendición de cuentas deben respetar en su diseño y ejecución los valores, las normas y las prácticas culturales de todos los grupos que los soliciten y los utilicen. Deben respetar igualmente la diversidad, por lo que tendrán que usar la terminología y las referencias aceptadas por la comunidad, y también debe ser culturalmente apropiado para la comunidad el espacio dedicado a los procesos participativos." ⁴⁰

2.1.5.- El proceso de participación debe comenzar desde etapas iniciales y extenderse durante todas las fases de evaluación de un proyecto.

Se insta para que los procesos de participación comiencen desde etapas preliminares de adopción de decisiones en asuntos ambientales, cuando todas las opciones sean posibles y el público pueda influir sustancialmente. De esta manera lo consagra el Convenio de Aarhus (1998) en su artículo 6.4: " Cada Parte adoptará

³⁸ Principio 2 de la Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible (2001).

³⁹ Numeral 14 del artículo 7.1 del Acuerdo de Escazú (2018).

⁴⁰ Párrafo 54 del Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza, sobre el derecho a participar de las personas que viven en la pobreza (2013).

medidas para que la participación del público comience al inicio del procedimiento, es decir, cuando todas las opciones y soluciones son aún posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real.”⁴¹. De la misma forma se explicita en las Directrices de Bali (2010): “II. Participación Pública. Directriz 8: Los Estados deberían garantizar que existen oportunidades para una participación del público efectiva y desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente. Para ello, se debería informar a los miembros del público interesado las oportunidades que tienen de participar en una etapa inicial del proceso de adopción de decisiones.”⁴² Y en el Acuerdo de Escazú (2018): “Artículo 7.4. Cada Parte adoptará medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones (...)”.⁴³

En el Acuerdo de Escazú (2018) no existe una definición de etapas iniciales, pero se entiende que los procesos de participación deben realizarse cuando se encuentran abiertas todas las opciones y aun no exista decisión de la autoridad: “En el Acuerdo no se define el término “etapas iniciales”, pero la propia naturaleza del proceso de participación pública exige que esta ocurra cuando todas las opciones están abiertas, cuando no se ha tomado ninguna decisión, y cuando los comentarios, las mejoras y las alternativas del público pueden considerarse de forma rigurosa, auténtica y exhaustiva. Por lo tanto, la participación debe comenzar al principio del proceso, cuando la decisión está en su fase de formación, y con la suficiente antelación como para que incida de forma efectiva en la decisión que se está considerando. Cuanto antes pueda participar el público, más efectiva puede ser su participación, lo que da legitimidad y permite que las personas se identifiquen y que se tengan en cuenta las opiniones discrepantes.”⁴⁴

Sin perjuicio de que la participación debe ser considerada desde etapas iniciales de los procesos de toma de decisión, es cierto que se propende a su extensión durante todas las fases de diseño, ejecución y evaluación de proyectos y programas. Así lo contempla la Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible (2001): “Principio 4. Apertura a través de todo el proceso. La participación extensa y continua durante todo el proceso de diseño, ejecución y evaluación de proyectos, políticas o programas, inspira nuevas ideas y conocimientos, legitima las decisiones y enriquece los resultados. Un proceso de toma de decisiones que sea abierto a incluir aportes en todas sus fases puede beneficiarse de ajustes cuando sea necesario responder a

⁴¹ Artículo 6.4 del Convenio de Aarhus (1998).

⁴² Directriz 8 del apartado II. Participación Pública de las Directrices de Bali (2010).

⁴³ Artículo 7.4 del Acuerdo de Escazú (2018).

⁴⁴ CEPAL (2022), p.112.

nueva información o circunstancias.”⁴⁵ En el mismo sentido lo explicita CEPAL en la Guía de Implementación del Acuerdo de Escazú: “A menudo puede ser conveniente que en el marco jurídico nacional se contemple la participación del público en más de una etapa de un proceso concreto de toma de decisiones. En los procesos complejos puede ser necesario ofrecer al público oportunidades de participar en cada etapa que corresponda por separado.”⁴⁶

2.1.6.- El proceso de participación debe contemplar la posibilidad de presentar observaciones y que estas sean efectivamente consideradas.

Los procesos de participación deben considerar instancias de presentación de observaciones ante la autoridad encargada de adoptar una decisión en materia ambiental y que estas observaciones sean debidamente consideradas. Así lo contempla el Convenio de Aarhus (1998) en sus artículos 6.7 y 6.8: “6.7. El procedimiento de participación del público prevé la posibilidad de que el público someta por escrito o, si conviene, en una audiencia o una investigación pública en la que intervenga el autor de la solicitud, todas las observaciones, informaciones, análisis u opiniones que considere pertinentes respecto de la actividad propuesta. ; 6.8. Cada Parte velará por que, en el momento de adoptar la decisión, los resultados del procedimiento de participación del público sean tenidos debidamente en cuenta.”⁴⁷ De la misma forma se consagra en las Directrices de Bali (2010): “II. Participación Pública. Directriz 11: Los Estados deberían garantizar que se tienen debidamente en cuenta las observaciones formuladas por el público en el proceso de adopción de decisiones y que esas decisiones se dan a conocer.”⁴⁸

Finalmente, en el Acuerdo de Escazú (2018) se explicita el compromiso de los estados en orden a incluir en los procesos de participación la oportunidad de presentar observaciones y que el resultado de estas sean tomadas debidamente en cuenta: “Artículo 7.7. El derecho del público a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales incluirá la oportunidad de presentar observaciones por medios apropiados y disponibles, conforme a las circunstancias del proceso. Antes de la adopción de la decisión, la autoridad pública que corresponda tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación; Artículo 7.4. Cada Parte adoptará medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las

⁴⁵ Principio 4 de la Estrategia interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible (2001).

⁴⁶ CEPAL (2022), p.112.

⁴⁷ Artículos 6.7 y 6.8 del Convenio de Aarhus (1998).

⁴⁸ Directriz 11 del apartado II. Participación Pública de las Directrices de Bali (2010).

observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en esos procesos”.⁴⁹

Que las observaciones sean debidamente consideradas implica que la autoridad realice un exhaustivo examen de ellas y estar dispuesta a ser convencida por las argumentaciones de los participantes, lo que no implica un poder de veto:

“La obligación de considerar debidamente las observaciones del público antes de adoptar una decisión es una premisa básica para que la participación sea auténtica y significativa. La necesidad de “tomar debidamente en cuenta” las observaciones del público no otorga a este poder de veto ni hace que la responsabilidad de tomar la decisión se transfiera de la autoridad pública a este. Además, en el Acuerdo no se establece que el resultado del proceso de participación del público sea vinculante para la autoridad pública, por lo que esta conserva todas sus competencias, poderes y facultades, de acuerdo con la legislación aplicable, para tomar la decisión final que considere oportuna.

Sin embargo, en el tratado sí se exige que las autoridades examinen, evalúen y consideren de forma adecuada y rigurosa las objeciones y observaciones del público. La autoridad debe estar dispuesta a dejar que los argumentos del público lleguen a persuadirla, y debe ser capaz de modificar su posición u opinión en consecuencia. En algunos casos, como resultado del procedimiento de participación pública, la autoridad respectiva puede tomar la decisión de modificar una propuesta, determinar medidas adicionales u opciones alternativas, o incluso decidir no autorizar o ejecutar la propuesta (lo que generalmente se conoce como “opción cero” o sin proyecto).”⁵⁰

2.2.- Estándares mínimos internacionales respecto del derecho de acceso a la justicia ambiental.

Acceder a la justicia ambiental implica que individuos y comunidades puedan alcanzar una reparación, remedio o salida frente a un conflicto ambiental⁵¹. Este derecho se encuentra ligado a los otros derechos de acceso, ya que tanto el acceso a la información y la participación ambiental hacen operativo y posibilitan, en última instancia, la justicia ambiental: “La participación, junto con el acceso a la información, son derechos de enorme valor que impulsan la construcción de sociedades más justas, equitativas, corresponsables y conscientes de la imperiosa necesidad de que los países se desarrollen con esquemas más sustentables. La información y la participación son dos de los pilares que forman la base de una sociedad cada vez más informada, participativa y sensible ante las cuestiones ambientales, por lo que el Estado debe garantizarlos.”⁵²

⁴⁹ Artículos 7.4 y 7.7 del Acuerdo de Escazú (2018).

⁵⁰ CEPAL (2022), p.116.

⁵¹ Carrillo (2019), p. 121.

⁵² Carrillo (2019), p. 125.

Hervé detalla en su libro “Justicia Ambiental y Recursos Naturales” una serie de reglas para lograr el acceso a la justicia ambiental, entre ellas se encuentran: “a) El derecho a la revisión judicial de los actos de la administración, en tanto control de legalidad de dichas decisiones, b) El litigio de interés público, que en el derecho comparado se materializa a través de las acciones de clase, que han flexibilizado el criterio de legitimación activa (...), c) El derecho a la asistencia legal y financiera, en que el Estado otorga asesoría legal gratuita para aquellos que no cuentan con los recursos suficientes para contratar un abogado, d) El Ombudsman o defensor del pueblo y e) La existencia de tribunales especializados”⁵³ Nuestro sistema solo contempla algunas de estas reglas, pero otras no, tales como las acciones de clase, la existencia de un defensor del pueblo o un sistema especial de asistencia legal y financiera.⁵⁴

En el artículo 8 del Acuerdo de Escazú (2018) se garantiza el derecho de acceder a la justicia en asuntos ambientales, de acuerdo a las garantías del debido proceso. Los estados, en consecuencia, deben establecer instancias a nivel administrativo o judicial y los procedimientos respectivos, para que cualquier persona pueda accionar e impugnar actos irregulares en materia ambiental: “El Acuerdo de Escazú obliga a los Estados contratantes a que los procedimientos establecidos para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de acceso se puedan instaurar en contra de cualquier decisión de los agentes estatales, incluyendo la acción u omisión relacionada con el ejercicio de estos derechos. El tratado exige que dichos procedimientos sean efectivos, oportunos, públicos, imparciales y transparentes”⁵⁵

Respecto de las comunidades indígenas, en el numeral 5 del artículo 8 del Acuerdo se establece que respecto de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad los estados deben atender a sus necesidades, mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita.⁵⁶ Como se dijo en el acápite anterior, las comunidades indígenas se encuentran directamente vinculadas con su entorno y la naturaleza. En consecuencia, se hace necesario que su cosmovisión y tradiciones sean respetadas y valoradas, en un sistema jurídico predominantemente individualista: “Cada cosmovisión se ve reflejada en una manera de entender la naturaleza y concebir la ética humana, los derechos y las responsabilidades totalmente distintas, pero que deben compaginarse. Por eso, al abordar temas relacionados con los derechos sobre el territorio y los recursos naturales, es necesario construir puentes entre los dos sistemas jurídicos

⁵³ Torres e Ibarra (2017), pp.92-93 citando a Hervé (2015), p.325.

⁵⁴ Torres e Ibarra (2017), p.93.

⁵⁵ Hernández (2020), p.122.

⁵⁶ Artículo 8.15 del Acuerdo de Escazú (2018)

coexistentes: derecho positivo y derecho consuetudinario interno de comunidades”.

57

En cuanto al derecho de acceso a la justicia ambiental y con la finalidad de analizar el estándar internacional, se presentará un listado de cualidades o características que debe poseer mínimamente tal derecho, en conformidad a los instrumentos internacionales que lo estipulan.

2.2.1.- El acceso a la justicia ambiental contempla el derecho a un recurso efectivo.

En el Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos se establece como una garantía del debido proceso el derecho a un recurso efectivo que ampare a las personas frente a violaciones a sus derechos fundamentales. De tal forma se consagra en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): “Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.⁵⁸ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): “Artículo 2. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”⁵⁹

De la misma manera lo estipula la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), en relación a actos de discriminación racial que vulneren los derechos humanos: “Artículo 6. Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o

⁵⁷ Carrillo (2019), p. 119.

⁵⁸ Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

⁵⁹ Artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.”⁶⁰

En cuanto al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) contempla en su artículo 25 el derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo ante la autoridad que ampare a las personas contra actos que vulneren sus derechos fundamentales: “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”⁶¹

El acceso a un recurso efectivo se ha trasladado a la esfera ambiental, en razón de vulneraciones al derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Así lo explicita el Informe del experto independiente John H. Knox sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (2013): “Los instrumentos internacionales relativos al medio ambiente apoyan la obligación de garantizar recursos efectivos. El principio 10 de la Declaración de Río establece lo siguiente: “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. Muchos tratados relativos al medio ambiente obligan a los Estados a garantizar recursos en esferas concretas. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar obliga a los Estados a asegurarse de que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas (art. 235). Algunos acuerdos prevén regímenes de responsabilidad detallados; como ejemplo cabe destacar el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos.”⁶² De la misma manera se expresa en el Informe del experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (2015), respecto de la obligación de los estados de permitir el acceso a recursos efectivos en la medida que exista un daño ambiental : “55. Los acuerdos de derechos humanos han establecido el principio de que los Estados deben prever

⁶⁰ Artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965).

⁶¹ Artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1966).

⁶² Párrafo 55 del Informe del experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (2015).

“recursos efectivos” en caso de violación de los derechos que en ellos se protegen y los órganos de derechos humanos han aplicado este principio a los derechos humanos vulnerados por daños ambientales (A/HRC/25/53, párr. 41). 56. Los Estados han adoptado una amplia variedad de buenas prácticas para permitir el acceso a recursos efectivos en caso de daños ambientales, desde tribunales ambientales especiales hasta normas de procedimiento que facilitan el acceso a los tribunales de los denunciantes de cuestiones ambientales, incluidas las funciones cada vez más importantes que asumen las instituciones nacionales de derechos humanos, defensores del pueblo y tribunales regionales.”⁶³

Respecto de las obligaciones climáticas, el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, sobre cambio climático y derechos humanos (2016) consagra el principio de acceso a un recurso efectivo en el marco de vulneraciones y daños ambientales en un contexto de cambio climático: “62. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos en adelante, los acuerdos de derechos humanos han reflejado el principio de que los Estados deben prever un recurso efectivo en caso de vulneración de los derechos que amparan. Los órganos de derechos humanos han aplicado este principio a los derechos humanos vulnerados por daños ambientales y no hay motivo para dudar de que el requisito de proporcionar una reparación efectiva en caso de vulneración de derechos humanos se aplique a la que guarde relación con el cambio climático; 63. Todos los Estados deben cerciorarse de que su sistema jurídico prevea recursos efectivos para todas las violaciones de los derechos humanos, entre ellas las que se derivan de las medidas relacionadas con el clima. Por ejemplo, los Estados deben proporcionar recursos que podrían incluir una indemnización monetaria y desagravio por mandato judicial para las violaciones del derecho a la libertad de expresión en relación con proyectos relacionados con el clima. En el plano internacional, los Estados deben trabajar de consuno para apoyar la creación y aplicación de procedimientos que proporcionen esos recursos, en particular en lo que respecta a las medidas costeadas con mecanismos de financiación internacional.”⁶⁴

El Convenio de Aarhus (1998) en su artículo 9.4 establece que en los procedimientos de reclamación por falta o denegación de información o respecto de cualquier decisión tomada por la autoridad, se deben contemplar recursos

⁶³ Párrafos 55 y 56 del Informe del experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (2015).

⁶⁴ Párrafos 62 y 63 del Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, sobre cambio climático y derechos humanos (2016)

suficientes, efectivo, objetivos, equitativos, rápidos y que su costo no sea prohibitivo: “ Además, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, los procedimientos a que hacen referencia los párrafos 1, 2 y 3 supra deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. Las decisiones adoptadas en virtud del presente artículo se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público.”⁶⁵ En el mismo sentido las Directrices de Bali (2010): “III. Acceso a la justicia. Directriz 15. Los Estados deberían garantizar que toda persona física o jurídica que estime que la solicitud de informaciones que ha presentado ha sido rechazada de forma irrazonable, total o parcialmente, no ha sido respondida de forma adecuada o ha sido ignorada, o que no ha sido tratada conforme a las disposiciones de la ley aplicable, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial para poder impugnar esa decisión , acción u omisión de la autoridad pública en cuestión.” ⁶⁶

Finalmente, el Acuerdo de Escazú (2018) en su artículo 8.1 consagra una forma más genérica al garantizar el derecho de acceso a la justicia ambiental de acuerdo con las garantías del debido proceso: “Artículo 8.1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso”.⁶⁷

2.2.2.- El acceso a la justicia ambiental contempla el derecho a una reparación justa y adecuada por todo daño.

Como una parte del derecho de acceso a la justicia ambiental se encuentra la obligación de los estados de contemplar formas de reparación de daños. De tal manera lo contempla el artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú (2018): “8.3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.”⁶⁸ Respecto de los daños ambientales ocasionados a comunidades indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) en su artículo 28 contempla un mecanismo especial de reparación que es la restitución de tierras: “Artículo 28. 1. Los pueblos indígenas

⁶⁵ Artículo 9.4 del Convenio de Aarhus

⁶⁶ Directriz 15 del apartado III. Acceso a la justicia de las Directrices de Bali (2010).

⁶⁷ Artículo 8.1 del Acuerdo de Escazú (2018).

⁶⁸ Artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú (2018).

tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.⁶⁹ En su artículo 32.3 se consagra la obligación de los estados de proveer mecanismos de reparación justos y equitativos en el caso de producirse daños ambientales: “Artículo 32. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.”⁷⁰

2.2.3.- El acceso a la justicia ambiental contempla el derecho a asistencia jurídica.

Los estados se encuentran obligados a facilitar asistencia jurídica a las víctimas de violaciones de derechos humanos, tal como lo señalan los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005): “12. (...) Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben: c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;”⁷¹

La asistencia jurídica debe prestarse frente a todo tipo de vulneraciones a los derechos fundamentales y no se restringe a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales. Constituye un servicio que debe otorgar el Estado en todo tipo de procedimiento judicial o extrajudicial destinado a determinar derechos u obligaciones. Así lo estipula el Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, sobre asistencia jurídica gratuita (2013):

⁶⁹ Artículos 28.1 y 28.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

⁷⁰ Artículo 32.3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

⁷¹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005). Principio 12, letra c).

“27. La Relatora Especial considera que la finalidad de la asistencia jurídica es contribuir a la eliminación de obstáculos y barreras que entorpezcan o restrinjan el acceso a la justicia mediante la prestación de asistencia a las personas que de otro modo no podrían costearse un abogado ni acceder al sistema judicial. Por consiguiente, la definición del concepto de asistencia jurídica debería ser lo más amplia posible. No solo debería incluir el derecho a la asistencia jurídica gratuita en un proceso penal, según se establece en el artículo 14, párrafo 3 d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino también la prestación de asistencia jurídica efectiva en cualquier procedimiento judicial o extrajudicial destinado a determinar derechos u obligaciones. 28. La Relatora Especial opina que el derecho a la asistencia jurídica puede interpretarse a la vez como un derecho y como una garantía procesal imprescindible para el ejercicio efectivo de otros derechos humanos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a la igualdad ante los tribunales, el derecho a un abogado y el derecho a un juicio imparcial. Habida cuenta de su importancia y del alcance que podría tener, el derecho a la asistencia jurídica debería reconocerse, garantizarse y promoverse tanto en las causas penales como en las de otro tipo. 43. Con arreglo al derecho internacional de derechos humanos, corresponde al Estado la responsabilidad principal de adoptar todas las medidas legislativas, judiciales, administrativas, presupuestarias, educativas y de otra índole necesarias para hacer plenamente efectivo el derecho a la asistencia jurídica para toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción que no disponga de medios suficientes para costearse la asistencia jurídica o para sufragar las costas procesales. La Relatora Especial desea insistir en que el acceso a la asistencia jurídica debe otorgarse a todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios y otras personas que puedan encontrarse en el territorio o sujetas a la jurisdicción del Estado parte.”

72

Por último el Convenio de Aarhus (1998) y el Acuerdo de Escazú (2018) contemplan el establecimiento de mecanismos de asistencia técnica y jurídica gratuita para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia ambiental. El artículo 9.5 del Convenio de Aarhus (1998) establece que: “Para que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte velará porque se informe al público de la posibilidad que se le concede de iniciar procedimientos de recurso administrativo o judicial, y contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia.”⁷³ De igual manera, el Artículo 8.5 del Acuerdo de Escazú (2018) determina que: “Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.”⁷⁴

⁷² Párrafo 27 del Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, sobre asistencia jurídica gratuita (2013).

⁷³ Artículo 9.5 del Convenio de Aarhus (1998).

⁷⁴ Artículo 8.5 del Acuerdo de Escazú (2018).

2.2.4.- El acceso a la justicia ambiental implica otorgar al público una legitimación activa amplia.

La forma en que se derriba una barrera de entrada al ejercicio de acciones ambientales es otorgar al público una legitimación activa amplia para impugnar, tanto el fondo como en la forma, cualquier decisión de la autoridad ambiental. Así lo explicita el Convenio de Aarhus que, a pesar de que en su redacción parece señalar requisitos de legitimidad, lo cierto es que su sentido es otorgar a las personas un amplio acceso a la justicia en el marco del acuerdo:

Artículo 9.2. Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque los miembros del público interesados: a) Que tengan un interés suficiente para actuar o, en caso contrario, b) Que invoquen un atentado contra un derecho, cuando el Código de procedimiento administrativo de una Parte imponga tal condición, puedan presentar un recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que caiga dentro del ámbito de las disposiciones del artículo 6 y, si el derecho interno lo prevé sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 infra, de otras disposiciones pertinentes de la presente Convención.

Lo que constituya interés suficiente y menoscabo a un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo consistente en conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco de la presente Convención.(...).⁷⁵

Tanto en las Directrices de Bali (2010) como en el Acuerdo de Escazú (2018) se utilizan formas genéricas y extensas, sin señalar requisitos, en sentido con el objetivo principal de ampliar el acceso a la justicia ambiental: “III. Acceso a la justicia. Directriz 18. Los Estados deberían dar una interpretación amplia del derecho a iniciar una demanda en relación con asuntos ambientales con miras a lograr el acceso efectivo a la justicia.”⁷⁶ En el artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú (2018) se establece que: “Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional.”⁷⁷

Considerando las particularidades de los litigios ambientales, que en muchas ocasiones implican intereses de carácter difuso o colectivo, si los estados realizan interpretaciones restrictivas respecto de la legitimación, esto puede significar un obstáculo para el acceso a la justicia ambiental.⁷⁸

⁷⁵ Artículo 9.2 del Convenio de Aarhus (1998).

⁷⁶ Directriz 18 del apartado III. Acceso a la justicia, de las Directrices de Bali (2010).

⁷⁷ Artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú (2018).

⁷⁸ CEPAL (2022), p.134.

El Acuerdo de Escazú no explicita una definición o descripción de la legitimación activa amplia, dejando que cada Estado Parte la defina en su ordenamiento jurídico interno, pero se insta a que esta sea lo más amplia posible, sin verse en la necesidad de que las personas deban reunir requisitos: “En el Acuerdo de Escazú no se brinda ninguna descripción concreta de la legitimación activa amplia, y se deja que cada Parte la defina en su legislación interna. En consecuencia, nada impide que las Partes proporcionen la legitimación más amplia posible (es decir, cualquier persona en general, sin que deba reunir ningún requisito específico). Esta legitimación también puede ser menos amplia, y se pueden establecer algunas condiciones o requisitos, como que las acciones se ejerzan por intermedio de órganos concretos, o en condiciones o formatos específicos.”⁷⁹

2.2.5.- El acceso a la justicia ambiental implica estándares de prueba más beneficiosos para el/los afectados en la producción de la prueba del daño ambiental.

Considerando las dificultades probatorias en las acciones de responsabilidad por daño ambiental, el Acuerdo de Escazú consagra una norma comprometiendo a los Estados a contemplar medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, como inversiones de la carga de la prueba o derechamente consagrar la carga dinámica de la prueba : “Artículo 8.3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;”⁸⁰

Estas facilidades en la producción de la prueba del daño ambiental se establecen en la medida que el daño ambiental es comúnmente de carácter irreversible, acumulativo y difuso, pudiendo generar menoscabos permanentes a las comunidades. De tal manera que no es posible utilizar respecto de la dinámica medioambiental, los clásicos conceptos de daño y responsabilidad que se encuentran en el derecho civil: “El daño ambiental suele ser irreversible, difuso tanto en su determinación como en su manifestación, acumulativo y consecutivo. También puede tener consecuencias permanentes que afecten a una comunidad en su conjunto y que pueden ser indeterminadas e indeterminables. Por consiguiente, es posible que no sea suficiente aplicar de forma estricta a los asuntos ambientales el enfoque tradicional del derecho civil o de la responsabilidad civil. Hay que tener en

⁷⁹ CEPAL (2022), p.134.

⁸⁰ Artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú (2018).

cuenta el interés público superior del medio ambiente y la lógica preventiva subyacente del derecho y la política ambientales.”⁸¹

3.- El SEIA chileno a la luz de los estándares internacionales mínimos de los derechos de acceso a la participación ambiental y justicia ambiental.

En mayo del año 2022 y luego de que nuestro país no firmara el Acuerdo de Escazú dentro del plazo de suscripción, Chile adhiere al instrumento y con ello se compromete a crear y modificar la normativa e institucionalidad vigente para efectos de lograr los estándares que en él se contienen.⁸² A pesar del poco tiempo que ha transcurrido desde la adhesión, en nuestro ordenamiento jurídico ya se contemplan diversos instrumentos que, con variada intensidad, permiten el ejercicio de estos derechos de acceso en materia ambiental. Entre ellos, se encuentran los siguientes: Los sistemas de información ambiental contemplados en la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la consagración expresa del derecho de acceso a la información ambiental; la participación ciudadana en el SEIA, el procedimiento para la emisión de normas de calidad ambiental y de emisión, el procedimiento para establecer planes de prevención y descontaminación y el consejo consultivo; la instauración de los Tribunales Ambientales, el recurso de protección ambiental, la acción de responsabilidad por el daño ambiental, entre otras⁸³. Sin perjuicio de ello y de los diversos avances legislativos relativos a los derechos de acceso en materia ambiental, se han presentado graves retrocesos que hacen peligrar todo el sistema ya construido.

En atención a los problemas que a continuación se puntualizan y respecto del SEIA, es dable aseverar que el sistema tiene por finalidad promover la calificación positiva de los proyectos que se le presentan y no velar por la protección del medio ambiente: “No obstante, en Chile se ha podido observar que, tras la aprobación de ciertos proyectos de inversión, se han generado conflictos importantes con las distintas comunidades afectadas. Según Hernández y Sazo (2015), del total de proyectos con conflictos socioambientales, entre 2000 y 2013, el 74% fue aprobado por la autoridad competente, mientras que apenas un 12% fue rechazado, revocado o suspendido. Estos datos sugieren que existe disconformidad social con la

⁸¹ CEPAL (2022), p.135.

⁸² Boletín N° 14852-10 que contiene el siguiente proyecto: “Aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, y su Anexo 1, adoptado en Escazú, República de Costa Rica, el 4 de marzo de 2018” Disponible en la página web del senado : [\[https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14852-10 \]](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14852-10)

⁸³ Bermúdez (2014), pp. 330-346.

aprobación de determinados proyectos de inversión que afectan el medio ambiente.”⁸⁴

3.1.- El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno (SEIA)

La Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994) consagra el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como uno de sus instrumentos de gestión. Todos aquellos proyectos o actividades que se encuentren descritos en el artículo 10 de la misma Ley, deben ser sometidos a evaluación por sus titulares, previo a su realización, a través de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental.⁸⁵

Si el proyecto además de estar considerado en el artículo 10 de la Ley N°19.300 genera alguno de los efectos, características o circunstancias contempladas en el artículo 11 de la misma Ley, entonces debe requerir su ingreso a evaluación a través de un estudio de impacto ambiental.⁸⁶ En el caso contrario, es decir, si no genera tales efectos, el titular del proyecto debe presentar a evaluación una DIA.

En el año 2010 se crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente a través de la Ley N°20.417. Con ella se incorporó, además, el concepto de cambio climático, la Evaluación Ambiental Estratégica y se fortaleció la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación.⁸⁷ Luego, en el año 2012 mediante la Ley N°20.600 se crean los 3 Tribunales Ambientales que se encuentran totalmente operativos a la fecha: El Primer Tribunal Ambiental con asiento en la comuna de Antofagasta, el Segundo Tribunal Ambiental con asiento en la comuna de Santiago y el Tercer Tribunal Ambiental con asiento en la comuna de Valdivia.⁸⁸

En el año 2013 se publica el Decreto 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que contiene la regulación de los diferentes

⁸⁴ Lara (2017), p.285.

⁸⁵ Leppe (2015), p.370.

⁸⁶ a) Riesgo para la salud de la población (...); b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables (...); c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica (...); e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y; f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

⁸⁷ Rodríguez Luna, Dante y otros (2021), p.3.

⁸⁸ Artículo 5° de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales (2012).

procedimientos de evaluación ambiental y un mayor detalle en la regulación del procedimiento general y la tipología de los proyectos.

3.2.- El acceso a la participación ambiental en el SEIA. Problemáticas.

En nuestro país el derecho de participación ambiental se encuentra consagrado legislativamente en la ley N°19.300 sobre Bases generales del Medio Ambiente, modificada por la ley N°20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, como lo expuse previamente. El artículo 4° inciso 1° de la ley N°19.300 establece que: “Artículo 4°.- Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.”⁸⁹

El inciso final del artículo 30 bis de la Ley N°19.300 y el artículo 82 del Decreto 40 que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental establecen que la participación se limita a solo 3 aspectos: a) acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación; b) formular observaciones y c) obtener respuesta fundada de ellas. Esta restricción de mecanismos no permite que los ciudadanos puedan informarse significativamente, ni menos que sus posiciones sean realmente consideradas e incidan en las decisiones de la administración ambiental: “El acceso a la participación debe otorgar la posibilidad real a los ciudadanos de que estos obtengan insumos significativos, oportunos e informados sobre las características de los proyectos y sus impactos. Pero, también, debe garantizar que sus observaciones puedan incidir en las decisiones de políticas, estrategias y planes en diversos niveles, así como, en proyectos individuales que tienen impactos ambientales”.⁹⁰

En el informe final de la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA (2016) se detectaron diversas falencias en la participación ciudadana propuesta por el sistema, entre ellas su falta de legitimidad en las comunidades. Una de las críticas más relevantes dice relación con la brecha existente entre la propuesta de participación que explicita la normativa y la real incidencia de la ciudadanía en aquellos aspectos considerados esenciales por esta a la hora de evaluar los proyectos. La Comisión enumera algunos aspectos clave para las comunidades, respecto de los cuales el proceso de participación no se hace cargo: “Entre los aspectos que son claves para un proyecto y que resultan de la mayor relevancia para las comunidades, se pueden señalar: i) la aceptabilidad o no, por parte de la comunidad, de la iniciativa de inversión; ii) el lugar de emplazamiento y ejecución

⁸⁹ Artículo 4° inciso 1° de la ley N°19.300 (1994).

⁹⁰ Comisión Sindical Cívico Parlamentaria (2015), p.13, citando a J.Foti y otros (2013).

de las partes, obras y actividades; iii) el tamaño del proyecto y los diseños de sus instalaciones; iv) los inicios de la ejecución de las obras, su puesta en operación, su vida útil, su cierre; v) los beneficios que la iniciativa reporta para el desarrollo de los territorios en que las comunidades habitan y el bienestar socioeconómico de las mismas; y vi) los costos asociados para la comunidad local.”⁹¹

Al no existir espacios para que las comunidades puedan incidir realmente en aquellos temas que les interesan y afectan directamente respecto de los proyectos, además de la evidente “asimetría de información” entre los involucrados, la participación ciudadana no cuenta con la suficiente legitimidad del público.⁹² Entre las soluciones contempladas por la Comisión, con la finalidad de hacerse cargo de las críticas y problemáticas explicitadas aquí y en los siguientes acápite, propone: “• Fortalecer y optimizar la implementación del proceso de participación ciudadana, buscando redefinirlo y reestructurarlo de manera que permita la claridad necesaria de su aplicación en los distintos instrumentos de evaluación. • Abordar el apoyo técnico a las comunidades a fin de asegurar su adecuada participación, fortaleciendo la asistencia técnica en el proceso de participación ciudadana. • Analizar la conveniencia de ampliar las instancias de participación en proyectos ingresados bajo la forma de DIA y, con ello, analizar los plazos para que la comunidad tenga el tiempo suficiente para observar. • Analizar los alcances del establecimiento e implementación de procesos de participación ciudadana temprana.”⁹³

Entre las problemáticas detectadas respecto al acceso a la participación ambiental en el SEIA se encuentran las siguientes:

3.2.1.- Carencia de mecanismos de participación ciudadana si el proyecto ingresa vía DIA.

En nuestro sistema la disponibilidad de los mecanismos de participación se encuentra supeditada a la actividad que merezca la autorización ambiental. Por ello debemos realizar dos distinciones: En primer lugar, se debe diferenciar entre los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y aquellos que requieren de permisos sectoriales. El artículo 10 de la ley N°19.300 contempla un listado de proyectos que deben someterse al SEIA. En segundo lugar, respecto de aquellas actividades que deben ser evaluadas, cabe diferenciar entre las que ingresan mediante DIA y las que ingresan a través de EIA. La Ley N°19.300

⁹¹ Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA (2016), p.120.

⁹² Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA (2016), p.120. En el mismo sentido Morgan (2012), p.10.

⁹³ Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA (2016), p.121.

contempla un procedimiento de participación ciudadana obligatoria solo respecto de aquellos proyectos que ingresan mediante Estudio de Impacto Ambiental, siendo facultativo para la autoridad contemplar un procedimiento de participación en el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental, solo si se cumplen ciertos requisitos: “Artículo 30 bis.- Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate.”⁹⁴

Tal situación genera una brecha de no participación de la comunidad⁹⁵ en una proporción importante de los proyectos que se someten a evaluación, ya que la mayoría de estos ingresan vía Declaración y no como Estudio. En el año 2016 la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA lo detectaba de la siguiente manera: “A la fecha, la mayor parte de los proyectos sometidos al SEIA (aproximadamente el 95%) lo han hecho a través de la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), incluyendo, en este universo, proyectos de diversa naturaleza, envergadura y magnitud de sus impactos”.⁹⁶ Más cercanos en el tiempo son los datos entregados en la Cuenta Pública 2021 del Servicio de Evaluación Ambiental: “Durante el periodo 2021 se sometieron al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) 963 proyectos, 43 Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y 893 Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) que en términos de inversión declarada corresponde a MMUS\$54.079.85.”⁹⁷

Respecto de los datos explicitados del año 2021 solo una ínfima proporción de DIAs contaron con participación ciudadana: “Durante el año 2021, el número de proyectos con Procesos Activo de Participación Ciudadana, se consideran 65 procesos en Estudio de Impacto Ambiental y 106 en Declaraciones de Impacto Ambiental. Para

⁹⁴ Artículo 30 bis de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁹⁵ Comisión Sindical Cívico Parlamentaria (2015), p.13

⁹⁶ Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA (2016), p.95.

⁹⁷ Servicio de Evaluación Ambiental (2022),p. 11. En el año 2022 se sigue la misma tendencia: “Durante el período 2022 ingresaron al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) 626 proyectos: 41 Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y 585 Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), que en términos de inversión declarada corresponde a MMUS\$40.869,42”. Servicio de Evaluación Ambiental (2023),p. 15

el periodo 2021, se cerraron 57 procesos de Participación Ciudadana en Estudios de Impacto Ambiental y 102 en Declaraciones de Impacto Ambiental”.⁹⁸

3.2.2.- Las observaciones del público no son debidamente consideradas.

A pesar de que en la Ley N°19.300 es una exigencia tener en cuenta las observaciones en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental al establecer que el SEIA las considerará y se hará cargo de ellas pronunciándose fundadamente respecto de cada una⁹⁹, lo cierto es que el SEIA interpreta esta obligación como una mera contestación de las observaciones sin ser efectivamente integradas a la decisión¹⁰⁰. La consecuencia de esta decisión es la no vinculatoriedad de las observaciones, lo que las hace inútiles a la hora de calificar el proyecto: “(...) La participación ciudadana en el SEIA es precaria y desigual, pues no equipara los derechos y condiciones de participación del inversionista y de los afectados. Tampoco es vinculante en el sentido de que no influye mayormente en la decisión final sobre el proyecto, y solo está restringida a ciertas etapas del proceso de evaluación ambiental”.¹⁰¹

Además, esta contestación que se realiza en la resolución de calificación ambiental, se notifica mediante correo electrónico al observante en la medida que haya incorporado uno o mediante una publicación en el Diario Oficial y en un diario de circulación regional o nacional cuando la resolución deba comunicarse a un gran número de personas y se dificulte la práctica de la diligencia, lo que no genera certeza de que las decisiones sea realmente conocida por todos: “Ello, en la práctica, ha recibido críticas debido a que la publicación en el Diario no da garantías sobre el conocimiento de las decisiones”.¹⁰²

Esta situación genera incumplimiento en los estándares internacionales respecto del derecho de acceso a la participación ambiental, afectando la legitimidad de las decisiones que toma la autoridad ambiental, considerando que la participación contribuye a la calidad y a la efectividad de tales decisiones: “Public participation enhances the Quality and the effective implementation of decisions concerning the environment. Affording the public, the opportunity to express its views and requiring public authorities to take due account of those views in the decision enhances the

⁹⁸ Servicio de Evaluación Ambiental (2022), p. 35.

⁹⁹ Artículos 29 y 30 bis de la Ley N°19.300 (1994)

¹⁰⁰ Costa (2020), p.241.

¹⁰¹ Comisión Sindical Cívico Parlamentaria (2015), p.13

¹⁰² ONG FIMA (2023), p.30.

accountability and transparency of environmental decision-making and may strength public support for the decision taken.”¹⁰³

3.2.3.- Falta de información necesaria para que el público haga efectivo su derecho a participar.

A pesar de que la Ley N°19.300 contempla la obligación expresa de informar los extractos¹⁰⁴ y la presentación de los Estudios y Declaraciones¹⁰⁵, se consideran deficientes los medios a través de los cuales se informa, como el Diario Oficial y los Diarios de Circulación Regional o Nacional, que no implican un total conocimiento de los proyectos de parte de la población. En el caso de la difusión de un procedimiento de participación¹⁰⁶, este se realizan en etapas avanzadas del proyecto y no se logra un conocimiento pleno y efectivo: “Los medios empleados para difundir la existencia de un procedimiento de participación son limitados y no logran un conocimiento oportuno pues se inician en etapas muy avanzadas del proyecto. Es por ello que, en el caso del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, pese a la positiva obligación de generar instancias adicionales con la comunidad (artículo 83 Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental), en la práctica dichas instancias no han tenido mayor alcance. En efecto, especialmente en el caso de los proyectos que ingresan mediante Declaración de

¹⁰³ UNECE. Maastricht Recommendations on Promoting Effective Public Participation in Decision-making in Environmental Matters prepared under the Aarhus Convention. Documento electrónico: [https://unece.org/DAM/env/pp/Publications/2015/1514364_E_web.pdf]

¹⁰⁴ Artículo 28 de la Ley N°19.300 (1994): Para los efectos previstos en el artículo 26, la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo ordenará que el interesado publique a su costa en el Diario Oficial y en un diario o periódico de la capital de la región o de circulación nacional, según sea el caso, un extracto visado por ella del Estudio de Impacto Ambiental presentado. Dichas publicaciones se efectuarán dentro de los diez días siguientes a la respectiva presentación.

Dicho extracto contendrá, a lo menos, los siguientes antecedentes:

- a) Nombre de la persona natural o jurídica responsable del proyecto o actividad;
- b) Ubicación del lugar o zona en la que el proyecto o actividad se ejecutará;
- c) Indicación del tipo de proyecto o actividad de que se trata;
- d) Monto de la inversión estimada, y
- e) Principales efectos ambientales y medidas mitigadoras que se proponen.

En caso que el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones y ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto de acuerdo a lo señalado en el artículo 29, el interesado deberá publicar en las mismas condiciones previstas en los incisos precedentes, debiendo individualizarse claramente el contenido de las aclaraciones, rectificaciones y ampliaciones.

¹⁰⁵ Artículo 30 ter de la ley N°19.300.- Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 28 y 30, los proponentes deberán anunciar mediante avisos a su costa, en medios de radiodifusión de alcance local, la presentación del Estudio o Declaración, el lugar en donde se encuentran disponibles los antecedentes de éstos y el plazo para realizar observaciones. El reglamento deberá establecer el contenido de los anuncios, la forma de acreditar ante la autoridad su emisión y el plazo en el cual éstos deberán emitirse.

¹⁰⁶ Artículos 30 ter de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y 83 del Decreto 40 que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Impacto ambiental la comunidad suele enterarse del proyecto cuando la evaluación se encuentra avanzada y la posibilidad de solicitar participación ciudadana ha precluido”¹⁰⁷

Finalmente, las obligaciones de informar que pesan sobre la autoridad no consideran la complejidad técnica y la evidente desigualdad en el acceso a la información del proyecto entre los titulares y la comunidad, asumiéndose: “(...) de manera errónea, que la comunidad y/o los afectados saben que existe un proyecto y que pueden comprenderlo en todas sus dimensiones (incluida la técnica), lo que profundiza la asimetría de información entre el titular y la comunidad local.”¹⁰⁸

3.2.4.- Inexistencia de plazos razonables para que el público sea informado y participe efectivamente.

Los plazos contemplados para la realización del procedimiento de participación ciudadana son acotados¹⁰⁹ atendida la complejidad técnica de los proyectos, tanto para aquellos evaluados mediante EIA como para aquellos evaluados a través de DIA. Respecto de los primeros, las personas cuentan con un término de 60 días desde la publicación del extracto para formular observaciones al Estudio. Si el Estudio fue objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente el proyecto, la autoridad debe abrir una nueva etapa de participación ciudadana por un término de 30 días.¹¹⁰ En cuanto a los segundos, la autoridad podrá decretar la realización de un procedimiento de participación ciudadana que durará 20 días, en la medida que los proyectos generen cargas ambientales a comunidades próximas y sea solicitada por a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. En el caso de que la Declaración sea objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, la autoridad debe abrir una nueva etapa de participación por un periodo de 10 días.¹¹¹

3.2.5.- No existen consideraciones especiales respecto de las personas en situación de vulnerabilidad.

¹⁰⁷ ONG FIMA (2023), p.28.

¹⁰⁸ Comisión Sindical Cívico Parlamentaria (2015), p.13

¹⁰⁹ Comisión Sindical Cívico Parlamentaria (2015), p.13, ONG FIMA (2023), pp.26-27.

¹¹⁰ Artículo 29 de la Ley N°19.300 (1994)

¹¹¹ Artículo 30 bis de la Ley N°19.300 (1994)

El artículo 83 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental establece que: “Una vez acogido a trámite un Estudio o Declaración, según corresponda, y en los casos de los artículos 92 y 96, el Servicio deberá realizar actividades de información a la comunidad, adecuando las estrategias de participación ciudadana a las características sociales, económicas, culturales y geográficas de la población del área de influencia del proyecto en evaluación, con la finalidad de que ésta conozca el procedimiento de evaluación ambiental, los derechos de los cuales disponen durante él, el tipo de proyecto o actividad en evaluación que genera la participación y los principales efectos de dicha tipología. Asimismo, el Servicio propiciará la instancia de encuentro entre el titular y la comunidad, con el objeto que ésta se informe sobre las particularidades del proyecto o actividad. Estas actividades deberán realizarse oportunamente en un lenguaje sencillo, directo y de fácil comprensión para la comunidad. De estas actividades deberá quedar constancia en el expediente.” Sin perjuicio de este mandato, es posible extraer ciertas falencias: a) No se considera la variable “genero” como una característica a considerar en la adecuación de las estrategias de participación¹¹²; b) No existe obligación respecto a la identificación de grupos vulnerables.¹¹³; y c) La identificación de los grupos afectados se realiza por el titular del proyecto, por lo tanto la autoridad limita la participación ciudadana a dicha información. De tal manera que no existe obligación que pese sobre la administración de identificar a los afectados.¹¹⁴

3.3.- El acceso a la justicia ambiental en el SEIA. Problemáticas.

El acceso a la justicia ambiental, además de ser un derecho fundamental¹¹⁵, es un pilar fundamental en el desarrollo de objetivos de defensa del medio ambiente y las comunidades. Constituye una base a través de la cual se sustenta todo el sistema de protección ambiental: “Access to environmental justice is the first step to the achievement of environmental justice goals by articulating in the language of equity the assurance of legal standing for all affected and interested parties: the right of appeal or review; specialized environmental courts and other practical dispute resolution mechanisms.”¹¹⁶ En el mismo sentido RYALL, quien luego de analizar el Convenio de Aarhus establece que: “A very specific concept of justice lies at the heart of the Convention. It centres around the goal of effective enforcement of environmental law. This goal is to be achieved by guaranteeing a right of access to

¹¹² ONG FIMA (2023), p.30.

¹¹³ ONG FIMA (2023), p.31.

¹¹⁴ Artículo 2 letra I de la Ley N°19.300 (1994) y artículo 2 letra a del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013)

¹¹⁵ Mansuy *et al.* (2022), p.230.

¹¹⁶ Gill (2018), p.181.

robust review procedures, either before a court or another independent tribunal established by law, that may be invoked by the public and NGOs. The rights guaranteed in the Convention, and environmental protection laws generally, are at risk of being undermined in practice in the absence of accessible, affordable and effective enforcement mechanisms.”¹¹⁷

Sin perjuicio de que este derecho no encuentra consagración expresa en nuestra Constitución Política de la República, lo cierto es que ha sido incorporado y reforzado a nuestra normativa interna a raíz de la adhesión de Chile a diversos instrumentos internacionales referidos al acceso a la justicia. Recientemente, suscribió el Acuerdo de Escazú (2018), un convenio regional que consagra estándares en materia de derechos de acceso a la información, justicia y participación ambiental.¹¹⁸

En el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se reconocen diversos mecanismos administrativos y judiciales de acceso a la justicia ambiental, tales como la acciones de reclamación contempladas en la Ley N°19.300, las demandas de reparación del daño ambiental, la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente y la instauración de los Tribunales Ambientales, entre otros.¹¹⁹

Estos mecanismos cuentan con diversas falencias, que se traducen en incumplimientos del estándar internacional respecto del derecho de acceso a la justicia ambiental. Algunas problemáticas pasarán a explicarse a continuación:

3.3.1.- La normativa propende a la limitación de las acciones.

El artículo 17 de la ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales establece la competencia de estos tribunales para conocer de una serie de asuntos, entre ellos las reclamaciones en contra de actos que resuelven recursos administrativos cuando las observaciones no son consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental (N°6 del artículo 17) y las reclamaciones en contra de resoluciones que resuelven un procedimiento administrativo ambiental de invalidación (N°8 del artículo 17). En ambos casos para que la acción judicial prospere debe ser interpuesta una vez agotadas todas las instancias ante la autoridad administrativa ambiental y se circunscribe exclusivamente a lo ventilado en dichos procedimientos.¹²⁰

¹¹⁷ Ryall (2019), p.13.

¹¹⁸ Mansuy *et al* (2022), p.235.

¹¹⁹ Mansuy *et al* (2022), p.237.

¹²⁰ La limitación de las acciones se encuentra mediada por el principio de desviación procesal. ONG FIMA (2023), p.35. Iván Hunter citando a García Pérez (2000), pp.2419-2420) establece que la desviación procesal “debe ser entendida como una institución de carácter prohibitiva, en virtud de la

Tal situación genera un problema de ausencia de acción, en la medida que un determinado problema de carácter ambiental se produzca o manifieste luego de presentado el recurso administrativo o después de haberse realizado las observaciones en el proceso de participación ciudadana; asimismo en la medida de que las observaciones no fueron debidamente consideradas en la RCA y no se realizó reclamación administrativa en forma previa.¹²¹ Además, cabe hacer presente que la legislación chilena, en materia de participación, restringe la posibilidad de presentar recurso de reclamación: solo es posible para los titulares de los proyectos y quienes concurren al proceso de participación ciudadana en la medida que sus observaciones no fueron debidamente consideradas en la resolución de calificación ambiental. De esta manera, la ciudadanía solo puede presentar reclamación si previamente presentó observaciones y estas no fueron consideradas¹²².

3.3.2.- La normativa propende a limitar la legitimación.

La legitimación activa para comparecer ante los Tribunales Ambientales se encuentra restringida y los reclamantes o demandantes deben acreditar ciertas calidades para iniciar los respectivos procedimientos. Así es como lo establece el artículo 18¹²³ de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, al señalar

cual el impugnante no puede introducir en sede judicial pretensiones o vicios de legalidad diferentes a las que ha hecho valer en sede administrativa. De esta manera, el tribunal que conoce de la impugnación queda inhibido de pronunciarse sobre aquellas pretensiones o materias que no fueron promovidas previamente en las etapas administrativas. La etapa judicial, a su vez, quedaría definida por el contenido y marco en que se plantearon las pretensiones y vicios de legalidad en el contexto de los recursos administrativos. Se produce una de las vinculaciones más fuertes entre procedimiento administrativo y proceso judicial” Hunter (2021), pp.272-273.

¹²¹ ONG FIMA (2023), p.35.

¹²² Artículos 29 y 30 bis de la ley N°19.300 (1994)

¹²³ Artículo 18 de la Ley N°20.600 (2012): De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

1) En el caso del número 1) cualquier persona que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la ley N° 19.300 y le causan perjuicio.

2) En el caso del número 2), las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes. En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal.

3) En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente.

4) En el caso del número 4), la Superintendencia del Medio Ambiente.

5) En los casos de los números 5) y 6), las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley.

específicamente quienes son los habilitados para interponer las acciones descritas en el artículo 17 de la misma Ley.

De tal manera que, por ejemplo, aquellas personas respecto de las cuales no fueron consideradas sus observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental deben presentar previamente reclamación ante la autoridad administrativa y una vez agotada tal vía es posible presentar reclamación ante el Tribunal Ambiental respectivo. Misma situación ocurre con las reclamaciones en contra de las resoluciones que resuelven un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, respecto de las cuales solo pueden accionar quienes hubiesen solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.

Esta situación difiere de la legitimación activa contemplada para comparecer ante la Superintendencia del Medio Ambiente, cuya normativa utiliza la voz “cualquier persona”, tal como se establece en el artículo 21 de la Ley N°21.417: “Artículo 21.- Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles.” ONG FINA y NAMATI citando un estudio de Espacio Público del año 2017 establece que: “(...) la SMA “es una de las pocas instituciones que en su diseño plantea una participación abierta para cualquier ciudadano que lo requiera y con amplias atribuciones, al ser considerado como un interesado en los hechos investigados”. Sin embargo los TA no cuentan con un diseño de participación inclusivo, ya que, por ejemplo, “las causales que estipulan quienes y bajo qué condiciones pueden reclamar, muestran un diseño restrictivo para la participación ciudadana”(…) “ El estudio menciona que ambas instituciones no han desarrollado iniciativas para habilitar a los ciudadanos sobre la normativa, procesos e instrumentos que la SMA y TA poseen. Por lo tanto, “mientras en la SMA (la legitimación activa) es de carácter amplio”, el diseño de los TA “implicó una restricción a la participación, al establecer

6) En el caso del número 7), cualquier persona que considere que los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación, infrinjan la ley, las normas y los objetivos de los instrumentos señalados.

7) En el caso del número 8), quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.

8) En el caso del número 9), cualquier persona que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la ley.

9) En el caso del número 10), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución del Ministerio del Medio Ambiente.

En los procedimientos que se regulan en esta ley será aplicable lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Se presumirá que las municipalidades y el Estado tienen el interés actual en los resultados del juicio que dicha norma exige.

por ley quienes pueden reclamar según qué causales y condicionar el acceso a ciertas causales a participaciones previas, como es el caso de las observaciones ciudadanas”¹²⁴

DELGADO señala que la normativa chilena no cumple con los estándares contenidos en el Acuerdo de Escazú respecto a la legitimación activa amplia: “Para Escazú, la legitimación activa en defensa del medio ambiente deberá ser “amplia” y siempre considerar mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales administrativas que correspondan. Chile no cumple estos estándares: el recurso de protección no es una acción popular y muy limitada es la legitimación en aguas y daño ambiental. Y que decir que cuantas sentencias demás no se cumplen.”¹²⁵. En el mismo sentido, MANSUY y otros: “Como se puede apreciar, si bien en Chile se ha avanzado en materia de acceso a la justicia a través de la creación de una institucionalidad ambiental y de tribunales especializados en temas ambientales, aún existen importantes barreras en cuanto a garantizar la existencia de una legitimación activa amplia en sede judicial, y, por el otro, una habilitación amplia en fase administrativa para acceder a la resolución de conflictos ambientales”¹²⁶

3.3.3.- Rechazo de acciones por motivos meramente formales.

Cabe destacar la posición de los Tribunales Ambientales en cuanto al rechazo de reclamaciones en donde se aduce la no realización de un proceso de participación ciudadana, de consulta indígena o de no consideración de las observaciones ciudadanas a los proyectos. AGUILAR realizó un estudio de reclamaciones verificadas ante los Tribunales Ambientales y detectó que el rechazo de las reclamaciones se debía esencialmente a motivos meramente formales sin entrar en la discusión del fondo del asunto: “En ocho casos rechazados (40%), la causa es únicamente porque no se dan los presupuestos formales para deducir la acción de reclamación, ya que distinguen entre la invalidación propia e impropia. Esta última tiene un plazo de 30 días y es de competencia del Tribunal Ambiental. En consecuencia, los jueces ambientales no se pronuncian sobre el fondo por defectos formales, lo que hace inefectivo, en muchos casos, el derecho a la participación y mantiene la vulneración del mismo al desechar la reclamación por meras formalidades”¹²⁷

¹²⁴ ONG FIMA y NAMATI (2019), p.24, citando un Estudio de Espacio Público (2017).

¹²⁵ Delgado (2021), p.7.

¹²⁶ Mansuy *et al* (2022), p.251.

¹²⁷ Aguilar (2022), p.15.

3.3.4.- Falta de asistencia jurídica gratuita.

En nuestro país no existe un real marco institucional que posibilite una asistencia técnica y jurídica que cumpla con estándares de profesionalización y especialidad, puesto que teóricamente son las Corporaciones de Asistencia Judicial quienes podrían otorgar este tipo de colaboración, las cuales son comúnmente criticadas por su falta de calidad, debilidad orgánica y el ilusorio compromiso del Estado en otorgar defensa técnica en materia civil¹²⁸ Ante la insuficiencia legislativa e institucional, los particulares para hacer uso de sus derechos y acceder a la justicia ambiental, deberían costear por sí mismos la defensa letrada y todos los gastos que conlleva la litigación en un área muy especializada, tecnicada y por consiguiente onerosa. El obstáculo económico es uno de los más importantes en el acceso a la justicia ambiental y el alto costo de los honorarios podría ser un disuasivo a la hora de hacer reclamos ante la autoridad administrativa o jurisdiccional¹²⁹

ONG FIMA y NAMATI citando el estudio de Espacio Público realizado el año 2017, aseveran que: “(...) la falta de oferta de asesoría técnica-jurídica gratuita constituye una de las principales barreras de entrada y un factor clave de asimetría, donde existen solo algunas ONG 's y Clínicas Jurídicas que pueden ofrecer servicios gratuitos especializados a comunidades en conflicto. Esto debido a que la asesoría técnica o legal “no se encuentra garantizada y depende de los recursos fundamentalmente económicos para poder intervenir en la institucionalidad”¹³⁰

Siendo errónea la incorporación de la defensa ambiental en el sistema general de asistencia judicial, se hace inherente la creación de una organización de defensa especializada y gratuita en la materia¹³¹

3.3.5.- Dificultades en la producción de la prueba del daño ambiental.

Desde la dictación de la ley N°19.300 se consagró en su título III un régimen de responsabilidad por daño ambiental de carácter especial, sin perjuicio de la supletoriedad del régimen general estipulado en el Código Civil: “Artículo 3. Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”. El artículo 52 de la Ley N°19.300 establece una presunción legal respecto del autor del daño ambiental : “Artículo 52.- Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas

¹²⁸ Burdiles y Cofré (2017), p.74; Mirosevic ((2011), pp.233-234.

¹²⁹ Valencia (2013), p.133.

¹³⁰ ONG FIMA y NAMATI (2019),p.26, citando un estudio de Espacio Público (2017), p.55.

¹³¹ Burdiles y Cofré (2017), p.75.

de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.” En cuanto a la prueba del daño ambiental y a pesar de dicha presunción legal, se generan dos problemas:

a) No existe consenso en la jurisprudencia y doctrina a que elementos de la responsabilidad se extiende la presunción¹³². CORNEJO y LINAZASORO explicitan que autores como Corral y Bermúdez descartan la aplicación de la presunción a la relación causal, mientras que jurisprudencialmente no existe consenso y ha sido, solamente, el Segundo Tribunal Ambiental, quien ha extendido la aplicación de la presunción al elemento causal.¹³³

b) Subsiste la dificultad probatoria, en la medida que los Tribunales Ambientales rechazan mayoritariamente las reclamaciones por no acreditarse causalidad.¹³⁴. Existe una complejidad en la prueba de la relación causal, de índole científica o técnica y de costos: “No solo se trata de una complejidad científica, sino además de costos: la obtención de evidencia y de estudios que demuestren o desacrediten tanto el daño como el nexo causal, eleva considerablemente los costos de la litigación en sede de Tribunales Ambientales. Dada su composición mixta, la evidencia científica que se pueda aportar dentro del procedimiento, es de suma relevancia a la hora de la resolución de los casos (...).¹³⁵ CORNEJO y LINAZASORO explican que lo anterior queda de manifiesto en el caso Pascua Lama, debido a que el Segundo Tribunal Ambiental criticó duramente la prueba de las alegaciones vertida por los demandantes, la cual según su criterio se incorporó sin formalidades y precisión; mientras que la demandada incorporó una vasta prueba documental, en forma, para la comprobación de sus alegaciones: “Así, es posible apreciar las trabas que existen en materia de probatoria, las cuales derivan finalmente en problemas de acceso a la justicia ambiental”¹³⁶

La OCDE en su Evaluación del Desempeño Ambiental de Chile (2016) ya establecía que nuestro sistema de responsabilidad por daño ambiental comprende solo las acciones dolosas y negligentes causantes de daños, y reconoce responsabilidad cuando existe violación de la normativa, lo que se aleja de los regímenes jurídicos de responsabilidad de los países OCDE: “La Ley sobre Bases Generales del Medio

¹³² ONG FIMA (2023), p.38.

¹³³ Cornejo *et al.* (2022), p.213.

¹³⁴ ONG FIMA (2023), p.38.

¹³⁵ Cornejo *et al.* (2022), p.209.

¹³⁶ Cornejo, *et al.* (2022), p.209.

Ambiente define el daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. La responsabilidad por daño ambiental se basa en las faltas, es decir que comprende solo las acciones negligentes y dolosas que efectivamente causaron el daño. Además, cuando se viola la normativa vigente en materia de medio ambiente, la ley presupone la existencia de responsabilidad por el daño ambiental. Este régimen jurídico difiere de la práctica dominante en los países de la OCDE, donde la responsabilidad por daño ambiental es estricta, es decir, que en la mayoría de los casos no requiere pruebas que demuestren la conducta ilícita o la negligencia de la parte responsable, sino que se ajusta a las disposiciones de la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la aplicación del principio “el que contamina paga” en caso de contaminación accidental, en virtud del cual quien haya sido responsable del accidente deberá sufragar los costos en que se deba incurrir para reparar el daño causado.”¹³⁷

3.4.- Derecho de acceso a la participación y justicia ambiental en el Proyecto de Nueva Constitución (2022) y nuevo proceso constitucional de 2023

La Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022) elaborada por la Convención Constitucional y rechazada por el plebiscito ratificatorio del 04 de septiembre de 2022, contenía varias normas relacionadas a los derechos de acceso en materia ambiental. A partir de la consideración de que la naturaleza constaba con derechos propios¹³⁸ y se estipulara el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado¹³⁹, así como también a un aire limpio¹⁴⁰, el proyecto fue muy específico en consagrar los derechos de acceso en materia ambiental.

De tal forma, el artículo 108 numeral 8 de la Propuesta explicitaba que el Estado garantiza el acceso a la justicia ambiental.¹⁴¹, y a partir del artículo 151 y siguientes se contenía un capítulo exclusivo dedicado a la participación democrática (Capítulo IV). El artículo 154 numeral 1 del proyecto contenía el derecho a la democracia ambiental: “Artículo 154. 1. Es deber del Estado garantizar la democracia ambiental.

¹³⁷ CEPAL *et al.* (2016), pp.122-123.

¹³⁸ Artículo 103 de la Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022): 1. La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. 2. El Estado debe garantizar y promover los derechos de la naturaleza.

¹³⁹ Artículo 104 de la Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022).

¹⁴⁰ Artículo 105 de la Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022).

¹⁴¹ Artículo 108 numeral 8 de la Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022).

Se reconoce el derecho de participación informada en materias ambientales. Los mecanismos de participación serán determinados por ley.”¹⁴²

Luego del rechazo de la Propuesta de Nueva Constitución (2022) en septiembre del año 2022, las fuerzas políticas de nuestro país acordaron iniciar un nuevo proceso constitucional. El procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la Republica se encuentra establecido en la Ley N°21.533.

En este nuevo proceso participan 3 órganos: El Consejo Constitucional, que fue elegido democráticamente a través de sufragio el 07 de mayo de 2023¹⁴³, una Comisión Experta, quien propuso al Consejo Constitucional un anteproyecto de propuesta de nueva Constitución¹⁴⁴ y un Comité técnico de Admisibilidad¹⁴⁵, que “(...) será encargado de resolver los requerimientos que se interpongan contra aquellas propuestas de normas aprobadas por la Comisión o por el plenario del Consejo Constitucional, o por la Comisión Experta, que contravengan lo dispuesto en el artículo 154.”

De conformidad a las normas que han sido estipuladas en el Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile (2023), es posible indicar que la regulación de la protección al medio ambiente es menos detallada que la contemplada en la Propuesta del año 2022 y su redacción se acerca a la señalada en nuestra actual Constitución. Así en su artículo 12 se establece que: “Es deber del Estado el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo..”, mientras que el artículo 16 N°20 indica que: “La Constitución asegura a todas las personas: 20. El derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, que permita la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. a) Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza y su biodiversidad. b) De acuerdo a la ley, se podrán establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente...”. Este derecho posee su contraparte como deber: “Artículo 38.3. Es deber del Estado el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo.” Respecto a la participación se consagra un capítulo específico que determina la Representación Política y

¹⁴² Artículo 154 numeral 1 de la Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022).

¹⁴³ Artículo 144 de la Ley N°21.533 (2023)

¹⁴⁴ Artículo 145 de la Ley N°21.533 (2023)

¹⁴⁵ Artículo 146 de la Ley N°21.533 (2023)

Participación (Capítulo III), sin perjuicio de ello no se habla de participación ambiental, democracia ambiental ni acceso a la justicia ambiental.¹⁴⁶

3.5.- SEIA y cambio climático.

El 13 de junio de 2022 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°21.455 denominada Ley Marco de Cambio Climático. Su finalidad se explicita en su artículo 1° : “ La presente ley tiene por objeto hacer frente a los desafíos que presenta el cambio climático, transitar hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, hasta alcanzar y mantener la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050, adaptarse al cambio climático, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en la materia.”¹⁴⁷

Esta Ley posee institucionalidad e instrumentos de gestión y contempla un mandato específico de incorporación de la variable de cambio climático en el SEIA: “Artículo 40.- Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Los proyectos o actividades que se sometan a evaluación de impacto ambiental de acuerdo a la ley considerarán la variable de cambio climático en los componentes del medio ambiente que sean pertinentes, conforme lo disponga el reglamento respectivo.(...)”¹⁴⁸

Cabe destacar, como un avance en el acceso a la justicia ambiental y climática, la incorporación de la variable climática para efectos de solicitar la revisión de una RCA.¹⁴⁹

El Servicio de Evaluación Ambiental en conformidad a su potestad contemplada en el artículo 81 letra d) de la Ley N°19.300, publicó una Guía Metodológica para la consideración del cambio climático en el SEIA, cuyo objetivo es : “ (...) entregar una metodología general para analizar los efectos adversos del cambio climático sobre los componentes ambientales que son objeto de protección del SEIA, y con ello integrar esta variable en el análisis de los impactos ambientales y riesgos, lo que deben realizar los titulares de proyectos previo al ingreso de sus iniciativas al SEIA”¹⁵⁰

¹⁴⁶ Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile (2023). Puede ser revisada en el siguiente link: [<https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/06/anteproyecto-WEB.pdf>]

¹⁴⁷ Artículo 1° de la Ley N°21.455.

¹⁴⁸ Artículo 40 de la Ley N°21.455.

¹⁴⁹ Artículo 40 inciso 3° de la Ley N°21.455.

¹⁵⁰ SEA (2023), p.15.

4.- El SEIA a la luz de los estándares internacionales mínimos en materia de participación de comunidades indígenas.

En el artículo 7 del Acuerdo de Escazú se explicita de qué forma se asegura el derecho de participación pública en los procesos de toma de decisiones, comprometiéndose los estados a “implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativo interno e internacional”¹⁵¹ La obligación de los estados implica el diseño y la creación de sistemas que permitan la participación pública e inclusive la dirección en los asuntos ambientales: “ Para ello prescribe que dicha participación sea abierta e inclusiva, con el propósito de que toda persona interesada pueda incidir jurídica y fácticamente en los procesos nacionales e internacionales que impliquen una toma de decisión desde sus etapas iniciales. Entre los procesos en los que se pretende incidir a través del tratado internacional se encuentran autorizaciones ambientales, elaboración de políticas, programas, leyes y normas ambientales”¹⁵²

La importancia de la participación del individuo en los asuntos ambientales radica en la realización de su libertad y el reconocimiento de asumir responsabilidad en todos aquellos procesos que pudiesen afectarle. A través de este derecho: “(...) se garantiza la autodeterminación y se construyen procesos de integración, que constituyen un Estado abierto a los ciudadanos”¹⁵³ .

En el numeral 15 del artículo 7 del Acuerdo se establece que los estados Parte deben garantizar el respecto a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, en conformidad a su legislación y obligaciones internacionales¹⁵⁴. Según HENRÍQUEZ la participación indígena: “(...) se funda en el derecho de las comunidades a determinar libremente sus formas de vida y modelos de desarrollo o, en otras palabras, el derecho a la mantención y a la construcción de la propia identidad”¹⁵⁵. Su importancia radica en que constituye un mecanismo que permite la autodeterminación, a mantener su cultura y lograr acceso a otros derechos, como el reconocimiento de sus territorios.¹⁵⁶

Desde la vereda ambiental, la participación es esencial, atendida la particular relación que las comunidades indígenas poseen con su entorno. Si no se considera su participación en proyectos que les afecten, podrían verse altamente vulnerados en sus derechos : “Dado que las comunidades indígenas dependen de su entorno,

¹⁵¹ Artículo 7 del Acuerdo de Escazú (2018)

¹⁵² Hernández (2020), pp.120-121.

¹⁵³ Burdiles y Cofré (2017), p.54.

¹⁵⁴ Artículo 7.15 del Acuerdo de Escazú (2018).

¹⁵⁵ Henríquez (2013), p. 272.

¹⁵⁶ Henríquez (2013), p. 273.

la participación se torna relevante, pues de no mediar esta podría tener prevalencia el interés privado o público de llevar a cabo el proyecto por sobre el derecho de las comunidades a una serie de aspectos interconectados tales como su existencia, cultura, salud, desarrollo o lengua, los que podrían verse lesionados si su entorno resultara afectado, dentro de un contexto social, además, en el que estas comunidades generalmente presentan altos niveles de vulnerabilidad, estando localizadas precisamente en zonas con alto potencial para el desarrollo de proyectos.”¹⁵⁷

La Corte Suprema recientemente ha señalado, que la participación ambiental de las comunidades indígenas no se refiere a la participación ciudadana que consagra la legislación ambiental y debe ajustarse a los parámetros contenidos en el Convenio 169 de la OIT.¹⁵⁸

4.1.- Estándares internacionales mínimos en materia de participación de comunidades indígenas

Con la finalidad de analizar el estándar internacional, se presentará un listado de cualidades o características que debe poseer mínimamente tal derecho, en conformidad a los instrumentos internacionales que lo estipulan.

4.1.1.- La participación ambiental de los pueblos indígenas debe realizarse respetando su identidad social y cultural.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar en todas aquellas decisiones que afecten sus derechos a través de sus representantes e instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Los gobiernos, entonces, deben realizar acciones, con la participación directa de estas comunidades, para promover la plena efectividad de sus derechos económicos, sociales y culturales, en el marco de un total respeto por sus costumbres, tradiciones e instituciones. Así es como lo señala el artículo 2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales (1989), -en adelante Convenio N°169 de la OIT-: “Artículo 2. 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: b) que promuevan la plena

¹⁵⁷ Henríquez (2013), p. 290. McGregor *et al* (2020), p.36, adoptan el concepto de justicia indígena medioambiental. Los autores entienden que el paso a un futuro más sustentable debe considerar los conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas, sus instituciones y normas.

¹⁵⁸ Henríquez (2013), p. 289.

efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;”¹⁵⁹ . En el mismo sentido, lo contempla el artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007): “Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.; Artículo 18. 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.”¹⁶⁰

4.1.2.- La consulta indígena debe realizarse a través de procedimientos apropiados.

El procedimiento de consulta es una exigencia de los estados en orden a que los pueblos indígenas participen activamente de las decisiones que pudiesen afectarles directamente. De tal forma se establece en el artículo 6.1. del Convenio N°169 de la OIT (1989): “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: 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;”¹⁶¹

4.1.3.- La consulta indígena debe ser realizada de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias y su finalidad es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

Una de las formas mediante las cuales las comunidades indígenas participan en aquellas decisiones de autoridad que afecten sus derechos son las consultas indígenas. Estas consultas deben llevarse a cabo de buena fe, por medio de sus instituciones representativas y su finalidad será la de obtener el consentimiento libre, previo e informado de estas comunidades. De tal forma lo establece el artículo 6.2

¹⁵⁹ Artículo 2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales (1989).

¹⁶⁰ Artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

¹⁶¹ Artículo 6.1 letra a) del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales (1989).

del Convenio N°160 de la OIT (1989): “Artículo 6.2. 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.”¹⁶². En el mismo sentido el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007): “Artículo 19. 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.”; y el Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas (2013): “58. Al afirmar la regla general del consentimiento a las actividades extractivas en los territorios indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas pone de relieve que, a fin de obtener el consentimiento, “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas” (art. 32, párr. 2). La Declaración hace hincapié de ese modo en que las consultas y la cooperación de buena fe son una condición previa para los acuerdos con los pueblos indígenas sobre las actividades extractivas. Como se ha señalado (párr. 25), los pueblos indígenas pueden negarse a celebrar consultas sobre las industrias extractivas, de la misma manera que pueden optar por denegar su consentimiento a las mismas. Pero si dan su consentimiento o acuerdo a las actividades extractivas, tiene que ser sobre la base de consultas o negociaciones adecuadas y de buena fe. 67. De conformidad con el principio del consentimiento libre, previo e informado, las consultas y acuerdos con los pueblos indígenas sobre un proyecto extractivo deben tener lugar antes de que el Estado autorice, o una empresa realice, o se comprometa a realizar, cualquier actividad relacionada con el proyecto dentro de un territorio indígena o en zonas utilizadas, exclusivamente o no, por los indígenas.”¹⁶³

AGUILAR señala que la buena fe pretende “asegurar un dialogo sincero para lograr el consentimiento previo, libre e informado”¹⁶⁴, mientras que el procedimiento apropiado busca conciliar los aspectos culturales, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas participes de la consulta. Que la consulta sea previa significa que debe llevarse a cabo con la debida anticipación, antes de la dictación de la decisión administrativa y la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento

¹⁶² Artículo 6.2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales (1989).

¹⁶³ Párrafo 58 del Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas (2013).

¹⁶⁴ Aguilar (2022), p.12.

significa que el objetivo es arribar a un convenio u obtener la voluntad de los pueblos indígenas consultados.¹⁶⁵

4.2.- La participación indígena en el SEIA. Problemáticas.

Desde septiembre del año 2009 se encuentra vigente en nuestro país el Convenio N°169 de la OIT (1989)¹⁶⁶. Desde su suscripción, Chile tiene la obligación de realizar procesos de consulta indígena en la medida que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente¹⁶⁷: “Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: 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; (...)”¹⁶⁸

Existen dos normas reglamentarias que regulan el procedimiento de consulta indígena en Chile: el Reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contenido en el Decreto Supremo 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente y el Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena contenido en el Decreto Supremo N°66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social. El artículo 8 de este último reglamento establece que en aquellos casos en que se debe realizar procedimientos de consulta en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se estará a lo que consagra la Ley N°19.300 y su respectivo reglamento:

“Artículo 8°.- Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.”¹⁶⁹

Examinando el marco normativo de la participación indígena en el SEIA, podemos establecer ciertas problemáticas que suponen una falta de adecuación a los estándares internacionales en esta materia. Dichas contrariedades las paso a exponer en los apartados siguientes.

¹⁶⁵ Aguilar (2022), p.12.

¹⁶⁶ Promulgado a través del Decreto Supremo N°236/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁶⁷ Leppe (2015), p.370.

¹⁶⁸ Artículo 6.1 del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).

¹⁶⁹ Inciso 1° del Artículo 8 del Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena (2014).

4.2.1.- Restricción de la consulta en el Reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013).

Considerando la remisión existente en el Reglamento de Consulta Indígena (2014), el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental hace procedente la consulta en ciertos casos reglados: 1) Que el proyecto o actividad genere algún efecto, característica o circunstancia contemplada en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento.¹⁷⁰; 2) Dada la regla anterior, debe tratarse de proyectos que ingresen al sistema de evaluación vía estudio de impacto ambiental; 3) Debe afectarse directamente uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas y 4) Debe esperarse la adopción de una medida administrativa que pueda afectar directamente a estos pueblos indígenas, que en el caso del procedimiento de evaluación ambiental corresponde a la Resolución de Calificación Ambiental.¹⁷¹

LEPPE establece que para entender la denominación de “afectación directa” debe estarse al artículo 7 inciso 3° del Reglamento de Consulta Indígena (2014) que aporta un criterio formal y otro material. El criterio formal lo constituye la medida administrativa capaz de afectar directamente, y en este caso serían los actos administrativos terminales y discrecionales. El criterio material dice relación con la capacidad de ese acto de causar directamente un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas, y de afectar el ejercicio de sus tradiciones, costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación con sus tierras indígenas.¹⁷²

En cuanto a los plazos debe estarse lo estipulado en el artículo 17 letra b) del Reglamento de Consulta Indígena (2014) que contempla un plazo no superior a 20 días por cada etapa.

La restricción contemplada en el Reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013) no se encuentra conforme al estándar internacional, ya que no sería posible realizar procedimientos de consulta en la mayoría de los proyectos que ingresan el sistema, vale decir, aquellos que ingresan a través de Declaraciones de Impacto Ambiental. Esta distinción limita el procedimiento de

¹⁷⁰ Si el proyecto implica un reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, si el proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados y si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Artículos 7, 8 y 10 del Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental (2014) y literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994).

¹⁷¹ Artículo 85 del Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental (2013); Leppe (2015), p.374.

¹⁷² Leppe (2015), p.373.

consulta y en muchos casos proyectos que no generan los efectos del artículo 11 de la Ley N°19.300 (artículos 7,8 y 10 del Reglamento del SEIA) si pueden afectar directamente a los pueblos indígenas. De tal forma lo explica LEPPE: “ (...) Lo anterior reviste importancia si reparamos en el hecho que el *Reglamento para el sistema de evaluación de impacto ambiental* acota la procedencia de procesos de consulta solo a ciertos proyectos sometidos a evaluación vía estudio de impacto ambiental, lo que debiera obedecer también a una razón de política pública si se considera que la gran mayoría de proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ingresa vía declaración de impacto ambiental. Con todo, la realidad podría demostrar que proyectos que no generan los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300, sí motivan la dictación de una resolución de calificación ambiental capaz de afectar, en un caso concreto y en forma directa, a pueblos indígenas.”¹⁷³

4.2.3.- Inadecuada interpretación administrativa y judicial del concepto “susceptibilidad de afectación directa”.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT los estados tienen la obligación de consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevea una medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente.¹⁷⁴

Antes de la creación de los Tribunales Ambientales, los conflictos surgidos en el marco de la evaluación ambiental de proyectos localizados en territorios indígenas y respecto de los cuales no se realizó consulta eran sometidos a la decisión jurisdiccional a través de recursos de protección. A partir de una equivocada interpretación judicial, se asentó la doctrina judicial de que la susceptibilidad de afectación directa era equivalente a la idea de impactos significativos contemplados en el artículo 11 de la Ley N°19.300, es decir, aquellos proyectos que de generar ciertos efectos o presentar ciertas características o circunstancias deben ingresar a evaluación vía estudio de impacto ambiental. En consecuencia, a través de la interpretación judicial las Cortes adicionaron un requisito de procedencia de la consulta, relativo a la magnitud o dimensión de la afectación.¹⁷⁵

¹⁷³ Leppe (2015), p.382.

¹⁷⁴ Artículo 6.1 del Convenio n°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).

¹⁷⁵ Guerra (2017), p.22.

Esta interpretación aún se mantiene, toda vez que ambos reglamentos que regulan la consulta indígena¹⁷⁶ consideran como requisitos de procedencia que el proyecto o actividad genere algún efecto, característica o circunstancia contemplada en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento y que tal proyecto afecte directamente uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.¹⁷⁷

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifiesta sus preocupaciones por la normativa que regula los procedimientos de consulta indígena en nuestro país, ya que se estaría otorgando la posibilidad de consultar solo en la medida de que se cumplan supuestos taxativos. Tal situación no se condice con el estándar internacional contenido en el Convenio n°169 de la OIT, que establece la obligatoriedad de la consulta cuando exista una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin importar la magnitud o impacto de los proyectos:

La información recibida por la CIDH indica que ambos reglamentos han sido cuestionados por organizaciones indígenas y de la sociedad civil, no solo por las razones vinculadas a la ausencia de un proceso de consulta adecuada para su aprobación, sino también por cuestiones de fondo. La Comisión advierte que una de las preocupaciones centrales con relación al Decreto Supremo 40, aplicable para actividades que requieran una evaluación de impacto ambiental, es que limita seriamente la procedencia de la consulta indígena a través de la incorporación de una lista taxativa de supuestos excepcionales en los que es exigible este derecho. La Comisión toma nota que, según el artículo 85 del referido Decreto, la consulta procede únicamente respecto de proyectos o actividades que generen alguna de las características establecidas en sus artículos 7, 8 y 10, y “en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”. Tales disposiciones se refieren al reasentamiento de comunidades humanas (artículo 7), alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 7), localización en o próxima a territorios indígenas y valor ambiental del territorio (artículo 8), y alteración del patrimonio cultural (artículo 10). Tales exigencias desconocen lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece la obligatoriedad de la consulta “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles [a los pueblos indígenas] directamente”, sin importar la envergadura o impacto del proyecto.¹⁷⁸

De la misma manera se pronuncia el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento titulado “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile:

“46. Adicionalmente, respecto a las situaciones mencionadas en el segundo inciso del artículo 9 de la Propuesta, el Relator Especial observa que se trata de casos de impactos

¹⁷⁶ El Reglamento de Consulta Indígena (2014) redirige a las normas contenidas en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013).

¹⁷⁷ Artículo 85 del Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental (2013).

¹⁷⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), p.92.

significativos (reasentamientos de comunidades indígenas, alteraciones del patrimonio cultural, alteraciones significativas de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas) en que, además de la obligación de realizar un proceso de consulta, se requiere normalmente el acuerdo o consentimiento de los pueblos o comunidades indígenas afectadas (ver párrafos 67-71). El Relator Especial considera que, tal como se plantean, estos ejemplos y la cualidad de “significativo” – un término que tiene un significado particular en la legislación ambiental doméstica – podrían llevar a una interpretación restrictiva o distorsionada de los criterios de consulta. En primer lugar, es necesario clarificar que el deber de consulta no se limita a tales casos de impactos significativos. En segundo lugar, es importante evitar cualquiera insinuación de que los procesos de consulta se centran principalmente en medidas ya definidas que tengan impactos adversos significativos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Más bien, tal como ya se ha señalado, los procesos de consulta son para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, por lo que deberían facilitar el diálogo que incluya la búsqueda de alternativas a aquellas medidas que pudieran limitar o alterar el ejercicio de sus derechos o tener efectos en sus intereses, territorios, recursos o condiciones de vida.”¹⁷⁹

Finalmente, la interpretación administrativa (actualmente norma reglamentaria) permeo las decisiones de los Tribunales Ambientales. Según GUERRA de acuerdo a un análisis de sentencias de los Tribunales Ambientales hasta el año 2016, el Segundo Tribunal Ambiental mantiene una interpretación formalista y agrava la transgresión del estándar internacional al sustituir el concepto de susceptibilidad de afectación directa por el de afectación directa a secas, exigiendo certeza y no posibilidad de impactos significativos a los pueblos indígenas: “Esto, lejos de suponer una adecuación de la consulta indígena a nuestro ordenamiento jurídico, implica una transgresión del estándar internacional que orienta esta importante institución, que se orienta por criterios de precaución, y tiene como objetivo garantizar el derecho de participación de los pueblos indígenas desde su especificidad, al constituir un mecanismo de protección de los derechos indígenas, en un contexto dialógico intercultural y que permite hacer visibles impactos que podrían no ser del todo evidentes para la cultura dominante, lo que se vuelve especialmente pertinente e indispensable en el contexto del SEIA”¹⁸⁰ Esta tendencia se mantiene en los tribunales del contencioso ambiental.¹⁸¹

¹⁷⁹ Párrafo 46 de los Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile (2012).

¹⁸⁰ Guerra (2017), p.15.

¹⁸¹ Carmona (2020), p.213. El autor señala una serie de casos ante Tribunales Ambientales en el que el criterio de procedencia de la consulta indígena sigue siendo el de generación de impactos significativos de parte de los proyectos. Entre estos casos se encuentra el de Paguanta II (Segundo Tribunal Ambiental, 1 de diciembre de 2015, Rol N° R-54-2014 y Corte Suprema, 19 de mayo de 2016, Rol N° 817-2016), Central Doña Alicia (Tercer Tribunal Ambiental, 17 de noviembre de 2016, Rol N° R-30-2016, Considerando 75°.), Piscicututa Lago Balmaceda (Tercer Tribunal Ambiental, 27 de noviembre de 2019, Rol N° R-9-2019, Considerando 64° a 72°.), entre otros.

GUERRA y otros establecen que esta “homologación” que se ha realizado entre la susceptibilidad de afectación directa y los impactos significativos, ha anulado su función epistémica dentro de la institucionalidad, trasladándose la discusión a la procedencia de la consulta: “Esto ha trasladado la discusión sobre la efectividad de la ocurrencia o no de una afectación (lo que debiera ser el resultado de la consulta) al momento de la evaluación en concreto de la procedencia de la consulta, anulando su función epistémica en este contexto institucional: habilitar la participación de los pueblos indígenas en la incorporación de elementos de juicio durante el proceso de formación de la prueba en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.”¹⁸² Una sentencia excepcional es aquella dictada por el Primer Tribunal Ambiental en causa Rol N°R-28-2020 respecto del proyecto Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche. En esta resolución el Tribunal acogió la reclamación impuesta por la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera en contra de la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto, toda vez que este debió evaluarse mediante un estudio de impacto ambiental y ordena la realización de un proceso de consulta indígena. En esta sentencia se considera el estándar internacional contemplado esencialmente en el Convenio n°169 de la OIT y explica que la susceptibilidad de afectación: “Que la evidente interacción entre el Proyecto y la Comunidad Colla lleva a estos sentenciadores forzosamente a concluir que se produce en la especie una situación inminente de susceptibilidad de afectación, lo cual no es clarificado adecuadamente a través de las acciones o medidas que el SEIA argumenta para lograr descartar dicha afectación.” Considerando quincuagésimo segundo. “Que dicha susceptibilidad de afectación no sólo se manifiesta en la ocupación de tierras indígenas sino también en aspectos tan relevantes como la actividad de trashumancia y sentimientos de arraigo y espirituales propios de la cultura Colla.” Considerando quincuagésimo tercero.”¹⁸³

CARMONA explica que a raíz de las interpretaciones restrictivas acerca de la naturaleza de la consulta y su procedencia se genera un “efecto de desplazamiento” en el SEIA, donde las formas y lo procedimental se considera más importante que la salvaguarda de los derechos sustantivos en juego: “En este sentido, el “efecto de desplazamiento” de la consulta consiste en que “las controversias sobre los plazos, las certificaciones y el cronograma de reuniones tienden a soslayar los conflictos sobre la tierra, los recursos y la autodeterminación que están en el fondo de las consultas”, Es este el fenómeno que, en general, creo que es posible identificar actualmente en el SEIA”.¹⁸⁴ En este caso, lo que vería desplazado es la discusión acerca de los impactos significativos y no significativos, sus características y entidad

¹⁸² Guerra (2021), p.31.

¹⁸³ Sentencia citada por Durán (2021), p.404.

¹⁸⁴ Carmona (2020), p.202.

“en un marco culturalmente pertinente” y la suficiencia de las medidas para hacerse cargo de estos impactos de parte del titular.¹⁸⁵

4.2.4.- El no alcanzar la finalidad de llegar a acuerdos o lograr el consentimiento sí afecta el derecho a la consulta.

El inciso penúltimo del artículo 85 del Reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental señala que la finalidad del proceso de consulta indígena es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, sin perjuicio de que si no se alcanza tal finalidad no se afectaría el derecho a la consulta: “En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.”¹⁸⁶

Tal contradicción manifiesta vulnera los estándares contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos y en específico lo consagrado en el artículo 6.2 del Convenio N°169 de la OIT (1989) que explicita que la finalidad de los procedimientos de consulta es arribar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas. En el “Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales” se establece que a pesar de no existir un derecho a veto de parte de los pueblos indígenas, siempre debe respetarse los derechos sustantivos contemplados en el Convenio, en la medida que no sea posible arribar a un acuerdo o lograr el consentimiento : “Debe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad. La importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas.”¹⁸⁷

En el caso de que los proyectos o actividades impliquen el traslado de los pueblos indígenas desde las tierras que ocupan, el artículo 16 del Convenio N°169 es claro al mandar que estos traslados sólo deberán efectuarse con su consentimiento,

¹⁸⁵ Carmona (2020), p.202.

¹⁸⁶ Artículo 85 del Reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013).

¹⁸⁷ Organización Internacional del Trabajo (2013), p.17.

dado libremente y con pleno conocimiento de causa: “2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”¹⁸⁸

CARMONA explicita que una interpretación que ocasiona el “efecto de desplazamiento” es aquella que entiende a la consulta como una obligación de medio y no de resultado. En consecuencia, el estado mandata que si se realizan todos los procedimientos que comprenden normativamente la consulta esta se entiende realizada adecuadamente, aun cuando no sea posible cumplir con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas. Así, el cumplimiento de las garantías procesales es más importante que la finalidad de la consulta.¹⁸⁹

El autor explicita un ejemplo de cómo opera la autoridad ambiental frente a un proceso de consulta en el que no fue posible arribar a un acuerdo ni lograr el consentimiento: El proceso de consulta entre el SEA y la Asociación Indígena Kiñintu Lafken Mapu en el marco de la evaluación del proyecto Terminal GNL Penco-Lirquén se extendió durante 3 años. En julio del año 2018 la Asociación y el SEA firman un Protocolo de acuerdo final donde la Asociación rechazó todas y cada una de las medidas propuestas por el titular del proyecto para hacerse cargo de los impactos. Sin perjuicio de que la Asociación acompañó una serie de argumentos explicando porque las medidas propuestas no eran adecuadas, considerando esencialmente su cosmovisión respecto de los territorios, la autoridad ambiental en ningún momento hace frente a dicha argumentación, ni en el Protocolo de Acuerdo Final, en la resolución que dio por terminado el procedimiento de consulta, menos en la Resolución de Calificación Ambiental. Solo se da cuenta en la resolución de término del procedimiento de consulta que esta cumplió con el estándar contemplado en el Convenio N°169 de la OIT, al realizarse a través de sus instituciones representativas, de buena fe y con la intención de lograr un acuerdo.¹⁹⁰

ANAYA es claro al establecer que la consulta no implica una sola dimensión procedimental, sino que también sustantiva, que dice relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas y el respeto de su integridad:

¹⁸⁸ Artículo 16 N°2 del Convenio n°169 de la OIT (1989).

¹⁸⁹ Carmona (2020), p.209.

¹⁹⁰ Res. Ex N°219 de 30 de octubre de 2019, p.172. Comisión de Evaluación Regional del Bío Bío. Caso citado de Carmona, Cristóbal (2020), p.210.

“El requisito de que las consultas deben tender a la consecución de un acuerdo implica que éstas no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles. Los procedimientos de la consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses. Esto requiere que los gobiernos establezcan un diálogo con estos pueblos sobre las posibles consecuencias de esas decisiones antes de que éstas sean tomadas. También requiere una serie de garantías procedimentales que tengan en cuenta los propios mecanismos indígenas de toma de decisiones, incluyendo las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, y garantizando que los pueblos indígenas tengan acceso a toda la información y a la asesoría que sean necesarias. Además, como ha sido apuntado por los órganos de supervisión de la OIT, el objetivo de las consultas debe entenderse también en relación con el llamamiento general del Convenio a que los gobiernos desarrollen “una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Por lo tanto, junto con las garantías procedimentales aplicables e, independientemente de que se alcance o no un acuerdo, las consultas deben llevar a la toma de decisiones que sean compatibles con los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. Corresponde así a los gobiernos justificar, en términos que sean conforme con el conjunto de normas internacionales relativas a los pueblos indígenas, toda decisión que afecte a los pueblos indígenas”.¹⁹¹

5.- Criterios jurisprudenciales recientes de la Corte Suprema respecto de los derechos de acceso a la participación ambiental y justicia ambiental.

Para la redacción de esta capítulo se utilizaron sentencias de la Corte Suprema dictadas en los últimos 5 años, relacionadas con los derechos de acceso a la participación y justicia ambiental dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, considerando además aquellos casos en que se discutía la procedencia de la consulta indígena. La búsqueda de las sentencias se realizó en la base jurisprudencial de la Corte Suprema.¹⁹²

5.1.- Respecto de los derechos de acceso a la participación y justicia ambiental en el marco del procedimiento de evaluación ambiental.

A diferencia de los formalistas criterios emanados de los Tribunales Ambientales, la Corte Suprema se ha mostrado más abierta a abrazar los nuevos estándares contemplados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente aquellos establecidos en el Acuerdo de Escazú (2018), respecto de los derechos de acceso a la participación y justicia ambiental. De esa manera lo explicita AGUILAR quien realizó un estudio de sentencias emanadas de los

¹⁹¹ Anaya (2005), pp. 232-237, citado por Durán, Álvaro (2021), p.410.

¹⁹² La base jurisprudencial de la Corte Suprema se encuentra online en el siguiente sitio web: [https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador_Jurisprudencial_de_la_Corte_Suprema]

Tribunales Ambientales, así como también de la jurisprudencia de la Corte Suprema, relacionada con estos derechos de acceso:

“A la luz del análisis de las sentencias mencionadas precedentemente, se pueden extraer algunas consecuencias relevantes. En primer lugar, los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema implementan criterios diferenciados para interpretar las normas que regulan la participación ambiental. En el caso de los Tribunales Ambientales, la interpretación que realiza es restrictiva, en que prioriza aspectos formales (legitimación activa, cumplimiento de formalidades, entre otras) por sobre la vulneración del derecho a la participación ambiental, lo que en definitiva, implica obstaculizar aún más el ejercicio de este derecho, ya que restringe su tutela efectiva. Por otra parte, la Corte Suprema, basada en la igualdad ante la ley y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ha realizada una interpretación más extensiva del derecho a la participación, incorporando estándares internacionales, especialmente en aquello que dice relación con la consulta indígena.”¹⁹³

En los párrafos siguientes expondré algunos criterios recientes emanados de la jurisprudencia de la Corte Suprema, respecto de la participación ciudadana y la justicia ambiental dentro del SEIA.

5.1.1.- Corte Suprema define la participación ciudadana como un principio.

La Corte Suprema ha definido la participación ciudadana y considera que es un principio que impregna el procedimiento de evaluación ambiental a través del ejercicio del derecho a la información, del derecho a opinar responsablemente (presentar observaciones) y del derecho a reclamar cuando la autoridad ambiental no considera adecuadamente las observaciones que formuló la ciudadanía. Así lo establece la sentencia dictada en causa Rol N°1085-2022:

“2) (...)En doctrina, la participación ciudadana ha sido definida como “(...) el conjunto de directrices, principios y normas dispuestas por la ley y la autoridad competente que permiten a las personas, naturales y jurídicas, y a las organizaciones sociales y comunitarias afectadas o interesadas en alguna forma por distintos eventos de relevancia ambiental ser incorporadas formalmente al proceso decisional que lleva a la adopción de políticas y medidas de carácter medioambiental, a la autorización de actividades que importan un compromiso ambiental, a la dictación de regulaciones pertinentes y a la resolución de los conflictos que se presenten (...)” (Moreno Santander, Carlos, Participación ciudadana en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, LexisNexis, Santiago, 2004, p.47).

En el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, el referido principio se traduce en el ejercicio, por parte de la comunidad: a) del derecho a la información, que se manifiesta en la obligación legal que pesa sobre el proponente a publicar, a su costa, un extracto del proyecto o actividad sometida a la Evaluación de Impacto Ambiental, tanto en el Diario Oficial como en algún periódico de circulación nacional o regional, según corresponda (artículos 27, 28 y 31); b) del derecho a opinar responsablemente, que se traduce en las observaciones

¹⁹³ Aguilar (2022), p.21.

fundadas que las personas naturales directamente afectadas como los representantes de las entidades ciudadanas con personalidad jurídica pueden realizar al proyecto o actividad sometida al Estudio de Impacto Ambiental (artículo 29) y; c) del derecho a reclamar, que surge cuando la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones que la ciudadanía formuló en tiempo y forma, y que se materializa mediante la interposición del recurso de reclamación consagrado en el artículo 29 de la ley en comento.”¹⁹⁴

En consecuencia, la Corte Suprema determina que la participación ciudadana no es un mero trámite procedimental dentro del SEIA, si no que constituye un principio que permea la normativa ambiental. Este principio implica el ejercicio de otros derechos relacionados; como el derecho a ser informado, a formular observaciones y reclamar, en la medida que tales observaciones no fueron debidamente consideradas por la autoridad ambiental.

MORAGA al estudiar el Fallo del “Caso EFE” estableció que el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago había asentado nuevos estándares en materia de participación ciudadana. Uno de los aspectos que la autora destacó es que la resolución da cuenta de una íntima relación entre la participación y el acceso a la información, tal como se señala en la sentencia de la CS en comento: “De esta manera la judicatura especializada hace evidente el nivel de interdependencia que existe entre la participación y el acceso a la información en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental, pues la realización de un principio (participación) depende del otro (acceso a la información).”¹⁹⁵

5.1.2.- Corte Suprema determina que “ponderar” la observación implica considerar omnicomprendivamente la preocupación ciudadana.

En sentencia dictada en causa Rol N°91.622-2021 la Corte Suprema interpreta de qué manera la autoridad ambiental debe “ponderar” adecuadamente las observaciones realizadas en un procedimiento de participación:

“Vigésimo: (...) la debida ponderación de las observaciones implica la necesidad de hacerse cargo de la preocupación planteada por el ciudadano, de forma íntegra, debiendo la autoridad pronunciarse respecto de todas las aristas que pueden estar vinculadas a la inquietud esbozada, pues es desde el punto de vista técnico que aquellas interrogantes deben ser resueltas, comprendiendo la importancia que nuestro legislador le dio al periodo de participación como una fuente colaboradora de la evaluación ambiental, sin que pueda la autoridad entregar una respuesta restringida a los términos sacramentales en que se realiza la observación, sino que ésta debe ser omnicomprendiva de la real inquietud que subyace

¹⁹⁴ Sentencia dictada el 01 de marzo de 2023 por la Corte Suprema en causa Rol N°1085-2022. En el mismo sentido sentencias dictadas por la Corte Suprema en causa Rol N°36.919-2019, N°59.791-2020, N°91.622-2021, N°91.629-2021, N°62.662-2020.

¹⁹⁵ Moraga (2017), p.192.

en aquella, cuestión que debe tenerse presente en cada uno de los capítulos de los recursos de casación impetrados.”¹⁹⁶

A pesar de que la Corte Suprema utiliza la palabra “ponderar”, acepción que fue reemplazada por la de “considerar”, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la Ley N°20.417, lo cierto es que el Máximo Tribunal otorga un concepto más cercano al de “considerar” que el de “ponderar”, nociones que son diferentes entre sí. Considerar es más profundo que ponderar: “ (...) importa que la Administración no puede simplemente responder con fórmulas preestablecidas, por el contrario, debe juzgar y estimar las observaciones para tomar su decisión, y responderlas de forma fundada”.¹⁹⁷

Así es como la Corte Suprema señala criterios para entender que implica considerar las observaciones: se refiere a hacerse cargo íntegramente de la preocupación del ciudadano y ser omnicomprensiva de la inquietud que la subyace. La autoridad ambiental no cumpliría esta obligación si solo responde en los términos literales en que la observación es manifestada. Tal aseveración se encuentra más cercana al estándar internacional, que utiliza las voces “considerar” y “tomar en cuenta”.¹⁹⁸

5.1.3.- Corte Suprema establece que la participación debe ser activa, colaborativa y abierta. Su relación con el derecho de acceso a la justicia ambiental.

En sentencia dictada en causa Rol N°25.530-2021 la Corte Suprema establece que la participación es un procedimiento activo y colaborativo:

“Sexto: Que, como se observa, la impugnación que realizan los recurrentes, no coloca en entredicho la potestad reglamentaria de la autoridad recurrida, como tampoco se advierte un reproche a las modificaciones introducidas por el acto administrativo en cuestión, sino que más bien la disconformidad apunta a determinados asuntos de carácter proteccional que los actores echan en falta, relacionados con la participación activa y colaborativa de los trabajadores afectados, a fin de procurar el resguardo de sus derechos.”¹⁹⁹

Además, se realiza una interpretación extensiva en la sentencia de la Corte Suprema dictada en la causa Rol N°14.334-2021 al señalar que las Municipalidades siempre pueden concurrir a los procedimientos de participación ambiental. No sería posible una interpretación restrictiva si de tal forma se vulnera el derecho de acceso a la justicia ambiental:

¹⁹⁶ Corte Suprema, Rol N°91.622-2021 de 13 de enero de 2023, Considerando Vigésimo,

¹⁹⁷ Osorio (2022), p.165. En el mismo sentido Moraga (2017), pp.183-184.

¹⁹⁸ Artículo 6.8 del Convenio de Aarhus (1998), Directriz 11 del apartado II. Participación Pública de las Directrices de Bali (2010) y Artículo 7.7 del Acuerdo de Escazú (2018).

¹⁹⁹ Corte Suprema, Rol N°25.530-2021 de 09 de agosto de 2021, Considerando Sexto.

“Décimo séptimo: Que a lo anterior no es óbice el hecho que no se hubiere abierto en la especie un proceso PAC, por cuanto ello no exime a la autoridad ambiental de hacerse cargo debidamente de las observaciones y pronunciamientos municipales, en el marco del procedimiento de evaluación ambiental, teniendo en cuenta la especial naturaleza de los entes edilicios en esta materia que, además de un OAECA, se erigen como esenciales guardadores de la debida información y participación ciudadana de sus habitantes, en las materias ambientales que eventualmente puedan afectarles.

En efecto, de una interpretación armónica de la legislación municipal ambiental y administrativa, fluye que no puede negarse a los municipios el acceso a la justicia ambiental en proyectos que incidan en la calidad de vida la comunidad local, pues ellos son garantes en su territorio del desarrollo integral que incluye la protección de la salud y del medio ambiente dentro de la comuna, como así también la debida observancia de las normas urbanísticas. En otras palabras, no cabe una interpretación restrictiva que restrinja la participación de las municipalidades en el procedimiento de evaluación ambiental, puesto que, a su respecto, se aprecia una forma de participación que atiende a un rol distinto y mucho más amplio que el de otros órganos de la Administración del Estado.”²⁰⁰

Esta interpretación se ajusta al estándar internacional que establece que los procedimientos de participación deben ser activos, libres y significativos²⁰¹, además de considerar la intervención de todo aquel interesado o que se encuentra afectado directa o indirectamente.²⁰²

5.2.- Respeto de la consulta indígena en el marco del procedimiento de evaluación ambiental chileno.

En cuanto a la consulta podemos diferenciar dos líneas de interpretación de la Corte Suprema. La primera surge durante los primeros años en que el Convenio N°169 de la OIT se hace parte de nuestro ordenamiento jurídico (2009-2010) y la segunda emana a partir de sentencias dictadas desde el año 2011 en adelante.

Entre los años 2009 y 2010 es posible determinar que la Corte Suprema desconocía aún los alcances de la consulta indígena y no daba eficacia a los estándares contemplados en el Convenio N°169 de la OIT. El máximo tribunal consideraba que la consulta indígena no constituía un instrumento vinculante de participación per se y que el Estado ya había compatibilizado su normativa interna con el Convenio al establecer un procedimiento general de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental. Dicho razonamiento generaba un sinnúmero de dificultades, la más importante era que el Estado chileno se encontraba en un flagrante incumplimiento de una obligación emanada de un tratado al invocar las

²⁰⁰ Corte Suprema, Rol N°14.334-2021, de 28 de junio de 2022, Considerando Decimoséptimo. En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N°3971-2017.

²⁰¹ Ver párrafo 2.1.1. del presente documento.

²⁰² Ver párrafo 2.1.4 del presente documento.

disposiciones de derecho interno, que consagra un estándar menos exigente, como excusa para inobservar lo establecido en el Convenio.²⁰³

A partir del año 2011 la Corte Suprema da un giro jurisprudencial al señalar que la autoridad ambiental además de considerar el procedimiento general de participación ciudadana debía contemplar los estándares establecidos en el Convenio N°169 de la OIT.²⁰⁴ Esta línea se ira consolidando durante los años 2012 y 2013.²⁰⁵

En los apartados siguientes examino los principales criterios emanados de la Corte Suprema (en adelante CS) en sentencias dictadas a partir del año 2019, respecto de la consulta indígena en el SEIA.

5.2.1.- CS determina que el Convenio N°169 de la OIT contempla estándares mínimos en materia de consulta indígena.

La Corte Suprema en sentencia dictada en causa Rol N°36.919-2019 establece que los estándares mínimos del procedimiento de consulta se encuentran consagradas en el Convenio N°169 de la OIT, que es una norma obligatoria para el estado, y que cuenta un desarrollo directo en el ámbito interno que materializa la norma internacional:

“Séptimo: Que, por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico contempla además la participación de los pueblos originarios que pueden verse afectados directamente por un proyecto, a través del procedimiento de Consulta Indígena obligatoria, que responde a la regulación internacional, contenida en el Convenio N° 169, ratificado por Chile, que constituye una norma obligatoria no sólo por aplicación del artículo 5 de la Carta Fundamental, sino que además tiene un desarrollo directo en la regulación interna que busca materializar en términos concretos la referida normativa internacional.

(...) Es la misma OIT la que ha establecido los estándares mínimos que debe cumplir un proceso de consulta para ser considerado adecuado, sosteniendo que: “los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad” y que “será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado” (Comprender el

²⁰³ Fuenzalida (2015), pp.161-162. El autor cita la sentencia de la Corte Suprema Rol N°4078-2010. Según el autor, Chile incumplía lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

²⁰⁴ Fuenzalida (2015), pp.168-170. El autor cita las sentencias de la Corte Suprema Rol N°6062-2010 y Rol N°258-2011.

²⁰⁵ Fuenzalida (2015), pp.171-174. El autor cita las sentencias de la Corte Suprema Rol N°10.090-2011, Rol N°258-2011, Rol N°495-2013, Rol N°9.431-2012, Rol N°3.030-2013. Según FUENZALIDA Constituye una excepción la sentencia Rol N°1515-2014 al considerar cumplido el estándar al meramente informar a las comunidades indígenas y recepcionar sus observaciones.

Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, página 16).

Así lo ha entendido también esta Corte, al señalar que “el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados” (CS Rol 11.040-2011, considerando Quinto).²⁰⁶

A diferencia de lo que se estableció en las primeras sentencias desde la incorporación del Convenio N°169 a nuestro ordenamiento jurídico interno, aquí la Corte Suprema señala explícitamente que los estándares mínimos del derecho de consulta indígena se encuentran en este Convenio, además de lo señalado por la propia OIT en su Manual para los mandantes tripartitos.

5.2.2.- CS indica que la consulta indígena posee estándares diferenciados del proceso de participación ciudadana general.

La sentencia dictada en causa Rol N°36.919-2019 reconoce, además, que la participación ciudadana considerada en el SEIA no debe confundirse con el procedimiento de consulta indígena, que posee sus propios estándares. Sin perjuicio de ello, la reclamación contenida en el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600 constituye un mecanismo adecuado para revisar cuestiones promovidas en relación a la consulta:

“Décimo: Que esta Corte ha reconocido que si bien ambas instituciones –Participación Ciudadana y Consulta Indígena–son distintas, no puede desconocerse que tienen un objeto común, esto es, permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente, y es en razón de aquello que esta Corte ha permitido que a través de la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, se revisen cuestiones promovidas en el periodo de participación ciudadana que se relacionen con la obligación de efectuar consulta indígena, toda vez que si bien existe una laguna legal, al no existir un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad respecto de aquellas

²⁰⁶ Corte Suprema, Rol N°36.919 de 22 de Febrero de 2021, Considerando Séptimo, En el mismo sentido, Corte Suprema Rol N°92.081-2021 y Rol N°20.389-2019.

materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones del Proceso de Participación Ciudadana (PAC) que no fueran debidamente consideradas, lo relevante es que aquello debe ser superado a través de un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva.

En esta última labor, se ha resuelto que resulta adecuado recurrir a la misma ley para llenar el vacío normativo, aplicando el principio de analogía, que permite establecer la regulación contemplada para un caso semejante, debido a que entre ambos existe identidad de objeto. En razón de lo anterior se ha señalado que resulta adecuado atender a las semejanzas que existen entre el proceso de Participación Ciudadana y el Proceso de Consulta Indígena, en relación a las razones que determinan su procedencia y los objetivos buscados, cuestión que determina la procedencia de la reclamación del artículo 17 N° 6 de la ley N° 20.600.”²⁰⁷

Esta interpretación supone una clara distinción de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema generada durante los años 2009 y 2010, que señalaba que el proceso de consulta ya se encontraba subsumido en el procedimiento de participación ciudadana genérico establecido en el SEIA.

En sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción dictada en causa Rol N° 13.031-2020, confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N° 125.619-2020, se establecen los estándares respecto de los cuales debe ajustarse la consulta indígena: Debe ser previa, desde las primeras etapas de la formulación de la medida, realizarse mediante procedimientos apropiados, a través de instituciones representativas, de buena fe y una forma apropiada a las circunstancias. Estos estándares son aquellos estipulados explícitamente en el Convenio N° 169 de la OIT.

“CUARTO: (...) De ello se deriva que la consulta ha de ser previa, esto es, que procede siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar a algún pueblo indígena, lo que implica que ella debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida. La consulta, por lo tanto, debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva.

En segundo término, la consulta debe hacerse mediante la adopción de los procedimientos apropiados, considerando las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de la medida a ser consultada.

La consulta ha de hacerse por intermedio de instituciones representativas; siendo necesario tener presente que la Ley N° 19.253 reconoce personalidad jurídica a las comunidades indígenas que cumplan ciertos requisitos que ella señala, por lo que se colige que ellas deberán ser consultadas mediante los procedimientos apropiados, lo que no excluye a otras instituciones representativas, pero sí da cuenta que no se trata de consultas a personas individuales, menos si ellas son designadas por la autoridad estatal para consultarles.

²⁰⁷ Corte Suprema, Rol N° 36.919 de 22 de febrero de 2021, Considerando Décimo.

Las consultas han de efectuarse de buena fe, lo que implica respetar los intereses, valores y necesidades de cada grupo o comunidad que es consultado.

Además, las consultas han de ser llevadas a cabo de una manera apropiada a las circunstancias, lo que significa que no hay un modelo único de aplicación, sino que se han de atender los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que ellos hubieren desarrollado.”²⁰⁸

Inclusive en esta sentencia se realiza un control de convencionalidad en razón de lo establecido en el Convenio N°169 de la OIT, concluyendo la Corte que la norma administrativa aplicada por la autoridad no se ajusta a los estándares internacionales de la consulta indígena: “Cabe destacar que en este caso la Corte realiza un control de convencionalidad en el sentido de analizar si la aplicación de la norma interna por parte de la autoridad administrativa es conforme a la obligación contraída en el Convenio N° 169, y el resultado de dicha operación es que no se ajusta. En lo que dice relación con los derechos de los Pueblos Indígenas el Estado tiene un deber reforzado de protección, por lo que debe tomar medidas positivas especiales para lograr la efectividad del ejercicio de este derecho.”²⁰⁹

5.2.3.- CS interpreta ampliamente el concepto de “susceptibilidad de afectación directa”

En sentencia dictada en causa Rol N°92.081-2021 la Corte Suprema señala que la consulta indígena implica intercambio de información, exposición de diferentes puntos de vista, ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación de parte del titular del proyecto y la formalización de acuerdos en un plano de igualdad:

“Undécimo: Que, de lo hasta ahora expuesto, fluye que la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto, las que el Servicio de Evaluación Ambiental debe examinar en su mérito y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.”²¹⁰

En la misma sentencia la Corte Suprema interpreta a que se refiere el concepto “susceptibilidad de afectación”, señalando que el área de influencia es solo uno de los elementos geográficos a considerar:

“Considerando Undécimo: (...) Empero, también ha señalado que el área de influencia de un proyecto es sólo el primer elemento, de índole geográfico, que permite determinar si en la

²⁰⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°13.031-2020 de 25 de septiembre de 2020, Considerando CUARTO, confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N°125.619-2020

²⁰⁹ Aguilar (2022), p.23.

²¹⁰ Corte Suprema, Rol N° 92.081-2021 de 13 de enero de 2023, Considerando Undécimo.

especie se puede verificar una susceptibilidad de afectación, por lo que se debe determinar si en el área de influencia de un proyecto determinado existe además se localiza un grupo humano indígena o tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena que puedan verse afectadas por la actividad que se pretende desarrollar al producir alguno de los efectos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y artículos 7, 8 y 10 referido Reglamento. Es desde esa perspectiva que se asienta el concepto de susceptibilidad de afectación directa.

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que “lo que se requiere es que sea posible 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 (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad” (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398).²¹¹

La Corte Suprema en esta interpretación pretende ampliar el concepto de susceptibilidad de afectación directa, haciéndolo más omnicompreensivo del estándar establecido en el Convenio N°169 de la OIT, al señalar que se refiere a medidas que causen impactos en los derechos de los pueblos indígenas, en su integridad, autonomía y supervivencia cultural. De tal manera, que le otorga individualidad al concepto e implícitamente lo distingue de la noción de “impacto significativo” contemplado en la norma legal y reglamentaria.

De la misma manera, la Corte Suprema falla en sentencia dictada en causa Rol N°20.389-2019, al declarar ilegal un Decreto del Presidente de la República que modificó la cartografía del Parque Nacional Puyehue por no realizar un proceso de consulta conforme a lo dispuesto en el Convenio N°169 de la OIT :

“Noveno: Que, así las cosas, llama la atención que en el caso del pueblo Kawésqar, donde existían antecedentes serios y objetivos de la inexistencia de asentamientos humanos indígenas en la zona de la Reserva Nacional Alacalufes, el Ministerio de Bienes Nacionales realizó la Consulta Indígena, pero no lo hizo, en cambio, tratándose de la Comunidad Indígena Ñielay Mapu, teniendo antecedentes objetivos de asentamientos humanos en una porción del Parque Nacional Puyehue, precisamente en el deslinde Sur ordenado modificar por el Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017.

Décimo: Que tal proceder deviene en que la Resolución recurrida ha incumplido la obligación a que voluntariamente se sometió el Estado de Chile al ratificar el Convenio N° 169, vigente desde el 15 de septiembre de 2009, específicamente su artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2, en relación con los artículos 2 y 10 de la Ley N° 19.253 y el Decreto N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social . Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar el

²¹¹ Corte Suprema, Rol N°92.081 de 13 de enero de 2023, Considerando Undécimo.

deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega un trato de iguales a la comunidad indígena recurrente.”²¹²

MAHN respecto de esta sentencia señala que la Corte Suprema simplemente no consideró los impactos significativos como un criterio de procedencia de la consulta indígena, exigencia que merma los estándares establecidos en el Convenio N°169 de la OIT : “ (...) nuestro Máximo Tribunal no consideró la eventual existencia de impactos significativos, directos y específicos respecto de la comunidad indígena recurrente –según lo establecido en el D.S N°40 y D.S N°66 ya analizados-, lo que estimo razonable y jurídicamente procedente, considerando que el tenor literal y espíritu de las disposiciones del Convenio N°169 solo exigen la susceptibilidad de afectación directa, y en ningún caso exige una cierta dimensión o magnitud de afectación en los Pueblos Indígenas.”²¹³

6.- Conclusiones.

A pesar de que en nuestro país se ha consagrado normativamente el derecho de acceso a la participación y justicia ambiental dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se han visto mejorados y robustecidos a raíz de la reforma contenida en la Ley N°20.417, lo cierto es que aún no es posible visualizar una real consideración de los estándares contenidos en el Derecho Internacional del medio ambiente y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en especial lo mandatado por el Acuerdo de Escazú (2018), cuyas disposiciones son obligatorias para el Estado chileno, debiendo adecuar su orden jurídico interno en razón de ellas.

El hecho de que la participación en el SEIA sea obligatoria solo si los proyectos ingresan vía EIA y se desconozca que la mayoría de los proyectos ingresan vía DIA, hace pensar que la participación ambiental no está considerada realmente como un derecho que todos puedan ejercer sin exclusión. Así, su consagración no se condice con la obligación de propender al cumplimiento de un tratado de derechos humanos, como lo es el Acuerdo de Escazú (2018), que opta por una participación abierta e inclusiva.

Por otra parte, en la medida que sea posible la participación en el SEIA, esta conlleva plazos muy acotados, la información sobre los procesos de participación es insuficiente y las observaciones, en la mayoría de los casos, no son debidamente consideradas por la autoridad ambiental.

²¹² Corte Suprema, Rol N°20.389-2019 de 09 de septiembre de 2020, Considerandos Noveno y Décimo.

²¹³ Mahn (2021), p.78

Debe agregarse que respecto del derecho de acceso a la justicia ambiental, la normativa tiende a la restricción de acciones y la limitación de la legitimación activa, al señalar detalladamente requisitos para impetrar acciones y accionar. Esta situación es contraria a los estándares internacionales de apertura y amplitud respecto de la legitimación activa. En cuanto a la prueba del daño ambiental esta se complejiza para los demandantes, debido a la inexistencia de mecanismos favorecedores a la producción de esta.

Otro aspecto que merma la capacidad de presentar acciones administrativas y judiciales frente a decisiones de la autoridad es la falta de asistencia jurídica gratuita en litigios de orden ambiental. Actualmente esta labor la realizan entes externos al aparato estatal, a través de organizaciones no gubernamentales, clínicas jurídicas universitarias y el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Dicha situación se encuentra en contrariedad al estándar internacional de asistencia jurídica gratuita en estas materias.

En cuanto a la participación de los pueblos indígenas y el mecanismo de consulta, es posible aseverar que normativamente se encuentra restringido y sujeto al cumplimiento de requisitos formales. La errónea interpretación de la autoridad administrativa al igualar la “susceptibilidad de afectación directa” con el concepto de “impactos significativos” ha permeado la normativa legal y reglamentaria, inclusive siendo apropiada equivocadamente por los Tribunales Ambientales, exigiendo magnitud y entidad en los impactos de las actividades, requisito que no se encuentra contenido en el Convenio N° 169 de la OIT ni en otros instrumentos internacionales de la materia. Esta situación traslada el foco de atención desde la protección sustantiva de los derechos de los pueblos indígenas en el SEIA a la discusión procedimental de la procedencia de la Consulta, lo que genera incumplimiento de los estándares internacionales respecto de este derecho.

En los últimos años la Corte Suprema, en cuanto a los derechos de acceso en materia ambiental, ha interpretado la normativa en razón de los estándares internacionales y ha propiciado una jurisprudencia más cercana al lenguaje de derechos humanos. De todas maneras, se encuentra atada por la normativa que regula el SEIA, que promueve la aprobación rápida de proyectos de inversión y no una apreciación de impactos y medidas de mitigación y reparación.

Cabe destacar la intención de la recientemente publicada Ley Marco de Cambio Climático, que contiene un mandato especial de integrar la variable cambio climático en el SEIA. Aun es muy pronto para evaluar de que manera funciona esta incorporación de parte de los titulares de los proyectos, considerando, además, la Guía Metodológica emanada del SEA. Lo que es posible aseverar es que el cambio climático es un fenómeno tangible y urgente, que debe ser abordado no solo desde la perspectiva de los titulares de los proyectos, sino que también desde las

decisiones que toma la autoridad ambiental. Cada una de las problemáticas que se plantean en este documento implican un desconocimiento transversal de la crisis climática, que deben ser subsanadas con la mayor prontitud posible.

Finalmente, en la Propuesta de Nueva Constitución (2022), que no fue aprobada en el plebiscito de salida, se contemplaban explícitamente los derechos de acceso a la participación y justicia ambiental, en razón de que tal proyecto observaba en forma esencial la crisis climática que afecta a nuestro país y el mundo. Sin perjuicio de estos avances, se ha visto un retroceso en el Anteproyecto de Constitución Política de la República, que plantea una configuración en materia ambiental muy similar a la contemplada en la actual Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Aguilar, Gonzalo. (2022): “La participación ambiental, la legislación chilena y el Acuerdo de Escazú” En *Revista Catalana De Dret Ambiental* (Año 13, Núm. 1), pp.1-47.

Burdiles, Gabriela y Cofré, Leonardo. (2017): “La asistencia jurídica en materia ambiental: Desafíos en el marco del proceso de negociación del instrumento regional sobre los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental”. En *Revista de Derecho Ambiental*, (Núm. 8), pp. 52-80.

Cornejo, Camilo y Linazasoro, Izaskun (2022): “Un análisis de la causalidad en las sentencias de responsabilidad por daño ambiental ante los Tribunales Ambientales”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (Núm.251. Año XC), pp.203-233.

Carmona, Cristóbal (2020): “Evaluación ambiental, consulta indígena y el “desplazamiento” de los derechos de los pueblos indígenas”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (Núm.248), pp.199-232.

Delgado, Verónica (2022): “Editorial: Acuerdo de Escazú y la nueva Constitución de Chile”. En *Revista Justicia Ambiental y Climática de la ONG FIMA* (Núm.13), pp.1-12.

Durán, Álvaro (2021): “Comentario de jurisprudencia. La susceptibilidad de afectación directa como requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (Núm. 250), pp.393-421.

Fuenzalida, Sergio (2015): “Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la Consulta Indígena: Los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”. En *Quebec Journal of International Law* (Special Issue), pp.149-177.

Gamboa, Cesar. (2021): “Origen y debate del Acuerdo de Escazú en el Perú: Una mirada desde el derecho internacional ambiental”, en *Revista Kawsaypacha* (Núm. 8), pp. 139-160.

Guerra, Felipe (2017): “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”, en *Revista Justicia Ambiental de la ONG FIMA*, pp.19-38.

Guerra, Felipe y Sánchez, Gonzalo (2021): “La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile” en *Revista Ius et Praxis*, (Año 27, Núm.3) ,pp.24-44.

Henríquez , Alfonso. (2013): “Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental”. En *Revista Ius et Praxis*, (Año 19 Núm. 2), Universidad de Talca, pp. 251-300. Extraído el 29 de mayo de 2023 desde: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n2/art08.pdf>

Hernandez, Sergio (2020): “Los nuevos derechos de acceso en materia ambiental: el caso del Acuerdo de Escazú”. En *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Universidad Nacional Autónoma de México, pp.113-132.

Hunter, Iván (2021): “Desviación procesal en el contencioso-administrativo ambiental chileno”. En *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile* (Núm. 16), pp.271-304.

Lara, Martín (2017): “Mecanismos de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno” en *Revista de Gestión Pública* (Vol. VI, Núm.2), pp.283-314.

Leppe, Juan Pablo (2015): “Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV* (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2015), pp.369-384.

Mahn, Nicolas (2021): “Análisis crítico de la normativa y jurisprudencia nacional respecto a la consulta indígena en materia ambiental, en relación con el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en *Revista de Derecho-Facultad de Derecho UCSC* (Núm.39), pp.59-91.

Mansuy, Nicole; Belemmi, Victoria; Gumucio, Constanza; Burdiles, Gabriela y Rivera, Sofía (2022): “Hacia una Constitución ecológica: Acceso a la justicia ambiental”, en *Revista Justicia Ambiental de la ONG FIMA* (Núm.14).

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. 9, Núm. 1), pp.1-66.

Melo, Carme (2013): “La democracia ecológica: fundamento, posibilidades, actores” en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, (Núm.162), pp.175-198.

Mirosevic Verdugo, Camilo. (2011): “La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417” En *Revista de derecho (Valparaíso)*, (Núm. 36), pp. 281-323.

Moraga, Pilar (2017): “La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno”, en *Revista Derecho del Estado* (Núm.38), pp.177-198.

Morgan, Richard (2012): “Environmental impact assessment: the state of art”, en *Impact Assessment and Project Appraisal* (Vol. 30), pp.5-14.

ONG FIMA y NAMATI (2020): “Estado del ODS 16.3 sobre acceso a la justicia en Chile: avances y desafíos para la justicia ambiental”. En *Revista Justicia Ambiental de la ONG FIMA* (Núm. 12), pp.31-84.

Osorio, Nicolás (2022): “Cambios moderados para una reforma fundamental. El concepto de cargas ambientales y la debida consideración de las observaciones en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Tensiones dogmáticas y jurisprudenciales”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (Núm.252), pp.159-186.

Ryall, Áyne (2023): “A Brave New World: The Aarhus Convention in Tempestuous Times”. En *Journal of Environmental Law* (Núm.35), pp.161-166.

Rodríguez-Luna, Dante; Vela, Nuria; Alcalá, Francisco; Encina Montoya, Francisco (2021): “The environmental impact assessment in Chile: Overview, improvements, and comparisons”. En *Environmental Impact Assessment Review* (Volume 86).

Roa-García, María y Murcia-Riaño, Diana(2021): “El Acuerdo de Escazú, la democracia ambiental y la ecologización de los derechos humanos” En *Revista Naturaleza y Sociedad. Desafíos Medioambientales*, (Vol. 1), pp. 43-85.

Soto Barrientos, Francisco y Costa Cordella, Ezio. (2019): “Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental”. En *Revista Derecho del Estado*, (Núm. 44), pp. 227-255.

Torres, Pamela e Ibarra, Emanuel. (2017): “Acceso a la Justicia Ambiental. Análisis del criterio jurisprudencial respecto de la legitimación activa para recurrir en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente”. En *Revista de Derecho Ambiental*, (Núm. 8), pp. 81-101.

Valencia Hernández, Javier (2013): “Los obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental”. En *Revista Jurídicas*, (Núm.1 Vol. 10, Manizales, Universidad de Caldas), pp. 123-146.

CAPÍTULOS DE LIBROS

Carrillo, Juan Carlos (2019): "Acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica". En *Empoderamiento jurídico y abogacía comunitaria en Latinoamérica: experiencias de acceso a la justicia desde la comunidad*, pp.116-135.

De Iuliis, Carla, y Graziani, Rossella (2018): "¿Protección para el medio ambiente a través del derecho de acceso? un análisis de los reglamentos italianos y europeos". En *Aplicación de la transparencia: Educación y universidad, seguros, medioambiente, justicia y contratación*, Universidad Complutense de Madrid. pp. 125-136.

McGregor, Deborah; Whitaker, Steven y Sritharan, Mahisha (2021): "Indigenous Environmental Justice and Sustainability". En *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development*, pp.35-40.

Morales, María y Barraco, María (2020): "Aproximación al ius commune: Interamericanización en los derechos de participación y defensa del medio ambiental". En *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, Fundación Heinrich Böll, pp.15-41.

Ryall, Áine. (2019) "The Aarhus Convention: Standards for access to justice in environmental matters", in Turner, S. J., Shelton, D. L., Razzaque, J., McIntyre, O., May, J. R. (eds.) *Environmental Rights: The Development of Standards*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 116-146. Extraído el 29 de mayo de 2023 desde: <https://cora.ucc.ie/items/bf988c2b-0d0a-4058-af38-d5bca25dedd2>

LIBROS

Bermúdez, Jorge. (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Callahan, Kathe (2006): *Elements of effective governance: measurement, accountability and participation*. CRC PRESS, Boca Raton.

Costa, Ezio. (2020): Participación ciudadana. Concepto generales, deliberación y medio ambiente. Santiago de Chile. Der Ediciones.

Hervé, Dominique. (2015): Justicia ambiental y recursos naturales. *Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso*, 385.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Carvajal, Sergio. (2019): “El Acuerdo de Escazú: Una oportunidad para avanzar regionalmente hacia la protección ambiental en tiempos de crisis”. *Política exterior y medio ambiente*, Universidad de Los Andes, pp.16-23. [Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/31301/Medioambienta%20PIPEC.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=17>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

CEPAL (2022): “Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Guía de implementación”. [Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/48494-acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

CEPAL (2016): “Sociedad, derechos y medio ambiente: estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia.” [Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40735-sociedad-derechos-medio-ambiente-estandares-internacionales-derechos-humanos>] [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

CEPAL (2018): “Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.” [Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/43301-acceso-la-informacion-la-participacion-la-justicia-asuntos-ambientales-america>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Comisión Sindical Cívico Parlamentaria (CSCP) para la reforma al SEIA (2015): “Documento diagnóstico: reforma al sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA)”. [Disponible en: <https://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2015/09/Diagnostico-Comisi%C3%B3n-Sindical-Civico-Parlamentaria-CSCP-Septiembre-2015.pdf>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA (2016): “Informe final”. Desde :[Disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877_informe-mmaf_final.pdf]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015): “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”. [Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasextractivas2016.pdf>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Costa, Ezio (2020): “Evaluando la democracia ambiental en Chile. Columna de opinión.” [Disponible en: <https://www.fima.cl/2020/10/13/columna-evaluando-la-democracia-ambiental-en-chile/>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Gill, Gita (2018). “Access to Environmental Justice in India: Innovation and Change”. In: Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice. Intersentia.:[Disponible en: <https://nrl.northumbria.ac.uk/id/eprint/33792/1/Gill%20-%20Access%20to%20Environmental%20Justice%20in%20India%20AAM.pdf>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Servicio de Evaluación Ambiental (2023). “Guía metodológica para la consideración del cambio climático en el SEIA”. Primera edición, Santiago, Chile. [Disponible en: https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/01/13/MET-Guia-Cambio-Climatico_2023.pdf]. [Fecha de consulta: 12 de junio de 2023]

Knox, John (2013): "Access Rights as Human Rights. Third meeting of the focal points appointed by the Governments of the signatory countries of the Declaration on the application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean" [Disponible en: [:https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Environment/AccessRightsAsHumanRights.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Environment/AccessRightsAsHumanRights.pdf)]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Nalegach, Constance y Astroza, Paulina (2020): "La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú". *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, (40), 1. [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7836950>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Oficina Internacional del Trabajo (2013): "Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT" [Disponible en: https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

ONG FIMA (2023): "Análisis del cumplimiento de estándares del Acuerdo de Escazú en Chile. Segunda Edición". [Disponible en: <https://www.fima.cl/biblioteca/analisis-del-cumplimiento-de-estandares-del-acuerdo-de-escazu-en-chile-segunda-edicion/>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Servicio de Evaluación Ambiental (2022): "Cuenta Pública 2021". [Disponible en: https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2022/05/documento_cuenta_publica_sea_2021.pdf]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023]

Servicio de Evaluación Ambiental (2022): "Cuenta Pública Participativa 2022-2023". [Disponible en: <https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/05/19/Documento%20Cuenta%20P%C3%ABlica%20Participativa%202022-2023.pdf>]. [Fecha de consulta: 12 de junio de 2023]

United Nations Environment Programme, & Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (2021): “An Assessment of Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Decision-making in Asia-Pacific - Technical Briefing Paper prepared for Expert Meeting on Human Rights and the Environment”. [Disponible en: <https://wedocs.unep.org/20.500.11822/36334>]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023].

UNECE (2016): “Maastricht Recommendations on Promoting Effective Public Participation in Decision-making in Environmental Matters prepared under the Aarhus Convention.” [Disponible en: https://unece.org/DAM/env/pp/Publications/2015/1514364_E_web.pdf]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2023].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto 66 que aprueba Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica. Ministerio de Desarrollo Social; Subsecretaría de Servicios Sociales. Diario Oficial, 04 de marzo de 2014.

Decreto 40 que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ministerio del Medio Ambiente. Diario Oficial, 12 de agosto de 2013.

Ley N°19.300 que aprueba la Ley sobre bases generales del Medio Ambiente. Diario Oficial, 09 de marzo de 1994.

Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales. Diario Oficial, 28 de junio de 2012.

Ley N°21.533 que modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República. Diario Oficial, 17 de enero de 2023.

Ley N°21.455 Ley Marco de Cambio Climático. Diario Oficial, 13 de junio de 2022.

SENTENCIAS CORTE SUPREMA

Brucher Valenzuela Hernán con Asociación Gremial Cámara de Comercio de Penco (recursos de casación en la forma y en el fondo), Rol N°91.622-2021, de 13 de enero de 2023.

Brucher Valenzuela Hernán con Yevilao Yevilao Mercedes (recursos de casación en la forma y en el fondo), Rol N°92.081-2021, de 13 de enero de 2023.

Caro Loncuate Marcela Isabel con Servicio de Evaluación Ambiental (recurso de casación en el fondo), Rol N°36.919-2019, de 22 de febrero de 2021.

Comunidad Indígena con Ministerio de Bienes Nacionales (recurso de apelación), Rol N°20.389-2019, de 09 de septiembre de 2020.

Donoso con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos (recurso de casación en la forma), Rol N° 1085-2022, de 01 de marzo de 2023.

Fernández con Secretaria Regional Ministerial de Energía Bío Bío (recurso de apelación), Rol N°125.619, de 01 de junio de 2021.

Gumucio Gumucio Andrea Jeannette con Servicio de Evaluación Ambiental Araucanía (a) (recurso de casación en el fondo), Rol N°59.791-2020, de 02 de agosto de 2021.

Ilustre Municipalidad de Coronel con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (A) (recurso de casación en el fondo), Rol N°14.334-2021, de 28 de junio de 2022.

Inversiones GNL Talcahuano Spa con Asociación Gremial Cámara de Comercio de Penco (recursos de casación en la forma y en el fondo), Rol N°91.629-2021, de 11 de enero de 2023.

Junta de Vecinos La Portada de Ñuñoa con Servicio de Evaluación Ambiental (recurso de apelación), Rol N°62.662-2020, de 19 de octubre de 2020.

Luis Araneda Necumán y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (recursos de casación en la forma y en el fondo), Rol N°3971-2017, de 28 de junio de 2018.

Marineros Auxiliares de Bahía de Puerto Tocopilla con Ministerio de Energía (recurso de apelación), Rol N°25.530, de 09 de agosto de 2021.

SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

Fernández con Secretaria Regional Ministerial de Energía Bío Bío (recurso de protección), Rol N°13.031-2020, de 25 de septiembre de 2020.

BOLETINES/ACUERDOS/CONVENIOS/OTROS

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018)

Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile (2023).

Boletín N° 14852-10 que “Aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, y su Anexo 1, adoptado en Escazú, República de Costa Rica, el 4 de marzo de 2018” (2022).

Convención Americana de Derechos Humanos (1966)

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965)

Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales (1989).

Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente “Convenio de Aarhus” (1998)

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)

Declaración sobre aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina. Hoja de ruta del proceso de creación de un instrumento sobre la aplicación del Principio 10 en América latina y el Caribe (2012).

Declaración sobre aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe (2012)

Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Directrices de Bali) (2010).

Estrategia Interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible (2001).

Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, sobre el derecho a la participación (2014).

Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza, sobre el derecho a participar de las personas que viven en la pobreza (2013)

Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, sobre asistencia jurídica gratuita (2013).

Informe del experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (2015).

Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento titulado “Propuesta de Gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo” (2012).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005)

Propuesta de Nueva Constitución Política de la República (2022)

Resolución A/RES/70/1 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, Septuagésimo período de sesiones: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (2015).