



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho**

**EL CONCEPTO DE TERRITORIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA  
COMO CRITERIO DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL MARCO DEL  
SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Autora:**

Gabriela Paz Puschel Cassigoli

**Profesora Guía:**

María Nora González Jaraquemada

Santiago, Chile

2021

## ÍNDICE

<b>Índice.....</b>	<b>1</b>
<b>I. Introducción.....</b>	<b>2</b>
<b>II. Metodología.....</b>	<b>10</b>
i. <b>Marco jurídico.....</b>	<b>11</b>
ii. <b>Jurisprudencia.....</b>	<b>12</b>
<b>III. Marco Jurídico.....</b>	<b>14</b>
i. <b>Convenio N°169 OIT y el derecho a la consulta previa.....</b>	<b>14</b>
ii. <b>Aprobación del Convenio N°169 OIT en Chile.....</b>	<b>16</b>
iii. <b>Elementos de la consulta previa.....</b>	<b>17</b>
iv. <b>Estándar de aplicación de la consulta previa: susceptibilidad de afectación directa....</b>	<b>19</b>
v. <b>Consulta indígena en Chile en el marco del Servicio de Evaluación Ambiental.....</b>	<b>20</b>
vi. <b>El problema del criterio de aplicación en Chile: la exclusión por territorio.....</b>	<b>23</b>
<b>IV. Jurisprudencia: El problema del territorio en el sistema judicial en Chile.....</b>	<b>25</b>
i. <b>Panorama actual de la consulta indígena: judicialización por exclusión de comunidades en procedimientos de consulta.....</b>	<b>25</b>
ii. <b>¿Un problema de territorio?.....</b>	<b>26</b>
iii. <b>Revisión jurisprudencial.....</b>	<b>27</b>
a. <b>Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi con Director Ejecutivo del Servicio de evaluación de Impacto Ambiental.....</b>	<b>27</b>
b. <b>José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros.....</b>	<b>30</b>
c. <b>Luis Alberto Araneda Necuman con Comité de Ministros.....</b>	<b>32</b>
d. <b>Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco representada por María Patricia Flores Quilapán y otros contra Servicio de Evaluación Ambiental Región Bio Bio y Comisión De Evaluación Ambiental Región Bio Bio.....</b>	<b>34</b>
iv. <b>¿Cómo se ha entendido el concepto de territorio indígena por parte de los tribunales? .....</b>	<b>37</b>
v. <b>¿Se ajusta a la dimensión de territorio que entregan los DDHH? .....</b>	<b>38</b>
<b>V. Conclusiones.....</b>	<b>38</b>
<b>VI. Propuestas.....</b>	<b>39</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>40</b>

## I. Introducción

Este ensayo constituye un estudio del razonamiento judicial de los tribunales chilenos en materia ambiental mediante el cual se pretende verificar si éstos han interpretado el concepto de territorio en base a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, “DIDDHH”). El trabajo plantea que el concepto de territorio es un elemento fundamental para la aplicación adecuada de la consulta previa y que debe emplearse en base a los términos exigidos por el DIDDHH. Dado el alto número de conflictos etnoambientales<sup>1</sup> judicializados por falta o errónea aplicación de las normas de consulta previa del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante también “**Convenio N°169**”), la labor interpretativa de la judicatura resulta esencial tanto para cumplir con los deberes jurídicos de Chile en el ámbito internacional como para abordar los conflictos interétnicos con apertura hacia una ciudadanía multicultural<sup>2</sup>.

Los pueblos originarios se encuentran en una situación de vulnerabilidad histórica. El reconocimiento de la diversidad cultural ha sido un largo proceso que continúa desarrollándose y que encuentra obstáculos en la raíz misma de la estructura social. El concepto de Estado entendido en su forma tradicional como Estado-nación excluye valores culturales diversos, o bien simplemente asume la diversidad como un «un agregado en la unidad del Estado»<sup>3</sup>. Actualmente, la globalización amenaza la preservación de su identidad y formas de vida propias dada la tendencia de homogenización bajo el modelo socio cultural occidental.

En Latinoamérica, la extracción de recursos naturales que afecta directamente a la población indígena causa un escenario de conflictividad social. “Ello se debe, en parte, a la persistencia de causas estructurales que están en la base de muchas de las violaciones a sus derechos, como la existencia de una profunda discriminación, enraizada a lo largo de siglos de historia y que permea el aparato estatal.”<sup>4</sup> Sin embargo, la pluriculturalidad es una realidad que se muestra muy patente en nuestra región y en nuestro país, y su reconocimiento es fundamental.

---

<sup>1</sup> Rodrigo Lillo Vera explica el contexto de este tipo de conflictos entre pueblos indígenas y Estado, caracterizándolo en términos generales como “un tipo de disputa que tiene que ver con el tema ambiental, y en que influye la diversidad étnica de sus actores” LILLO, R (2002). Conflictos ambientales en territorios indígenas. Revista CREA. Número (3) pp. 17-112. p. 92. Caracteriza este tipo de conflictos como aquellos centrado en la discusión respecto a la condición de sujetos de derechos colectivos de los pueblos indígenas, en particular el derecho a la autonomía y el territorio.

<sup>2</sup> Marimán y Aylwin utilizan el concepto de ciudadanía multicultural, ciudadanía diferenciada y ciudadanía étnica en lugar de otros conceptos como multiculturalismo, dado que en Chile este último no es parte de las demandas indígenas, sino el reconocimiento de derechos políticos. MARIMÁN, Pablo; AYLWIN, José (2008). “Las identidades territoriales mapuche y el Estado chileno: conflicto interétnico en un contexto de globalización” p.116. En LEYVA, X; BURGUETE, A; SPEED, S, *Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor* (pp. 111-150). México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

<sup>3</sup> ANTONA, Jesús (2014). *Los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Az Mapu y el caso mapuche*. Temuco: Ediciones Universidad Católica de Temuco. p.29.

<sup>4</sup> DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil Chile, Colombia,*

El territorio es un elemento en constante disputa, aun dentro de un mismo Estado. En países como el nuestro, donde existe población indígena, existe una clara diferencia respecto al concepto de territorio entre la visión tradicional del Estado-nación occidental y la de los pueblos con identidad cultural propia.<sup>5</sup> Esta diferencia de visión se acentúa en el ámbito de desarrollo de proyectos económicos pues, según explica Rodrigo Lillo, “Precisamente los espacios que habitan los indígenas, son aquellos que más interesan desde una perspectiva económica; básicamente porque corresponden a aquellos con mayor riqueza natural y diversidad biológica. Además, porque afecta a personas que por su condición socio política y económica, no debieran poner en riesgo el ‘capital invertido’, transformándose así, los territorios indígenas en los espacios ‘más rentables’ para los inversionistas”<sup>6</sup>. En estos casos, resulta incompatible el desarrollo de sus modos particulares de vida con el desarrollo de proyectos de inversión.

La demanda por el territorio es quizá la más significativa de los pueblos indígenas<sup>7</sup> y su discusión ha pasado en múltiples casos al ámbito jurídico, en el que los tribunales se enfrentan a distintas visiones sobre un elemento tan esencial del Estado. Tanto a nivel internacional como a nivel local, se han hecho esfuerzos por una apertura especial a los pueblos indígenas en materia ambiental, de manera que sus modos particulares de vida sean considerados.

Hay consenso entre los organismos internacionales respecto a la importancia de la participación pública en el proceso de toma de decisiones para el desarrollo sostenible<sup>8</sup>. El Poder Judicial de la

---

*Guatemala y Perú. Avances y desafíos para su implementación.* Recuperado de <http://dplf.org/es/resources/derecho-la-consulta-y-al-consentimiento-previo-libre-e-informado-en-america-latina>, p.iv.

<sup>5</sup> Álvaro Bello explica que “la hegemonía de un “territorio nacional” se ha opuesto a la configuración de formas alternativas de territorio, pues se cree que éstas pueden atentar contra la homogeneidad y unidad de la nación. Al demandar territorio, los indígenas están subvirtiendo el orden territorial impuesto por el Estado nacional, instaurado como modelo único que representa a la nación y el Estado”. BELLO, A (2004). *Etnicidad y ciudadanía en América Latina: La acción colectiva de los pueblos indígenas*. Santiago de Chile: CEPAL/ONU, p. 96.

<sup>6</sup> LILLO, R (2002) Op. Cit. p. 93.

<sup>7</sup> BELLO, A (2004) Op. Cit. p. 95.

<sup>8</sup> En este sentido, el Principio 10 de la Declaración de Principios adoptado en 1992 en las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo (Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro), establece: “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 adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran 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 de la población 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”. Luego, en la Cumbre de Desarrollo Sostenible de 1996 en Santa Cruz de la Sierra, los jefes de Estado y de Gobierno reafirmaron el principio 10 y encomendaron a la OEA la formulación de una Estrategia Interamericana para la promoción de participación pública en el proceso de toma de decisiones para el desarrollo sostenible (ISP). Tres de los siete principios desarrollados al respecto tienen una importancia fundamental en el contexto de los derechos de acceso. Véase: PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2018) *Principios Jurídicos Medioambientales para un desarrollo ecológicamente sostenible*. Santiago de Chile: Poder Judicial de la República de Chile.

República de Chile reafirma que “la necesidad de trabajar en la mejora de estos derechos de acceso a través de la justicia ambiental, se presenta como el principal instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas y, en especial, para la conservación de un medio ambiente sano, como también de un orden ecológico equilibrado que garantice la identidad cultural, el uso y respeto de la lengua materna o de origen, la paz, el desarrollo humano sostenible, al acceso a la tierra y a los espacios públicos, entre muchos otros”<sup>9</sup>. Asimismo, asegura que la inclusión busca “esfuerzos especiales para crear igualdad de oportunidades para las mujeres y los grupos vulnerables, tales como las poblaciones indígenas, los jóvenes, minorías en desventaja racial o étnica y otros grupos tradicionalmente marginados.”<sup>10</sup>

El DIDDHH otorga un marco jurídico fundamental para países con una realidad multicultural en materia de reconocimiento y participación a las poblaciones indígenas. Chile asumió deberes de protección a los pueblos indígenas dentro de este marco en base a tratados que ha ratificado, particularmente el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989. Uno de sus instrumentos más relevantes es el derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas, que reconoce la participación de estos pueblos frente a medidas que sean susceptibles de afectarles directamente.

La remisión que se hace en este ensayo al DIDDHH no es baladí. En materia de derechos de los pueblos indígenas tienen particular relevancia. Por una parte, los mecanismos jurídicos internacionales son considerados los mejores instrumentos para superar su situación de marginación histórica<sup>11</sup>. Por otra, Álvaro Bello, consultor de la División de Desarrollo Social de la CEPAL, reconoce su importancia en relación a su vínculo con el medio ambiente al señalar que “los instrumentos internacionales reconocen derechos colectivos y tienden a proteger recursos naturales, que comúnmente son escasamente protegidos por las leyes nacionales, y que son vitales para los pueblos indígenas”<sup>12</sup>.

Al centrar la mirada en nuestro país, notamos que “la Constitución Política de la República de Chile de 1980 es la única en América Latina –junto con la de Costa Rica– que no cuenta con reglas que reconozcan derechos indígenas ni el derecho a la consulta previa”<sup>13</sup>. Frente a esta situación, el reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se vuelve primordial para una apertura institucional y jurídica a la diversidad cultural.

El Poder Judicial de la República de Chile también ha reconocido la importancia de la relación recíproca entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>14</sup>. Asimismo, recalca la importancia de “proteger los derechos ambientales de las personas y de las colectividades, a partir de una interpretación razonable, creativa y responsable de todo el

---

<sup>9</sup> *Ibíd.* p. 19.

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 18.

<sup>11</sup> ANTONA, J (2014). *Op. Cit.* p. 46.

<sup>12</sup> BELLO, A (2004). *Op. Cit.* p. 84.

<sup>13</sup> DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (2015). *Op. Cit.* p. 6.

<sup>14</sup> PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2018). *Op. Cit.* p. 131.

ordenamiento jurídico, el que está conformado por los principios ambientales, el sistema jurídico internacional, las normas constitucionales, legales y reglamentarias, hasta llegar a los actos particulares”<sup>15</sup>.

En el último año destacan una serie de sentencias en que la Corte Suprema ha interpretado el derecho internacional haciéndolo aplicable con fines de proteger los derechos ambientales de comunidades en Chile. Es el caso de la sentencia de 12 de febrero de 2020, en la causa Rol N° 14.162-2019 sobre regularización de derechos de aguas por parte de la Comunidad Indígena Histórica y Sucesorial del Pueblo Aymara, que fue negada por parte de la Dirección General de Aguas (en adelante, “DGA”) por no cumplir con los requisitos del artículo 2° transitorio del Código de Aguas. La petición de regularización de la comunidad fue rechazada en primera y segunda instancia, pero la Corte Suprema sentenció que en el caso de miembros de comunidades indígenas, el cumplimiento de los requisitos necesariamente ha de analizarse a la luz de la Ley N°19.253 o ley indígena y del Convenio N°169 de la OIT que precisamente tiende a la protección de los derechos ancestrales de los pueblos originarios, vinculados tanto al uso de las tierras como de los recursos naturales asociados a ellas, anulando los fallos anteriores.

En esa ocasión, la Corte acogió la solicitud promovida por los peticionarios de la comunidad indígena Aymara, en cuanto ordenó a la DGA inscribir a su nombre los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, corrientes, de carácter consuntivo, ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 1,07 litros por segundo, que se captan desde el punto denominado “Huayllapucho” y por un caudal de 0,441 litros por segundo, que se captan desde el punto denominado “Bartoloma”<sup>16</sup>.

Por otra parte, en sentencia de fecha 21 de septiembre de 2020, en la causa Rol N°2608-2020, la Corte ordenó al Proyecto Minero Cerro Márquez ingresar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, también “SEIA”), a pesar de no subsumirse en ninguna de las tipologías del artículo 10 de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente ni del artículo 3° del D.S. N°40/2012 que aprueba el Reglamento del SEIA. La Corte en ese caso falló sobre la base de los principios preventivo y precautorio concluyendo que el proyecto debió ingresar al SEIA debido a su gran envergadura y riesgo para las comunidades indígenas Aymara afectadas, por lo que debió ingresar al SEIA, al ser susceptible de causar impacto ambiental.

Por último, cabe mencionar la reciente sentencia del 13 de enero de 2021, respecto al caso Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado, en la que la Corte Suprema acogió recurso de casación en el fondo presentado por la Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca –AIASIQ– y ordenó al Comité de Ministros considerar las observaciones planteadas por la comunidad recurrente al proyecto. En la sentencia la Corte Suprema cita directamente al Convenio N°169 y se refiere a los estándares mínimos que, de acuerdo a la OIT, debe cumplir el proceso de consulta para ser considerado adecuado.

---

<sup>15</sup> *Ibíd.* p. 21.

<sup>16</sup> Corte Suprema. Sentencia de fecha 12 de febrero de 2020, Rol N14.162-2019. Considerando N°8.

Ahora bien, los derechos humanos requieren una reinterpretación para aplicarse a los derechos indígenas. Así como la globalización pone en riesgo la identidad cultural propia de cada pueblo, la universalidad de los derechos humanos también presenta problemas en su aplicación a culturas no occidentales. Jesús Antona Bustos identifica tres desafíos que plantea su universalidad para las etnias minoritarias: “el origen de los derechos humanos en la cultura occidental, la pretensión de homogeneización e imposición de valores occidentales y su carácter individualista”<sup>17</sup>. En este sentido, las objeciones respecto a la aplicación de los derechos humanos a culturas no occidentales “aluden también al temor a ser engullidos por la cultura occidental, al lastre del colonialismo, al recelo que generan algunos de sus fundamentos y a la percepción de que sustentan un orden mundial basado en unas relaciones políticas y económicas injustas y desiguales”<sup>18</sup>.

Desde este punto de vista, amparar el discurso indígena en los derechos humanos puede parecer una paradoja, y sin duda ha sido un asunto debatido. Si bien este ensayo no pretende profundizar en este punto, para efectos de este trabajo se considera que los discursos indígenas, en el ámbito de los derechos humanos, ponen en contradicción la ideología dominante centrándose en los usos locales de los derechos, reconstruyendo el universalismo de los derechos humanos, a partir de la diversidad de racionalidades existentes, creando una dinámica que robustece la eficacia de ambos.<sup>19</sup>

El modelo clásico de interpretación de los derechos humanos, de aplicación mecánica al caso concreto, “tiende a la exclusión y discriminación sistémica al no considerar las particularidades de los diferentes pueblos en los conflictos jurídicos”<sup>20</sup>. En cambio, adaptar su lectura a las diferentes realidades culturales, permite legitimar su aplicación y otorgar confianza a los sujetos de derecho, en el marco de un mundo globalizado<sup>21</sup>.

El profesor y doctor en Derecho Claudio Nash plantea una *interpretación culturalmente sensible*, “en donde el contexto y particularidades se usen para interpretar el contenido del derecho y las obligaciones del Estado”<sup>22</sup>. En el caso indígena, el contexto estaría dado por una especial condición de vulnerabilidad y un factor cultural preponderante<sup>23</sup>.

Cabe mencionar que la labor de la interpretación de instrumentos internacionales corresponde a los tribunales de justicia. Normalmente en nuestro país, se utiliza el sistema de reenvío en base al

---

<sup>17</sup> ANTONA, J (2014) Op. Cit. p. 34.

<sup>18</sup> Ibid. p. 34. Antona cita en este sentido a De Lucas, 1998; Don Nanjira, 2006; Donnelly, 2003; Ignatieff, 2003; Kabuaa Badi, 2000; Mikunda, 1998; Müntarhorn, 2006; Stétié, 2006; y Vidal Beneyto, 2006.

<sup>19</sup> Jesús Antona Bustos aborda estas discusiones en *Los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Az Mapu y el caso mapuche*. (2014), pp 34 y siguientes.

<sup>20</sup> NASH, C., NÚÑEZ, C. y BUSTAMANTE, M. (2014). *Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142688> p. 106.

<sup>21</sup> ANTONA, J (2014) Op. Cit. pp. 20-21.

<sup>22</sup> NASH, C., NÚÑEZ, C. y BUSTAMANTE, M. (2014). Op. Cit. p. 110.

<sup>23</sup> Ibid. p. 108.

artículo 5.2 de la Constitución Política de la República que integra el sistema internacional con el nacional. “Esto le permite a nuestros tribunales a) suplir lagunas, b) darle concreción a ciertos derechos que se encuentran expresados como principios que es necesario dotar de cierto contenido y alcance ciertos para resolver los casos que llegan a nuestros tribunales; y, c) interpretar la normativa nacional en conformidad a las obligaciones internacionales<sup>24</sup>.

En este contexto, el Convenio N°169, ratificado por Chile el año 2008, cobra particular relevancia. Según lo señalado anteriormente, el acceso a la justicia ambiental se esgrime como una medida fundamental frente a los conflictos interétnicos de trasfondo ambiental y económico. En este sentido, el Convenio N°169 es “actualmente el único instrumento internacional, de carácter convencional, que contiene obligaciones específicas en materia de participación y consulta previa, entre otros ámbitos fundamentales para los pueblos indígenas”<sup>25</sup>. Además, junto con la “Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas han contribuido a sentar las bases que otorgan reconocimiento a los derechos colectivos dentro del derecho público internacional”<sup>26</sup>.

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se presenta como uno de los más relevantes en materia de reconocimiento y participación de las minorías étnicas. Su correcta implementación por parte de los Estados es clave tanto para el resguardo de derechos indígenas substantivos<sup>27</sup> como para que participen como sujetos activos ante los conflictos interétnicos con trasfondo ambiental y económico. Su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha importado un desafío a la transformación de las instituciones locales en pos de un sistema que asegure la interculturalidad.

La relevancia de la participación directa por parte de los pueblos afectados respecto a medidas que les atañe tiene reconocimiento mundial. Así, se evidencian importantes consecuencias aun en la dimensión económica. El Dr. Salvador Millaleo cita el informe del Banco Mundial al señalar que incluso este organismo “ha reconocido que cuando a los pueblos indígenas y sus comunidades afectadas se les ha negado el derecho a participar, influir y compartir el control sobre las iniciativas y decisiones de desarrollo, el resultado ha sido a menudo el surgimiento de múltiples conflictos que han sido perjudiciales para los intereses de los participantes<sup>28</sup>. La posibilidad de acceder a un espacio participativo es un primer paso fundamental al momento de abordar conflictos tan complejos como lo son aquellos interétnicos, con trasfondo ambiental y económico.

Como se mencionó más arriba, el concepto de territorio es esencial para los pueblos indígenas. Esto presenta un desafío particular al momento de determinar la aplicación de la consulta. De acuerdo a lo señalado por la norma del Convenio N°169, la consulta indígena debe realizarse cada vez que se

---

<sup>24</sup> *Ibíd.* p. 114.

<sup>25</sup> DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (2015) *Op. Cit.* p. 2.

<sup>26</sup> ANTONA, J (2014) *Op. Cit.* p. 43.

<sup>27</sup> MILLALEO, S. (2014). ¿Gobernar consultado?: el Convenio 169 en los reglamentos aprobados en Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/129864> p. 55.

<sup>28</sup> MILLALEO, S. (2014). *Op. Cit.* p. 55.



prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a una comunidad. Dada la relación particular que tienen los diferentes pueblos indígenas con el territorio, determinar si se produce una afectación a éste por parte de una medida legislativa o administrativa puede resultar difícil para quien no comparte una cosmovisión étnica específica.

De la manera en que está expresado el estándar de aplicación de la consulta previa, se distinguen dos elementos que son necesarios definir. Por una parte, la susceptibilidad de afectación, y por otra, la afectación directa.

La susceptibilidad se relaciona con la posibilidad (no la certeza) de que se pueda producir un impacto adverso a los derechos o intereses de los pueblos indígenas. El hecho de que se trate de una posibilidad excluye la necesidad de que dicho impacto sea certero. En otras palabras, la consulta “procede cada vez que se prevea una medida que pueda afectar a los pueblos indígenas, en un contexto de interculturalidad”<sup>29</sup>.

El criterio de afectación directa va ligado con el carácter no remoto de dicha afectación o con la proximidad de ésta, entendiéndose por ello una proximidad causal, y no únicamente geográfica<sup>30</sup>.

El Relator especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), James Anaya, agrega como tercer elemento esencial del estándar el criterio de la especificidad de la afectación. Anaya expresa que los criterios del estándar deben entenderse siempre en un contexto de interculturalidad. En este sentido, señala que “el deber de celebrar consultas es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”<sup>31</sup>.

Los criterios para la aplicación de la consulta demuestran la necesidad de una apertura de visión a otras concepciones y formas de vida. De lo contrario, una visión muy acotada de la consulta termina por excluir del proceso a comunidades que pueden sentirse afectadas por medidas legislativas o administrativas (siendo estas últimas las que nos interesan), en modos no percibidos por la sociedad o las instituciones tradicionales.

Este ensayo se centra en el territorio como elemento crucial a considerar para la aplicación de la consulta previa a comunidades indígenas. Para ello resulta fundamental establecer qué se entiende por territorio.

---

<sup>29</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/27tnx>. Fecha de consulta: 3 de junio de 2020. p. 3.

<sup>30</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, G (2016). La Jurisprudencia del Multiculturalismo en Chile: La Consulta Previa Indígena Ante Tribunales. Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso. (Número 69) p. 24.

<sup>31</sup> ANAYA, J (2009a). “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. A/HRC/12/34/Add.6. Disponible en: <http://goo.gl/o9lnG6>. Fecha de consulta: 3 de junio de 2020. p. 16.

En general, el concepto de territorio puede ser abordado desde diferentes disciplinas, según explica la doctora en sociología Beatriz Nates. Por ejemplo, mientras para la ecología el territorio es un área de organismos que se asemejan entre sí con propósitos de sobrevivencia y reproducción, la geografía lo estudia como un escenario de poder; una superficie con límites de soberanía, apropiación y jurisdicción, entre otros. Luego, la antropología lo aborda, por un lado, como una construcción cultural sujeta a los cambios y dinámicas sociales, y por otro, como portador de una doble naturaleza: como un medio para el estudio de la sociedad y como un fin de estudio en sí mismo, de una naturaleza de tipo “cosmogeográfico”<sup>32</sup>. Para Nates, el territorio es una significación cultural que solo existe para alguien que puede ser un actor social, ya sea individual o colectivo. “El uso social del territorio se concreta en dominios sociales culturales tales como el parentesco, la economía, la salud, la política, la religión, entre otros (...) Lo que significa que las disposiciones territoriales son garantes de la identidad social y cultural, y que aseguran su reproducción.”<sup>33</sup>

El concepto de territorio no solo adquiere un concepto distinto de acuerdo al área del conocimiento desde el cual se estudie, sino también para cada pueblo originario. Así, “(...) en la cosmovisión indígena el territorio y los recursos que alberga son inescindibles y que se expresa en concepto tales como: Suma Qañama (vivir bien), para los Aymaras; o, ixofij mogen, para los mapuches, aludiendo estrecha relación de un mapu (tierra), determinado y particular, con las distintas formas de vida natural, vegetal, animal, entre muchas otras que se pueden reproducir en un determinado espacio”<sup>34</sup>. Fuera de Chile, encontramos por ejemplo que “Para los yanacunas del sur de Colombia el territorio vendría siendo la concatenación entre el mundo y el entorno.”<sup>35</sup>

Estas cosmovisiones impactan directamente en la forma organizacional de los pueblos. En el caso del pueblo mapuche, su estructura social se da en torno a unidades territoriales, *rewe*, conformados por familias emparentadas, *lof*. En ámbitos comerciales, religiosos y de defensa, conforman identidades territoriales asociados a nichos ecológicos comunes, por lo que la sociedad nunca contó con la figura del Estado como organización socio-política, a diferencia del modelo de Estado moderno chileno. “Este modelo identifica al Estado con la Nación y a ésta con el Estado, generándose así un férreo vínculo que une a dos construcciones históricas, a las que hay que sumar un elemento central que es el territorio, tanto en su dimensión geopolítica como cultural.”<sup>36</sup> Las

---

<sup>32</sup> NATES, B (2011). Soportes teóricos y etnográficos sobre conceptos de territorio. Revista Co-herencia Vol. 8, (Número 14). p. 211.

<sup>33</sup> NATES, B (2011). *Ibíd.* p. 212.

<sup>34</sup> COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2008). Informe de la comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Fecha de consulta: 3 de junio de 2020. p. 539.

<sup>35</sup> NATES, B (2010). *Op. Cit.* p. 210.

<sup>36</sup> VAN BEBBER, R (2002). Estado-Nación y ‘conflicto mapuche’: aproximación al discurso de los partidos políticos chilenos. En: Crisis y conflicto en el capitalismo latinoamericano: Lecturas políticas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20110111074012/11vanbebbber.pdf>. Fecha de consulta: 18 de abril de 2021. P.

diferentes formas de vincularse al territorio tienen así un impacto directo sobre el reconocimiento y la identidad de los pueblos. El territorio es un elemento político-administrativo del Estado-nación que le otorga unidad y le permite ejercer soberanía sobre sus habitantes y recursos, por lo que una manera diferente de relacionarse con el territorio transgrede los cimientos esenciales del estado occidental, al menos en su concepción más clásica. En este sentido, el concepto de territorio es determinante para la organización del poder dentro de una sociedad, fundamentando las relaciones sociales y políticas dentro de esta.

En este ensayo se considerará el territorio desde la mirada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El DIDDHH no tiene una definición propia de territorio. Establece estándares que deben considerarse para entender el concepto respetando las particularidades de las diferentes culturas indígenas.

Jurídicamente, el Estado chileno asumió el deber de respetar y cumplir con obligaciones de carácter internacional en materia de derechos humanos y, particularmente, respecto a los pueblos indígenas al ratificar el Convenio N°169 de la OIT. Como se señaló más arriba, la legislación nacional se modificó en vistas a adaptarse a los requerimientos internacionales y los tribunales también han adoptado una lectura de principios ambientales que engloban una consideración especial por grupos más vulnerables, como los pueblos indígenas. Por lo tanto, al hacer una lectura del concepto de territorio como elemento de la consulta indígena, resulta fundamental atender a su marco jurídico en base al cual la institucionalidad se estructura y opera.

Desde el punto de vista social, los derechos humanos “se han conformado en poderosos argumentos de disputa y en un lenguaje intercultural de alcance mundial para hacer frente a las interpretaciones hegemónicas sobre el mundo y defender intereses sectoriales.”<sup>37</sup> En este sentido, es necesario situar esta investigación en el contexto globalizado y de un mundo cada vez más interdependiente que requiere un dialogo intercultural para comprender conceptos como el de territorio indígena, reconociendo valor a la identidad de cada pueblo.

Este ensayo no considera por tanto la definición que cada pueblo originario le otorga al territorio. Dado que este ensayo constituye un análisis jurisprudencial, interesa comprobar si los tribunales se ajustan a los estándares legales aplicables. Ello, sin perjuicio de que una lectura desde el DIDDHH analiza el concepto desde el vínculo propio de cada cultura con su territorio. Resulta razonable a nuestro juicio que en un contexto interétnico los conceptos propios de las minorías sean abordadas con apertura a una ciudadanía multicultural, entendiendo que comprender a la cosmovisión de otra cultura resulta complejo aun en nuestra realidad actual.

## **II. Metodología**

El problema que aborda este ensayo son los conflictos interétnicos con trasfondo ambiental y económico que son judicializados en sede ambiental. En estos casos, son principalmente los pueblos indígenas que demandan el reconocimiento del derecho a consulta previa por parte de organismos

---

<sup>37</sup> ANTONA, J (2014) Op. Cit. p. 19.

del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, también “SEIA”) ante los tribunales de justicia. Estos conflictos se sitúan en un contexto nacional de diversidad cultural en el cual la demanda por el gobierno del territorio y su significación, desde su cosmovisión ancestral, es fundamental para los pueblos indígenas. Esta demanda fue recogida por tratados internacionales suscritos por Chile, reconociendo derechos territoriales de los pueblos. El ensayo cuestiona que los tribunales de justicia chilenos incorporen en su razonamiento judicial un concepto de territorio que se ajuste a aquel exigido por los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el ámbito de la consulta previa en materia ambiental.

La hipótesis plantea que los tribunales no han incorporado a su razonamiento jurídico un concepto de territorio íntegro ni coherente con aquel establecido por el régimen de derechos humanos, en particular, frente a casos de consulta indígena en materia ambiental.

La metodología para comprobar la hipótesis consiste en establecer un marco teórico en torno al derecho de consulta previa y al concepto de territorio, así como un análisis jurisprudencial que analiza y evalúa el razonamiento jurídico de los tribunales de justicia nacionales en base al marco teórico descrito. El análisis de los resultados obtenidos permitirá corroborar o desmentir la hipótesis planteada.

El marco teórico lo componen los instrumentos normativos en el ámbito internacional y nacional respecto a la consulta previa y que reconocen derechos territoriales. También, los principios y directrices contenidos en declaraciones e informes de organismos de derechos humanos que dotan de contenido y complementan las normas jurídicas.

En el análisis jurisprudencial se busca verificar si el concepto de territorio en el ámbito de la consulta indígena de los tribunales de justicia chilenos se ajusta a los términos exigidos por el DIDDHH. Se consideran sentencias relevantes de los últimos 5 años que se pronuncian sobre la consulta previa en el marco del Sistema de Evaluación Ambiental y en que la susceptibilidad de afectación del territorio sea un elemento determinante para la aplicación de la consulta.

#### *i. Marco jurídico*

Este ensayo se estructura principalmente en torno a los siguientes cuerpos normativos:

**Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**, que establece el derecho a consulta previa y que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

**Ley N°19.300** sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

**Ley N°20.417** que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

**Ley N°20.600** que Crea los Tribunales Ambientales.

**Decreto Supremo N°40/2013**, Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental.

**Decreto Supremo N°66/2014**, 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.

**Ordinario N°161116, de fecha 24 de agosto de 2016**, Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Además, hay una serie de tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado que son relevantes en la materia:

**Declaración Universal de Derechos Humanos**, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

**Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 13 de septiembre de 2007.

**El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976.

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976.

Luego, en el ámbito nacional, complementan el marco jurídico los instrumentos normativos que se detallan a continuación:

**Constitución Política de la República**, particularmente en el ámbito de los derechos fundamentales detallados en el artículo 19.

**Ley N°19.253**, o ley indígena, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

**Ley N°20.249** que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

**Ley N°20.500** sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

## *ii. Jurisprudencia*

El análisis jurisprudencial se realiza en base a sentencias relevantes de tribunales chilenos que se pronuncian sobre la consulta previa dentro del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en las que el territorio es un criterio decisivo para la aplicación de la consulta.

Se consideran sentencias de la Corte Suprema, cuya primera instancia corresponde tanto a Cortes de Apelaciones como a Tribunales Ambientales, dependiendo si el proceso inició por la interposición de una acción de protección o por reclamación ante el tribunal ambiental, respectivamente.

El universo de sentencias consideradas comprende aquellas dictadas por la Corte Suprema dentro de los últimos 5 años, desde el 1 de enero de 2015 hasta el 1 de enero de 2020. Estas sumaron un total de 22 sentencias.

La búsqueda de dichas sentencias se realizó utilizando el buscador de jurisprudencia de la página web de la Corte Suprema ([www.suprema.pjud.cl](http://www.suprema.pjud.cl)). Se eligió la opción “Consulta por nombre”, estableciendo como criterios de búsqueda aquellos en que una de las partes fuese una persona jurídica y cuya razón social tuviera alguno de los siguientes nombres: “evaluación ambiental”, “comité de ministros” o “indígena”.

A continuación, se detallan los casos encontrados:

<b>N° Rol Corte Suprema</b>	<b>Criterio de búsqueda utilizado</b>	<b>Tribunal primera instancia</b>	<b>N° Rol primera instancia</b>
<b>1</b> 23.000-2014	Evaluación ambiental	2do Tribunal Ambiental	R-16-2013
<b>2</b> 32.055-2014	Indígena	Corte de Apelaciones de Temuco	2.451-2014
<b>3</b> 3.766-2015	Evaluación ambiental	Corte de Apelaciones de Temuco	4.366-2014
<b>4</b> 7.776-2015	Evaluación ambiental	3er Tribunal Ambiental	R-5-2014
<b>5</b> 11.512-2015	Evaluación ambiental	3er Tribunal Ambiental	R-10-2015
<b>6</b> 37.777-2015	Evaluación ambiental	Corte de Apelaciones de Iquique	758-2015
<b>7</b> 6.303-2015	Indígena	Corte de Apelaciones de Valdivia	1.091-2014
<b>8</b> 10.640-2015	Indígena	Corte de Apelaciones de Valdivia	369-2015
<b>9</b> 10.349-2015	Comité de ministros	Corte de Apelaciones de Santiago	73.562-2014
<b>10</b> 35.244-2016	Evaluación ambiental	Corte de Apelaciones de Temuco	682-2016
<b>11</b> 44.047-2016	Evaluación ambiental	Corte de Apelaciones de Puerto Montt	950-2016
<b>12</b> 47.629-2016	Evaluación ambiental	3er Tribunal Ambiental	R-31-2016
<b>13</b> 65.349-2016	Evaluación ambiental	Corte de Apelaciones de Concepción	17.128-2016
<b>14</b> 100.805-2016	Evaluación ambiental	3er Tribunal Ambiental	R-30-2016

15	26.084-2016	Evaluación ambiental	Corte de Apelaciones de Iquique	368-2018
16	10.229-2017	Evaluación ambiental	3er Tribunal Ambiental	R-41-2016
17	3.971-2017	Indígena	3er Tribunal Ambiental	38-2016+39-2016
18	27.891-2017	Indígena	Corte de Apelaciones de Temuco	52-2017
19	28.195-2018	Evaluación ambiental	2do Tribunal Ambiental	R-157-2019
20	24.870-2018	Indígena	2do Tribunal Ambiental	R-160-2017
21	27.083-2019	Evaluación ambiental	3er Tribunal Ambiental	R-5-2019
22	2.025-2019	Indígena	2do Tribunal Ambiental	R-143-2017

Del número total de sentencias encontradas, se identificaron 4 en las que el territorio es un concepto determinante para la aplicación de la consulta previa.

La particularidad de los casos seleccionados radica en que el razonamiento judicial respecto a la susceptibilidad de afectación del territorio es decisivo para determinar si la consulta previa es aplicable o no.

### **III. Marco jurídico: Consulta indígena como mecanismo de resolución y el problema del criterio de aplicación**

#### *i. Convenio N°169 OIT y el derecho a la consulta previa*

El origen de la consulta previa indígena se encuentra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ámbito en el cual se encuentra su mayor desarrollo. Su fuente normativa es el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo. El hecho de que una norma dirigida al reconocimiento del derecho de participación ciudadana de los pueblos indígenas se encuentre en el ámbito del trabajo de las Naciones Unidas se explica porque el antecedente de la norma, el Convenio N°107 de la OIT, adoptado en 1957, estaba dirigido a la protección de trabajadores rurales, quienes eran principalmente indígenas.

Hasta la aprobación del Convenio N°169, los pueblos indígenas y tribales eran considerados por el derecho internacional como comunidades menos avanzadas que debían ser protegidas por los Estados e integradas a la sociedad. No existía, por tanto, una norma en el ámbito de los derechos humanos que le reconociera un derecho de participación propia a los pueblos indígenas. El Convenio N°107 fue el primer instrumento internacional de gran alcance que le reconoció derechos a estos pueblos. Sin embargo, bajo un criterio asimilacionista, buscaba igualar las condiciones indígenas a las del resto de la sociedad, sin reconocer sus formas particulares de vida. En las décadas de los 60 y 70 surgieron con fuerza organizaciones indígenas nacionales e internacionales que abogaban por

la preservación de sus culturas y la promoción de derechos como la libre determinación y soberanía de los pueblos, ideas ajenas al Convenio N°107. Luego, en 1982 se creó el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la ONU, con grupos indígenas y organizaciones no gubernamentales (ONG)<sup>38</sup>. Esto llevó a la revisión del Convenio N°107 y en 1989 se adoptó el Convenio N°169 que recogió estos cambios en la concepción respecto a los pueblos originarios.

Finalmente, la diferencia fundamental entre ambos convenios es el paradigma bajo el cual ambos se desarrollan. A diferencia del Convenio N°107, que se orientaba hacia la asimilación o integración de los pueblos originarios, el Convenio N°169 “consagra los principios del respeto a la integridad cultural de los pueblos indígenas, reconociendo su valor, y de la participación en las decisiones que los afectan”<sup>39</sup>. Así, el preámbulo del Convenio N°169 se refiere la evolución del derecho internacional y los cambios en la situación de los pueblos originarios desde la adopción del convenio anterior que “hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores<sup>40</sup>”.

La consulta previa indígena es considerada la piedra angular del Convenio N°169. La norma que se refiere específicamente a este derecho establece:

*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;*

*b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a otros los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*

*c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

---

<sup>38</sup> OIT (2019), Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_735627.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_735627.pdf) Fecha de consulta: 1 de julio de 2020.

<sup>39</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Observación General, publicación 2019. Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_717517.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_717517.pdf) Fecha de consulta: 24 de junio de 2020. p. 8.

<sup>40</sup> Convenio 169 OIT.



*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.*

*ii. Aprobación del Convenio N°169 en Chile*

Chile ratificó el Convenio N°169 el 15 de septiembre de 2008, luego de 18 años de tramitación, y entró en vigor 12 meses después, en el año 2009.

Nuestro país se abstuvo de votar el Convenio N°169 en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, el 21 de diciembre de 1990, el Presidente de la República, Patricio Aylwin, envió al Congreso Nacional el “Proyecto de acuerdo relativo al Convenio 169, adoptado por la OIT” con miras a cumplir el “Acuerdo de Nueva Imperial”, suscrito anteriormente por Aylwin con representantes de organizaciones indígenas. En este acuerdo se comprometió, entre otros, a reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas y sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales.

El proyecto fue discutido en la Cámara de Diputados, donde se aprobó con 72 votos a favor, de 120 diputados en ejercicio. Más de un cuarto de los parlamentarios de la cámara baja presentaron luego un requerimiento de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue rechazado en agosto del 2000. El proyecto pasó a ser discutido en el Senado y aprobado el 4 de marzo de 2008. Después del examen de constitucionalidad correspondiente por el Tribunal Constitucional el 3 de abril de 2008, el Convenio fue debidamente aprobado y entró en vigor en Chile en agosto del 2009.

En la discusión en sala de la Cámara de Diputados, hubo una serie de debates respecto a posibles conflictos entre el Convenio y la legislación nacional. Por una parte, el concepto de “pueblo” utilizado por el Convenio y el derecho a la libre determinación fue visto por un sector como una amenaza al Estado unitario y la igualdad ante la ley. Por otra parte, se discutió sobre el conflicto del Artículo 15 del Convenio, respecto al derecho de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras, con el dominio del Estado sobre los recursos mineros. Otro punto de discusión fue la preferencia de sanciones alternativas a las penales en el caso de delitos cometidos por personas indígenas, considerando sus características sociales y culturales. Discusiones similares se dieron en el Senado, pero finalmente ambas cámaras aprobaron el proyecto.

Respecto al requerimiento presentado por los diputados ante el Tribunal Constitucional, este se basó en haber contravenido las bases de la institucionalidad al requerir reformas constitucionales y de ley orgánica constitucional para poder implementar el Convenio y en no haber sido aprobado con rango de ley orgánica constitucional.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento en todas y cada una de sus partes. Su razonamiento y decisión estuvo fundamentado en dos principios de la hermenéutica jurídica: la “presunción de constitucionalidad o de legitimidad”, por el que se presumen válidas y legítimas las normas adoptadas por los poderes del Estado salvo íntima convicción de ser contrarias a la Constitución; y el “principio de la hermenéutica internacional”, por el que deben hacerse todos los

esfuerzos por lograr una interpretación conciliatoria entre normas del Tratado y la Carta Fundamental.

Resulta fundamental detenerse en lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a los derechos de consulta y participación indígena. Según determinó, las normas del Convenio referidas a estos aspectos tienen un carácter “autoejecutable”. Esto significa que son aplicadas “sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente<sup>41</sup>.” La autoejecutabilidad implica por tanto que no es necesaria una norma que reglamente la aplicación de la consulta en nuestro país, sino que basta lo expresado en el Convenio.

El Tribunal Constitucional llegó a esta conclusión basándose principalmente en la redacción de las normas referidas a la consulta, al señalar que frente a ciertas medidas los pueblos “deberán participar”<sup>42</sup> y que a su vez los gobiernos “deberán consultar”<sup>43</sup> ciertas medidas. Respecto al deber de consultar por parte del gobierno, implica una modificación a la Ley Orgánica del Congreso Nacional sobre su facultad para oír a personas e instituciones en procedimientos legislativos, lo que igualmente la haría autoejecutable.

### *iii. Elementos de la consulta previa*

Para una comprensión acabada del derecho de consulta cabe detenerse en sus elementos. Estos son desarrollados por la jurisprudencia de los diferentes órganos de control normativo e instancias internacionales de la OIT, a partir de lo que establece el Convenio N°169 en sus normas referentes a la consulta previa. Así, presenta criterios mínimos y requisitos esenciales para una consulta previa válida a los pueblos indígenas. En base a estos criterios, la consulta previa indígena debe ser:

*Previa:* El carácter previo de la consulta implica que debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, sea esta administrativa o legislativa. La consulta debe implementarse de manera tal que permita a los pueblos indígenas participar “en las primeras etapas del plan...y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad<sup>44</sup>” respecto a una decisión que ya adoptó.

*La consulta no se agota con la mera información:* Si bien la claridad y transparencia de la información respecto a las medidas son esenciales para un procedimiento adecuado, ello no necesariamente se ajusta al derecho de consulta previa planteado en el Convenio N°169. Este debe siempre comprender un dialogo con participación de las partes que otorgue la posibilidad de llegar a un acuerdo mutuo.

*Procedimientos apropiados:* La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (también, “CIDH”) ha enfatizado en el hecho que no existe una fórmula única para establecer un

---

<sup>41</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309 del 4 de agosto de 2000, Considerando 48°.

<sup>42</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309 del 4 de agosto de 2000, Considerando 6°.

<sup>43</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309 del 4 de agosto de 2000, Considerando 7°.

<sup>44</sup> Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 noviembre 2007, Serie C. N° 172, párr. 134.

procedimiento apropiado en materia de consulta previa, sino que atiende tanto al ámbito o alcance de la medida como a su finalidad. En términos generales, un procedimiento de consulta se considera apropiado cuando asegura un clima de confianza mutua, reconoce las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, otorga tiempo para toma de decisiones y permite una participación eficaz<sup>45</sup>. En fin, cuando asegura condiciones propicias que permiten llegar a un acuerdo, más allá del resultado concreto.

*Instituciones representativas:* Este criterio también ha sido entendido de forma flexible, dado que no existe un modelo único de institución representativa en la diversidad de pueblos indígenas. En este sentido, son los propios pueblos indígenas los llamados a determinar autónomamente las instituciones que los representan para llevar a cabo procesos de diálogo con el Estado y concurrir a la consulta previa.<sup>46</sup>

*Buena fe:* El éxito de un buen procedimiento de consulta depende en gran parte de que se establezca un clima de confianza entre las partes, según se mencionó anteriormente, para lo que “el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso”<sup>47</sup>. En este sentido, más allá del fin concreto del proceso, éste tiene como “objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.”<sup>48</sup> Se relaciona estrechamente con el clima de confianza entre las partes, mencionado anteriormente.

*Apropiada a las circunstancias:* El proceso de consulta debe realizarse sin una injerencia por parte de las autoridades administrativas o estatales, sino tomando en cuenta las costumbres propias de los pueblos indígenas y sus formas de tomar de decisiones. El Relator Especial recalca la importancia de que la consulta se realice de manera *sistemática y transparente*. Ello enfatiza la importancia de la participación activa de los pueblos indígenas en definir la manera en que ésta se lleve a cabo.

*Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas:* La lectura de este criterio debe hacerse en consonancia a los anteriores, en cuanto a buscar consensos creados a partir de un trabajo llevado a cabo en un ambiente transparente donde prime la buena fe entre las partes. En este sentido, el lograr un consentimiento no se refiere a un derecho a veto por

---

<sup>45</sup> OIT (2013). Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra, Suiza. p. 16.

<sup>46</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH) (2013). Minuta Sobre el Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA. Disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1&isAllowed=y> Fecha de consulta: 24 de junio de 2020.

<sup>47</sup> ANAYA, J (2009a) Op. Cit. p. 19.

<sup>48</sup> ANAYA, J (2009b). Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Relator Especial de N.U para los derechos humanos de los Indígenas. Disponible en la Web: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>. Fecha de consulta: 24 de junio de 2020. p. 6.

parte de las comunidades respecto de las medidas sino a que “las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables”<sup>49</sup>.

iv. *Estándar de aplicación de la consulta previa: susceptibilidad de afectación directa*

El proceso de consulta previa se efectúa respecto de todas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas. Ahora bien, cabe determinar cuáles de estos actos en particular deben consultarse. Para identificar las medidas que dan lugar al proceso de consulta, el Convenio entrega dos criterios: (i) la posibilidad de afectación; y (ii) el carácter directo de la afectación.

El Relator Especial agregó un tercer criterio a considerar: (iii) la especificidad de la afectación. A diferencia de lo que podría entenderse como “exclusividad de afectación” el hecho que sea específico implica que impacte a los pueblos indígenas de maneras no percibidas por el resto de la sociedad. En este sentido, el carácter intercultural de la consulta toma particular relevancia.

El primer criterio, la *susceptibilidad de afectación*, implica que existe una posibilidad de que se pueda producir un impacto adverso a los intereses de los pueblos indígenas, sin que necesariamente haya certeza absoluta que éste se produzca. La incertidumbre se relaciona con el carácter intercultural de la consulta previa, en tanto las medidas efectuadas por un Estado pueden afectar de maneras que no son inmediatamente visibles a los ojos de la cultura imperante.

El criterio de la *afectación directa* va ligado con el carácter no remoto de dicha afectación o con la proximidad de ésta, entendiéndose por ello una proximidad causal, y no únicamente geográfica<sup>50</sup>. Para ello el Convenio establece ciertos casos en los que procede la consulta y así también la jurisprudencia de la CIDH otorga ciertas directrices al señalar “en diversas ocasiones la importancia de consultar a los pueblos indígenas antes de afectar sus territorios, como cuando éstos son delimitados, cuando se regulan sus derechos territoriales, el derecho a la consulta o los planes de desarrollo e inversión en sus territorios<sup>51</sup> (CIDH, 2010).”

Por último, la *especificidad de la afectación* refiere a que la medida pueda producir consecuencias en los pueblos originarios, en un contexto de interculturalidad. En este sentido, “Lo decisivo es que la afectación sea específica, es decir, que afecte a los pueblos indígenas de un modo distinto a como afecta al resto de la sociedad”<sup>52</sup>, lo que no implica que la misma medida pueda también afectar a

---

<sup>49</sup> ANAYA, J (2009a). Op. Cit. p. 18.

<sup>50</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, M (2016). Op. Cit. p.24.

<sup>51</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015). Op. Cit. Disponible en: <http://bcn.cl/27tnx>. Fecha de consulta: 24 de junio de 2020. p. 3. Cita de Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Disponible en: <http://bcn.cl/1tx9l>.

<sup>52</sup> *Ibíd.* p.3.

personas no indígenas. El Relator Especial diferencia el criterio de especificidad de la consulta respecto de la exclusividad de afectación, que no procede en estos casos.

A modo de síntesis, de acuerdo con el estándar internacional, la consulta procede cuando exista una posibilidad (no certeza) de un impacto directo (no remoto) y específico (en tanto indígenas) de la medida propuesta sobre derechos o intereses indígenas<sup>53</sup>.

v. *Consulta indígena en Chile en el marco del Servicio de Evaluación Ambiental*

La entrada en vigencia en 2010 de la Ley N°20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (“**LOSMA**”) incorporó modificaciones a la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“**LBGMA**”), en el contexto del desarrollo de una nueva institucionalidad ambiental para Chile.

Una de ellas fue la modificación al Artículo 4 de la Ley que establece:

*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.*

*Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

En conformidad con lo señalado por la norma, el Decreto Supremo N°40 de 2013 del Ministerio de Medio Ambiente que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“**RSEIA**”) incorporó una norma referida a la consulta indígena en el artículo 85:

*Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas.*

*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación*

---

<sup>53</sup> BCN (2018). Consulta previa indígena, proyectos de ley y recursos naturales. Asesoría Técnica Parlamentaria. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía. Disponible en <http://s.bcn.cl/27tmv>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2020.

*ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.*

*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.*

*En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.*

La norma establece una serie de elementos que es preciso analizar para comprender con mayor precisión la aplicación de la consulta previa en el marco de nuestra legislación ambiental.

En primer lugar, establece que el proceso de consulta se efectuará cuando un proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Los artículos que se mencionan se corresponden con las letras c) d) y f) del Artículo 11 de la Ley de Bases Generales de Medio Ambiente, que enumeran circunstancias que, en caso de producirse, hacen procedente un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”).

Estos son, de acuerdo con el Artículo 11 de la Ley 19.300:

*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 con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;*

*f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.*

Por tanto, en caso de que se produzcan uno de estos efectos, características o circunstancias, nos encontraríamos en una hipótesis de aplicación de la consulta previa.

Existe la posibilidad que se produzcan efectos no contemplados en la norma que igualmente podrían dar lugar a un procedimiento de consulta previa, en los casos mencionados en el inciso final de los artículos 5, 6 y 9 del Reglamento<sup>54</sup>. Respectivamente, estos se refieren al caso que se genere

---

<sup>54</sup> Oficio Ordinario N°161116, Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 24 de agosto de 2016.

o presente riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas; que se genere o presente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas; y que el proyecto o actividad genere alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas. En estos casos, se entenderá que el proyecto es susceptible de afectarlos.

Luego, la consulta se aplicará en la medida que se *afecte directamente* a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. De acuerdo con los estándares internacionales de la consulta indígena, la afectación directa se encuentra ligada al carácter no remoto de ésta, es decir, a la proximidad causal de la afectación. Ahora bien, en nuestro país la discusión jurisprudencial se centra en la homologación de los efectos directos con los impactos significativos, esto es, aquellos enumerados en el artículo 11 de la Ley N°19.300<sup>55</sup>, que hacen procedente un EIA. En la práctica, la asimilación de los términos “afectación directa” e “impactos significativos” resulta en que se exija certeza de la producción de los efectos, y no solo una mera posibilidad de impactos significativos sobre los pueblos indígenas.<sup>56</sup> Esto transgrede los estándares internacionales aplicables a la consulta, según establecen los criterios señalados por el Convenio N°169 y elaborados por la OIT.

El artículo 7 del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social que establece el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena para el caso de la consulta indígena, señala que las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas son aquellas que “sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.”

Los impactos significativos se refieren a efectos particulares que suponen una afectación concreta a ciertos recursos naturales y a la población humana. Tienen un grado de comprobación que se especifica según el tipo de impacto. En este sentido, por ejemplo, la letra d) del artículo 11 establece la circunstancia de la localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar. A su vez, el artículo 8 del RSEIA que desarrolla dicha norma explica qué se entenderá por cada uno de los conceptos mencionados y los criterios para evaluar la susceptibilidad de afectación a las poblaciones protegidas y a cada uno de los recursos y sitios. Por lo tanto, la misma LBGMA establece los criterios para evaluar si una actividad produce o no impactos significativos al medio ambiente o a la población.

---

<sup>55</sup> GUERRA-SCHLEEF, F (2017). Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile. Revista Justicia Ambiental, N°9, 2017. Disponible en: <https://observatorio.cl/2768-2/> Fecha de consulta: 25 de junio de 2020. p.6.

<sup>56</sup> Ibid, p.16.

En el caso de la consulta indígena, se utilizan los mismos criterios de evaluación de impacto significativo establecidos por el artículo 11 de la LBGMA para determinar si el procedimiento de consulta es aplicable. En muchas ocasiones la ley se refiere a la extensión, magnitud y duración de los impactos como elementos a considerar para evaluar la significancia del impacto, lo que difícilmente corresponde a un criterio adecuado a evaluar factores vinculados a tradiciones y vínculos espirituales con el territorio.

Finalmente, respecto a los elementos de la consulta previa, la norma del RSEIA se refiere a ellos de manera completa. Contempla mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo, a través de sus instituciones representativas, sosteniendo una participación informada con posibilidad de influir durante el proceso y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

*vi. El problema del criterio de aplicación en Chile: la exclusión por territorio*

Hasta aquí se enunció una primera discusión jurisprudencial respecto al alcance del criterio de *afectación directa*. Según se dijo, existe una tendencia por parte de los tribunales a asimilar el concepto al de “impacto significativo” del artículo 11 de la LBGMA. Esto implica que el estándar de certeza del impacto sea mayor al que establece el Convenio N°169, que habla de la susceptibilidad de afectación directa en un contexto de interculturalidad. Esta visión además conflictúa con el principio precautorio que rige en materias ambientales, para lo que no es necesario tener absoluta certeza de los efectos de un proyecto o actividad para tomar medidas de prevención.

Esta asimilación entre ambos conceptos parece equivocada por una serie de razones. Por una parte, exige aplicar un criterio más restrictivo que el que pretende el Convenio N°169, por lo que contraviene una norma internacional. Este criterio a su vez conlleva a que el dialogo intercultural se vea obstaculizado. La determinación de la consulta indígena finalmente recae, bajo este concepto, en el titular del proyecto según su interpretación de los impactos significativos del proyecto y de la autoridad administrativa, que los evalúa según criterios que solo se vinculan a parámetro clásicos occidentales de afectación. Debiera haber una apertura a que los mismos pueblos originarios sean quienes doten de contenido a la “susceptibilidad de afectación directa” según su cosmovisión.

Un efecto de homologar ambos conceptos es que los EIA y la consulta previa sean dos obligaciones conexas<sup>57</sup>. Esto excluye la posibilidad de que se lleve a cabo un procedimiento de consulta previa en proyectos que ingresen al sistema por Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”). Conforme explica Juan Jorge Faundes, podemos desprender de esta doctrina que si se afecta tierras o territorios indígenas en el sentido indicado del artículo 11 de la Ley N°19.300, será obligatorio

---

<sup>57</sup> En este sentido, FAUNDES, J.J. (2013). La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta. Revista de Derecho Universidad de Concepción. Revista N°233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013). p.217.



someter el proyecto a un EIA y, enmarcados en este procedimiento administrativo, siempre resultará obligatorio también hacer la consulta conforme su estándar internacional”.<sup>58</sup>

En la jurisprudencia nacional vemos esta posición a partir del caso conocido como “Lof Palguin” que dio lugar a la denominada doctrina Palguin. En este caso, la Corte de Apelaciones de Temuco sentenció que la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) es una medida administrativa susceptible de afectar a los indígenas, por lo que debió llamarse a la consulta previa correspondiente en los términos del Convenio N°169, y no a los meros actos de información y socialización como los que se llevó a cabo. Sin embargo, la Corte Suprema en sentencia del 9 de septiembre de 2009 revocó el pronunciamiento de la Corte de alzada estableciendo, en primer lugar, que la consulta previa indígena es equivalente al procedimiento de participación ciudadana. En segundo lugar, sentenció que la consulta previa no procede respecto de proyectos que ingresan al SEIA mediante una DIA. Esta doctrina la encontramos a lo largo de una serie de sentencias ambientales y da cuenta de la exigencia de una magnitud mayor de afectación del que exige el Convenio N°169, contraviniendo por tanto las normas internacionales que rigen la consulta previa.

En el ámbito territorial, encontramos un primer fallo relevante en los tribunales superiores de justicia chilenos en el ámbito de derechos de aguas. Se trata del caso Chusmiza, también del año 2009, en el que “la Corte ratificó la sentencia de alzada, confirmando que el concepto de ‘terrenos de la comunidad’ del artículo 64 de la LDI<sup>59</sup> incluía las tierras utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, aun cuando fueren de dominio ajeno.”<sup>60</sup> Si bien se trata de una sentencia novedosa, “esta doctrina no irradió inmediatamente la jurisprudencia en materia de consulta previa, donde los tribunales se han mostrado menos abiertos a comprender la relación especial que une a los indígenas con sus territorios<sup>61</sup>”.

Precisamente la falta de una lectura intercultural de la consulta previa en materia territorial ha causado la exclusión del proceso a las comunidades, negándoles el derecho a participar de decisiones respecto a proyectos que pueden afectarles. En este sentido encontramos una serie de casos en los que proyectos que ingresan al SEIA mediante DIA son judicializados y los recurrentes, las comunidades, solicitan que ingresen nuevamente mediante a evaluación mediante EIA, por generar impactos significativos, haciendo a su vez procedente la consulta.

En este sentido, la falta de una lectura apropiada de la consulta presenta dos problemas. Primero, respecto a comprender los efectos de actividades y proyectos desde un punto de vista intercultural, que no siempre es percibido por la cultura predominante. Un segundo problema que se presenta es distinguir las comunidades que son susceptibles de ser afectadas. Generalmente, esto se traduce en una discusión territorial respecto del alcance de los efectos de la actividad o el proyecto, que termina por incluir ciertas comunidades indígenas y excluir otras.

---

<sup>58</sup> *Ibíd*, p.217.

<sup>59</sup> Ley N°19.253 o ley indígena.

<sup>60</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, M (2016). *Op Cit.* p.28.

<sup>61</sup> *Ibid*, p.38.

La exclusión de comunidades indígenas del proceso de consulta previa es un fenómeno que se produce comúnmente por la manera diferente de comprender el alcance de la afectación de un proyecto o actividad entre las comunidades indígenas y las autoridades administrativas o los tribunales de justicia. Esta situación de exclusión será estudiada a continuación a partir de un análisis jurisprudencial.

#### **IV. Jurisprudencia: El problema del territorio en el sistema judicial en Chile.**

##### *i. Panorama actual de la consulta indígena: judicialización por exclusión de comunidades en procedimientos de consulta.*

El mecanismo tradicional de recurrir a la justicia por ilegalidades en el proceso de aplicación de la consulta previa fue, en sus inicios, la acción de protección. En estos casos conocía la Corte de Apelaciones respectiva y en segunda instancia la Corte Suprema.

Luego, con la creación de los Tribunales Ambientales, las Cortes comenzaron a exigir que se recurriera exclusivamente a la institucionalidad ambiental competente para dar curso a los procesos judiciales de consulta previa en el marco del Sistema de Evaluación Ambiental<sup>62</sup>.

Como se dijo más arriba, el Estado tiene la obligación de dar curso a procesos de consulta previa ante cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a comunidades indígenas, lo que también ocurre fuera del ámbito ambiental. Sin embargo, es en el área de proyectos de inversión que ingresan al SEIA donde hay mayores conflictos respecto a la aplicación de la consulta previa. Así lo corroboró el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile:

*“Un grupo importante de casos que se han judicializado en relación con la omisión de realizar el deber de consulta, o con su insuficiencia a la luz del Convenio 169, se dan en el contexto de dictación de medidas administrativas emanadas de la autoridad ambiental y que aprueban proyectos de inversión que tienen impacto en los pueblos indígenas. Esto, en el marco de proyectos que ingresan al SEIA<sup>63</sup>.”*

Muchos de los casos judicializados se tratan de aquellos en los que comunidades indígenas fueron excluidas del proceso de participación de la consulta previa, ya sea porque la consulta no se realizó o bien porque habiéndose realizado, hubo comunidades excluidas de participar.

Hasta el momento, de acuerdo con el sitio web del SEA, en Chile existen 47 procesos de consulta indígena realizados y concluidos en el marco del Sistema de Evaluación Ambiental, y 55 en total,

---

<sup>62</sup> Así lo señaló la Corte Suprema en sentencia del 22 de mayo de 2014, Rol N°16.817-2013, caratulado Consejo de Pueblos Atacameños; Comunidad Atacameña de Peine y Comunidad Atacameña de Socaire con Comisión Regional de Evaluación Ambiental” y lo comenzó a aplicar en sentencia de fecha 12 de agosto de 2014, caratulado “Orlando Severo Vargas Pizarro contra Servicio de Evaluación Ambiental (SEA); Intendente de Arica y Parinacota”, Rol N°17.120-2013

<sup>63</sup> NASH, C., NÚÑEZ, C. y BUSTAMANTE, M. (2014). Op. Cit. p. 80.

considerando aquellos en proceso<sup>64</sup>. Según las sentencias encontradas de los últimos 5 años en materia de consulta indígena en el marco del SEIA, éstas corresponden a 23, un número bastante significativo considerando el total de procesos.

Este ensayo propone que la judicialización en este ámbito está directamente vinculada con la visión que actualmente tiene la autoridad administrativa y judicial respecto al concepto de territorio.

ii. *¿Un problema de territorio?*

Nuestra legislación ambiental contempla una definición de *territorio con valor ambiental*, a propósito de una de las características que requerirán un Estudio de Impacto Ambiental, señalado en el artículo 11 letra d) de la Ley N°19.300. El RSEIA define esta característica en el artículo 8 inciso 7mo de la siguiente manera:

*Se entenderá que un territorio cuenta con valor ambiental cuando corresponda a un territorio con nula o baja intervención antrópica y provea de servicios ecosistémicos locales relevantes para la población, o cuyos ecosistemas o formaciones naturales presentan características de unicidad, escasez o representatividad.*

Como se puede apreciar, a nivel legislativo encontramos una distancia notoria entre el concepto de afectación al territorio que brinda la Ley N°19.300 y que desarrolla el reglamento respectivo, respecto del alcance que se hace desde los derechos humanos.

Ahora bien, a pesar de que la normativa legal nacional no establece una definición propiamente de territorio<sup>65</sup>, el Convenio N°169 sí menciona a este concepto y recordemos que tiene aplicación en nuestro país.

El Convenio N°169 se refiere al concepto de territorio en los siguientes términos:

*Artículo 13.*

*1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.*

---

<sup>64</sup> Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020. Para el detalle de los proyectos véase [https://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos\\_en\\_pci.php](https://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos_en_pci.php).

<sup>65</sup> Incluso la Ley Indígena, Ley N°19.253 y Ley Lafkenche, Ley N°20249, carecen de una definición de territorio. En la primera, el concepto más cercano es aquel que se refiere a las áreas de desarrollo indígena, señalados en el artículo 26 como "...espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades."

*2. La utilización del término [tierras] en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.*

El Convenio N°169 reconoce un concepto de territorio más amplio que la sola ocupación física de terrenos y aun más amplia que la propiedad legalmente constituida mediante derechos contractuales. El concepto que entrega el Convenio N°169 refiere a aquellos espacios utilizados por los pueblos para sus actividades tanto de subsistencia como culturales, lo que incluye espacios religiosos como vías de acceso a sus sitios de relevancia.

*iii. Revisión jurisprudencial*

A continuación, se realiza el análisis jurisprudencial que analiza y evalúa el razonamiento jurídico de los tribunales de justicia nacionales en relación a la aplicación de la consulta indígena en materia de territorio. En base a las sentencias analizadas, se busca verificar si el concepto de territorio en el ámbito de la consulta indígena de los tribunales de justicia chilenos se ajusta a los términos exigidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

- a. Los Pueblos indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi con Director Ejecutivo del Servicio de evaluación de Impacto Ambiental  
Corte Suprema Rol N°817-2016/Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°73.562-2014*

*Introducción*

El caso consiste en la interposición de recursos de casación en la forma y en el fondo por parte de los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental. Dicho fallo concluyó que las observaciones de los pueblos indígenas sí fueron debidamente consideradas en la evaluación ambiental del proyecto Sondajes de Prospección Paguanta y que la consulta indígena fue llevada a cabo correctamente, considerando a la comunidad afectada, esto es, solamente Cultane y no a las comunidades reclamantes.

El proyecto Sondajes de Prospección Paguanta ya había sido objeto de un proceso judicial en 2012, cuando ingresó al SEA mediante una DIA. Ese año, la Corte Suprema invalidó la RCA y ordenó una nueva evaluación ambiental y su entrada al sistema mediante un Estudio de Impacto Ambiental, debiendo llevar a cabo un proceso de participación ciudadana que se ajustara a los términos del Convenio N°169 de la OIT.

En el caso comentado aquí, el proyecto ingresó mediante EIA y estableció como única comunidad susceptible de ser afectada a Cultane, excluyendo a otras comunidades que también forman parte

del Área de Desarrollo Indígena (“ADI”) “Jiwasa Orage”, donde se desarrolla en proyecto. La Comisión Ambiental de Tarapacá calificó desfavorablemente el proyecto al considerar que la consulta indígena fue parcial e insuficiente, pero el Comité de Ministros lo calificó favorablemente ante la reclamación del titular. La organización de los pueblos aymara del ADI, los “Pueblos Unidos de la Cuenca de Tarapacá” presentaron entonces una reclamación ante el Tribunal Ambiental de Santiago por falta de debida consideración de observaciones ciudadanas, quien rechazó el reclamo de las comunidades.

El caso discute principalmente la susceptibilidad de afectación directa de las demás comunidades de los Pueblos Unidos de la Cuenca de Tarapacá, siendo que conviven en el mismo entorno territorial que Cultane, a pesar de encontrarse a una mayor distancia del proyecto. De ser susceptibles de afectación, les correspondería también participar del proceso de consulta indígena, del cual fueron originalmente excluidos. La comunidad de Cultane fue incluida en dicho proceso por comprobarse la alteración de su sistema de vida, al utilizar el camino Alto Casiri para acceder al pueblo en tiempos de festividades religiosas, lo que se verá obstaculizado por la limitación en el uso del camino.

#### *Controversia jurídica*

En la instancia ante el Segundo Tribunal Ambiental, los reclamantes solicitaron dejar sin efecto la RCA del proyecto Sondajes de Prospección Paguanta al haber sido excluidos del proceso de consulta previa y vulnerándose con ello los estándares del Convenio N°169 de la OIT. Las comunidades reclamantes habían solicitado participar de este proceso en las observaciones ciudadanas realizadas en la instancia administrativa previa, y alegaron que estas no fueron debidamente consideradas por la autoridad ambiental.

En sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015, el Segundo Tribunal Ambiental rechazó la reclamación de las comunidades y señaló que la debida consideración de las observaciones no implica necesariamente que estas deban ser siempre acogidas. El Tribunal señaló que la autoridad ambiental consideró adecuada y fundadamente las observaciones de los reclamantes. Además, tratándose de un proyecto de un alcance menor, como lo son los sondajes de prospección, resulta razonable sostener que el impacto sobre el medio humano será reducido, no debiendo consultarse a todas las comunidades de la cuenca.

En este sentido, el Tribunal señaló como criterios para participar de la consulta indígena, en primer lugar, encontrarse en el área de influencia directa y, en segundo, una “afectación directa” provocada por alguna medida del proyecto. Con ello, “el Segundo Tribunal Ambiental desestimó la opinión de la CONADI en orden a consultar un conjunto de comunidades susceptibles de ser afectadas, al

considerar que dicho organismo ‘formuló sus planteamientos en términos de posibilidad y no de certeza.’”<sup>66</sup>

Ante la Corte Suprema, los reclamantes señalaron que en la evaluación ambiental del proyecto el titular presentó una definición limitada de área de influencia, que fue aceptado por la autoridad ambiental y que dentro de ésta la única comunidad afectada sería Cultane. De acuerdo a las reclamantes, una definición de área de influencia que se ajuste a derecho debiera extenderse más allá de las instalaciones físicas del proyecto, incluyendo a aquellas susceptibles de verse afectadas por el abastecimiento de agua y un concepto que se extiende al territorio ancestral ocupado por los Pueblos Unidos en la Cuenca del Tarapacá. Las comunidades señalaron que sus derechos humanos internacionalmente resguardados se ven infringidos, en tanto el Convenio N°169 reconoce la naturaleza colectiva de las tierras y los derechos de los pueblos indígenas sobre ella.

La Corte Suprema en sentencia de 19 de mayo de 2016 confirmó la resolución del Tribunal Ambiental. La Corte también se refirió al concepto de afectación directa y señaló que requería verificar los impactos significativos del artículo 11 de la LBGMA mediante datos objetivos de afectación para llevar adelante el proceso de consulta indígena.

#### *Importancia del caso*

Tanto el Tribunal Ambiental como la Corte Suprema establecieron como criterio para la aplicación del proceso de consulta indígena la existencia de una afectación directa. De ello se infiere que son los mismos pueblos originarios quienes deben probar la certeza de los impactos dentro de un procedimiento iniciado a requerimiento particular, del titular del proyecto, con el fin de justificar su participación en el proceso de consulta.

Los fallos enunciados señalan que las comunidades deben probar que existe una afectación directa para justificar la aplicación de la consulta previa. Sin embargo, el estándar que señala el Convenio N°169 es la “*susceptibilidad* de afectación directa” y dicha susceptibilidad implica que no puede exigirse completa certeza al momento de evaluar la realización de la consulta. La remisión al artículo 11 de la LBGMA, que define los “*impactos significativos*” a su vez utiliza criterios que no se ajustan a un proceso como el de la consulta.

El caso, por tanto, presenta una serie de exigencias que no se ajustan a una comprensión intercultural del proceso de consulta para pueblos originarios. Precisamente, el proceso de consulta previa tiene por objeto la participación intercultural para evaluar impactos que pudieran afectar a los pueblos indígenas no advertidos usando criterios y conceptos propios de la cultura jurídica occidental. Debemos recordar el carácter específico de la afectación, esto es, que pueda haber efectos hacia las

---

<sup>66</sup> GUERRA-SCHLEEF (2017), Op. Cit., p.10. cita del Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015, reclamación caratulada “LOS PUEBLOS INDÍGENAS UNIDOS DE LA CUENCA DE TARAPACÁ, QUEBRADA DE AROMA, COSCAYA Y MIÑI-MIÑI / DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (RES. EX. N° 87, DE 06 DE OCTUBRE 2014)”, Rol R-54-2014, considerando 40º.

comunidades en formas que no sean perceptibles a quienes están fuera de la comunidad étnica. Este fallo se aleja de las consideraciones particulares de un proceso como este.

*b. José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros  
Corte Suprema Rol N°100.805-2016/ Tercer Tribunal Ambiental R-30-2016 (R-32-  
2016 acumulada)*

*Introducción*

El caso consiste en los recursos de casación en la forma y en el fondo presentados por el titular del proyecto Central de Pasada Mediterráneo, Mediterráneo S.A. y el Servicio de Evaluación Ambiental ante la Corte Suprema, solicitando que ésta revoque la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental que acogió la reclamación de José Cayún, en representación de la comunidad indígena Domingo Cayún Panicheo, por la que revocó la RCA que aprobaba el proyecto. El Tribunal Ambiental acumuló también la causa R-32-2016 correspondiente a una reclamación presentada por Passalacqua y otros por falta de debida consideración de observaciones ciudadanas, que para el estudio en cuestión no interesa profundizar dado que dista de el objeto aquí discutido.

La reclamación ante el Tribunal Ambiental de Cayún se fundó en que las observaciones ciudadanas presentadas por la comunidad, por las que solicitó la realización del proceso de consulta indígena, no fueron debidamente consideradas por la autoridad ambiental. El Comité de Ministros denegó la procedencia de la consulta previa en la etapa administrativa anterior al señalar que no habría afectación a la comunidad Domingo Cayún Panicheo, al encontrarse a 33 kilómetros de las obras más cercanas del proyecto.

El caso discute principalmente la relevancia del estudio antropológico que se realizó durante la evaluación ambiental del proyecto con el objeto de evaluar los potenciales impactos del proyecto en el medio humano. En sus observaciones ciudadanas, José Cayún señaló que el estudio no había incluido a todas las familias indígenas que pudieran haberse visto afectadas por el proyecto, incluyendo aquellas que forman parte de la Comunidad Cayún Panicheo, errando en la representatividad real de la población indígena en el área de influencia. En tanto, la CONADI, como organismo sectorial correspondiente, solicitó al titular ampliar la muestra del estudio a fin de mejorar su metodología, y consignó la existencia de 200 hectáreas pertenecientes a la comunidad Cayún Panicheo cercanas al proyecto, pidiendo al titular considerar dichos antecedentes. Tanto el estudio antropológico original como su posterior ampliación fueron objeto de debate en la instancia administrativa y judicial del proceso.

*Controversia jurídica*

En la primera instancia ante el Tercer Tribunal Ambiental el objeto de la controversia jurídica se centró, por una parte, en determinar si el Comité de Ministros motivó fundadamente la inexistencia de perjuicios por parte del proyecto hacia comunidades indígenas. Por otra parte, respecto a si el

tribunal cuenta con facultades suficientes para revisar los argumentos del Comité para aprobar el proyecto. Por último, sobre si la autoridad ambiental se pronunció debidamente respecto a las observaciones ciudadanas realizadas por José Cayún durante la evaluación ambiental del proyecto.

El Tribunal Ambiental dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 2016. Consideró que durante la evaluación ambiental del proyecto se acompañó un estudio antropológico con graves deficiencias metodológicas que no fueron corregidas posteriormente en la etapa pertinente, y que dicho documento fue el único instrumento que utilizó la autoridad ambiental para descartar la ocurrencia de efectos negativos sobre las comunidades indígenas. De acuerdo con el Tribunal, dado los errores del estudio antropológico, éste no permite determinar con certeza la existencia o inexistencia de los efectos que podría genera el Proyecto respecto de las comunidades indígenas. Ello generó un vicio que afectó de manera sustancial la decisión del Comité, lo que llevó al tribunal a acoger la reclamación de José Cayún y a anular la RCA que aprobó el proyecto.

Ante la Corte Suprema, el objeto de debate fue, por una parte, la posibilidad del Tercer Tribunal Ambiental de pronunciarse y fundamentar su decisión respecto al informe antropológico, siendo que las observaciones ciudadanas presentadas por José Cayún en la etapa administrativa se limitaron a solicitar la consulta previa sin referirse particularmente a dicho instrumento. En este sentido, se discutió respecto a la competencia del tribunal, el haber excedido el control de legalidad respecto a la decisión del Comité de Ministros y sobre la legitimación de José Cayún para reclamar ante la judicatura. Por otra parte, se debatió respecto a si el vicio, esto es, las falencias metodológicas del informe antropológico, se trataría de uno de carácter esencial.

La Corte Suprema, en sentencia de 29 de diciembre de 2017, confirmó la resolución del Tribunal Ambiental, rechazando los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el SEA, Mediterráneo S.A. y Passalacqua y otros. La Corte señaló que el informe antropológico fue objeto de amplio debate con la Conadi, y que el propósito de dicho instrumento era establecer una línea de base para representar el componente humano en el área de influencia del proyecto. Señaló que la propia RCA vinculó la observación de José Cayún al mérito del informe antropológico y que la Conadi en reiteradas ocasiones hizo presente la existencia de la comunidad, solicitando examinar una posible afectación a raíz del proyecto. Con ello sentenció que no es posible escindir la observación formulada por José Cayún Quiroz del informe antropológico.

Por otra parte, estableció que el eventual impacto que el proyecto pudiera causar en el medio humano que se encuentra en su área de influencia no resultó debidamente evaluado a causa a las falencias de dicho informe. “Se trató de un defecto en la configuración de la línea de base del componente humano, lo que impidió la debida evaluación de todos los impactos que causaría el proyecto”<sup>67</sup>, lo que le otorga al vicio el carácter de esencial, siendo fundamento para anular la RCA, dado que en base a ello se aseveró la inexistencia de impactos sobre las comunidades indígenas, siendo que no era posible asegurar con certeza la existencia o inexistencia de esta afectación.

---

<sup>67</sup> Sentencia Considerando 44°



### *Importancia del caso*

El caso analizado es el primer caso de la jurisprudencia nacional en que se discute con profundidad la relevancia del informe antropológico para la determinación de la afectación en el medio humano, y en particular de las comunidades indígenas. La relevancia de esta discusión radica en que se trata de un instrumento que considera variables socio culturales para determinar la posible afectación a las personas. Conforme se desprende de la discusión durante el proceso, la metodología del instrumento resulta fundamental para arribar a una conclusión certera. En el caso discutido, se reprocha, por ejemplo, entrevistas realizadas solo al jefe del hogar de familias indígenas, la falta de grabaciones de algunas entrevistas, y que no todas las familias hayan sido encuestadas.

Resulta interesante notar que el tribunal no considera excluyente la distancia del asentamiento de la comunidad respecto a las obras del proyecto para desestimar la existencia de susceptibilidad de afectación. En casos anteriores la mera distancia era considerada por la corte como un factor decisivo para negar la aplicación de la consulta indígena por la inexistencia de afectación. De hecho, la comunidad Domingo Cayún Panicheo había presentado una acción de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt solicitando, la cual fue desestimada en base a la distancia entre esta y el proyecto, en Rol 159-2014 (acumulado 175-2014).

Tanto la relevancia otorgada al estudio antropológico como la insuficiencia de la distancia de la comunidad dan cuenta de una forma distinta de considerar los factores que determinan la susceptibilidad de afectación a las comunidades indígenas. Cabe mencionar que la Corte no establece los criterios determinantes de la susceptibilidad de afectación, sino que se limita a señalar que la autoridad ambiental no motivó de manera suficiente la decisión de no llevar a cabo la consulta indígena, al considerar únicamente el estudio antropológico. En este sentido, radica en la misma autoridad administrativa competente la facultad de determinar la susceptibilidad de afectación directa, pero exigiendo motivación fundada de sus decisiones.

*c. Luis Alberto Araneda Necuman con Comité de Ministros  
Corte Suprema Rol N°3.971-2017/Tercer Tribunal Ambiental Rol N°R-38-2016*

### *Introducción*

El caso consiste en la presentación de los recursos de casación en la forma y en el fondo del titular del proyecto Hidroeléctrica Doña Alicia S.A. y el Servicio de Evaluación Ambiental con el objeto de revocar la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. El Tribunal acogió la reclamación de la Comunidad Benancio Huenchupán y con ello anuló la RCA del proyecto por no haber fundamento suficiente en los informes técnicos presentados para haber descartado la aplicación de la consulta indígena.

La reclamación de la comunidad tuvo como fundamento la falta de debida consideración de observaciones ciudadanas presentadas durante la evaluación ambiental del proyecto. Dichas observaciones apuntaban a las deficiencias metodológicas del Estudio Antropológico presentado por el titular que habría llevado a conclusiones erradas respecto al carácter de territorio indígena donde se emplaza el proyecto y la relación espiritual de la comunidad con el río Cautín, negando la consulta indígena.

El caso discute si la motivación para descartar la aplicación de la consulta indígena estuvo suficientemente motivada, al basarse en el informe antropológico presentado por el titular y el informe de la CONADI, que se había mostrado conforme al EIA del proyecto.

### *Controversia jurídica*

En su sentencia de fecha 28 de diciembre de 2016, el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia se centró en dos cuestiones principales. En primer lugar, la legitimación activa de los reclamantes en cuanto a si cumplieron con el agotamiento de la vía administrativa exigida para impugnar la resolución ante los tribunales de justicia. En segundo lugar, la debida consideración de las observaciones ciudadanas presentadas por la comunidad, las cuales apuntaban a las deficiencias del Informe Antropológico que llevaba a concluir la improcedencia de la consulta indígena al desconocer el carácter de territorio indígena del lugar de emplazamiento del proyecto.

En cuanto al primer punto, el Tribunal siguió con la tendencia jurisprudencial de casos anteriores al interpretar de manera armónica la ley ambiental de manera de no producir indefensión a los interesados. Estableció que para cumplir con el agotamiento de la vía administrativa exigida para acceder a los tribunales de justicia, los recursos administrativos que procedan hayan sido interpuestos y se encuentren resueltos, independientemente de quién los interpuso. De esta manera se evita la situación de que quien tenga una resolución favorable en una primera instancia administrativa que es posteriormente desfavorable por acogerse la impugnación de otro interesado se vea en la imposibilidad de reclamar ante los tribunales de justicia.

Respecto a las observaciones ciudadanas, el Tribunal sentenció que la metodología del informe antropológico era deficiente y no se podía concluir de manera fehaciente que el proyecto no provocara una afectación a las comunidades indígenas que se encontraban en el área de influencia. Asimismo, el tribunal señaló que el pronunciamiento de la CONADI es infundado al no justificar su conformidad con el EIA. La falta de fundamentación del pronunciamiento del organismo técnico iría en contra de la exigencia de la Ley N°19.300 respecto a la motivación de estos actos ambientales.

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 28 de junio de 2018, rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el SEA y por el titular que buscaban dejar sin efecto la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental. La Corte señaló que en la evaluación ambiental fracasó en demostrar que la Central Hidroeléctrica no generaría impactos adversos significativos sobre las

comunidades indígenas del sector. Frente a la incertidumbre respecto a la posibilidad de afectación, no existe fundamento suficiente para desestimar la realización de la consulta indígena.

La Corte se remitió al principio precautorio en material ambiental para fundamentar su decisión. Este principio impone una actuación anticipada ante un eventual riesgo en materia ambiental, a pesar de existir una incertidumbre respecto a que dichos efectos se susciten efectivamente.

#### *Importancia del caso*

El caso reconoce la relevancia de la debida fundamentación de los actos administrativos ambientales. En el caso de la consulta indígena, los informes antropológicos requieren una metodología adecuada que permita arribar a conclusiones certeras. Asimismo, el pronunciamiento del organismo sectorial correspondiente, en este caso, la CONADI, también requiere justificar adecuadamente su decisión, no siendo suficiente manifestar su anuencia con el Estudio de Impacto Ambiental del titular, sino que debe manifestar el razonamiento detrás de su decisión.

En esta misma línea el tribunal desecha las alegaciones respecto a que el Tribunal Ambiental habría invertido la carga de la prueba al exigir a la autoridad administrativa probar la legalidad de sus propios actos, en lugar de haber presumido dicha legalidad y deber ser desvirtuada por las comunidades con antecedentes probatorios suficientes.

El máximo Tribunal reconoce la relevancia del principio precautorio en materia ambiental, en un contexto de evaluación ambiental donde el conocimiento científico es limitado y las interacciones de ellos sistemas ecológicos son complejas. Respecto al principio precautorio, la Corte señala que “la observancia del principio enunciado impone una actuación anticipada, incluidas las situaciones en que no se cuente con la certeza absoluta de la afectación temida y sus efectos<sup>68</sup>”.

En materia de derecho indígena la aplicación de este principio resulta relevante considerando que las diferencias culturales hacen imperceptibles para la mayoría de los individuos efectos que pueden ser relevantes para las comunidades indígenas. Por ello es destacable que la Corte se haya remitido a este principio en este caso, exigiendo una mejor fundamentación de los actos de los cuales depende la decisión de aplicar el proceso de consulta indígena.

- d. Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco representada por María Patricia Flores Quilapán y otros contra Servicio de Evaluación Ambiental Región Bio Bio y Comisión De Evaluación Ambiental Región Bio Bio  
Corte Suprema Rol N°65.349-2016/Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°17.128-2016*

#### *Introducción*

---

<sup>68</sup> Corte Suprema. Sentencia de 28 de junio de 2018, Rol N°3.971-2017. Considerando 34°

El caso consiste en la presentación de un recurso de protección por parte de la Asociación indígena Koñintu Lafken-mapu penco, Municipalidad de Penco y Municipalidad de Tomé ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Concepción, solicitando dejar sin efecto la Resolución Exenta N°214 de 17 de junio de 2016, que puso término al proceso de consulta a los pueblos indígenas que se encontraba en desarrollo en relación a la evaluación ambiental del proyecto "Terminal GNL Penco-Lirquén". El recurso fue presentado en contra del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Bio Bio y la Comisión de Evaluación Ambiental de la misma, quienes pusieron término a la consulta indígena y aprobaron la RCA del proyecto, respectivamente.

El proyecto Terminal GNL Penco-Lirquén, cuyo titular es Octopus LNG SpA, fue admitido a tramitación en octubre de 2014 y consiste en un terminal marítimo de regasificación en la bahía de Concepción, frente a las costas de Penco y Lirquén.

El proceso de consulta indígena comenzó el 30 de octubre de 2015, luego de que la comunidad enviara una carta formal en febrero de 2015 al Director Regional del SEA solicitando convocar al proceso, y la reiteración de dicha solicitud en abril de 2015.

De acuerdo con la información entregada por el titular, el SEA consideró que causaría una "alteración significativa" a los sistemas de vida y costumbres de los miembros de la Asociación Indígena por afectar la playa y el mar, considerados por ello como sitio ceremonial y sitio sagrado. En particular, la recolección de recursos marinos de orilla, extracción de algas de manera temporal, pesca artesanal y recolección de hierbas medicinales.

El 17 de junio de 2016, mediante Resolución Exenta N°214, el Director Regional del SEA puso término al proceso de consulta indígena. La decisión tuvo como fundamento el Artículo 14 inciso tercero de la Ley 18.880, debido a la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, según lo informado por la empresa titular en su Adenda Complementaria de 4 de mayo de 2016. En la adenda el titular señala la modificación de aquellos aspectos del proyecto que significaban una afectación a la comunidad indígena, desapareciendo dichos efectos.

En dicha Adenda Complementaria, el titular se comprometió a eliminar la excavación en el lecho marino para la instalación del gasoducto, reemplazándola por la utilización de una manta de hormigón, suprimiendo de esa forma la emisión de sedimentos que pudieran afectar los recursos marinos en la zona. La misma Adenda señaló que el espacio de playa, que originalmente afectaría el proyecto se limitaría a la utilización de una faja de playa de apenas 20 metros, comprometiéndose también al control, recolección y manejo de los residuos que accidentalmente pudieran arrojarse a la playa y al fondo marino.

El caso discute la posibilidad de poner término al proceso de consulta indígena por parte del Servicio de Evaluación Ambiental considerando los cambios en el proyecto informados por el titular que, a juicio de este último, harían desaparecer la afectación a las comunidades inicialmente perjudicadas.

### *Controversia jurídica*

La Corte de Apelaciones de Concepción pronunció su sentencia el 27 de agosto de 2016. En conformidad con la jurisprudencia hasta entonces asentada de los tribunales superiores, la Ilustrísima Corte consideró que la judicatura competente para pronunciarse respecto a la acción interpuesta eran los tribunales ambientales.

La Corte de Apelaciones señaló que con la “dictación de la ley N°20.600 de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia, la que tiene características técnicas específicas. Dentro de ellas, se encuentra la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental (...)”. Por tanto, según pronunció la Ilustrísima Corte, la pretensión deducida por la comunidad, “por sus características, debe ser resuelta en sede de la institucionalidad a que se ha aludido y no a través de la presente acción de protección, la que será rechazada.” Los recurrentes apelaron dicha decisión.

La Corte Suprema, en tanto, sentenció otorgar la cautela brindada por la acción de protección deducida, en fallo de fecha 30 de enero de 2017. La Excelentísima Corte consideró que hubo una falta de fundamentación de los actos administrativos y que ninguna disposición del Convenio 169 justifica el actuar de la autoridad.

De acuerdo a la sentencia, para aplicar el artículo 14 de la Ley N°19.880, que regula la extinción de los efectos del acto administrativo por la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, objeto mismo debe desaparecer. Sin embargo, en el caso discutido esto no habría ocurrido, en tanto el objeto es “proceso informar a los intervinientes y supuestamente afectados por un proyecto ambiental, cada una de las etapas del proyecto y cuáles serían las argumentaciones que el titular del mismo expone para mitigar o desaparecer esta afectación y al interrumpirse el proceso esto no se ha producido”<sup>69</sup>.

La Corte profundizó en el propósito de la consulta indígena, en tanto este se orienta a salvaguardar la cultura y medio ambiente de los pueblos interesados. Señaló 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”<sup>70</sup>. En ese mismo sentido, La Excelentísima Corte consideró errado el actuar de la administración porque “las modificaciones al proyecto presentadas por la titular y contenidas en la Adenda, correspondía que fueran analizadas por la Asociación Indígena quien fue la llamada a participar en este proceso”<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Corte Suprema. Sentencia de 30 de enero de 2017, Rol N°65.349-2016. Considerando 8°.

<sup>70</sup> Corte Suprema. Sentencia de 30 de enero de 2017, Rol N°65.349-2016. Considerando 5°.

<sup>71</sup> Corte Suprema. Sentencia de 30 de enero de 2017, Rol N°65.349-2016. Considerando 8°.

### *Importancia del caso*

Este caso marca un cambio jurisprudencial respecto a cómo había estado fallando la Corte Suprema hasta ese momento ante los recursos de protección en sede ambiental. Hasta este fallo, los tribunales superiores de justicia declaraban la competencia especial de los tribunales ambientales para conocer de los asuntos ambientales en sede de protección, sin pronunciarse respecto al fondo de la cautela constitucional.

Respecto a la relevancia en materia de consulta indígena y territorio, el fallo no realiza un análisis de fondo respecto al concepto de territorio indígena ni considera el valor que le otorga el Convenio 169 de la OIT, lo cual podría haber sido una manera de abordar el caso. Sin embargo, recalca el objeto de la consulta indígena, enfatizando en la participación de los intervinientes y la dialéctica entre el titular del proyecto y los supuestos afectados.

En base a lo señalado por la Corte Suprema, cuando el titular realiza modificaciones a su proyecto, aun cuando ello suponga una eventual desaparición de la afectación, el proceso de consulta indígena persiste. Los afectados siguen siendo partícipes de un proceso que continúa desarrollándose en tanto son receptores de la información emanada por el titular. Dado su rol de intervinientes, no puede darse por terminada la consulta sin su participación.

La asociación indígena señaló tanto en el recurso como en la apelación que el proyecto afectaba la playa y el mar, considerados como sitios ceremonial y sagrado. Ello da cuenta de una relación particular de la comunidad con el territorio que habita. Esto no fue tomado en cuenta por el Servicio de Evaluación Ambiental al momento de decidir poner fin al proceso de consulta indígena. Sin reconocer explícitamente este vínculo, la sentencia de la Corte Suprema reconoce que es la comunidad la llamada a ponderar si la modificación al proyecto sigue afectando directamente su relación territorial con los sitios ceremonial y sagrado.

#### *iv. ¿Cómo se ha entendido el concepto de territorio indígena por parte de los tribunales?*

De acuerdo a las sentencias analizadas, es posible dar cuenta que los tribunales superiores de justicia chilenos no abordan el concepto de territorio indígena en su razonamiento jurídico, desde una perspectiva intercultural.

Las sentencias analizadas fueron escogidas porque en ellas el tribunal entró a analizar aspectos del fondo del asunto, pero aun así no se ha dado el caso en que el fallo profundice en conceptos fundamentales como el de territorio indígena.

Por una parte, puede considerarse que la Corte ha sido cautelosa en abordar estos casos. Si bien no ha entregado definiciones respecto al territorio, sí ha dado ciertas directrices a considerar al momento de llevar a cabo una consulta indígena. En este sentido, reconoce la importancia de la realización de un informe antropológico adecuado que analice íntegramente los aspectos de las comunidades colindantes al proyecto. Por otra parte, la Corte resalta la relevancia del principio precautorio y que, en tanto haya una incertidumbre de afectación, no se puede exigir a las comunidades probar que dicha afectación no existe. Finalmente, señala que el objeto de la consulta no desaparece por el hecho de modificarse aspectos del proyecto que originalmente afectaban a la

comunidad, desapareciendo, a juicio del titular, dichos impactos negativos. Por tanto, a pesar de no discutir propiamente el ámbito territorial de la consulta indígena, estas directrices igualmente pueden aplicarse a casos donde el territorio sea un elemento central de la disputa.

v. *¿Se ajusta a la dimensión de territorio que entregan los DDHH?*

La Corte Suprema carece de un razonamiento que se ajuste íntegramente a lo estipulado por el Convenio N°169 de la OIT. Omite referirse al concepto de tierras y territorio que entrega el Convenio y en ese sentido hay una carencia del entendimiento normativo internacional aplicable a la consulta indígena.

Sin embargo, la Corte Suprema entrega ciertas directrices que se acercan a un entendimiento más intercultural del proceso de consulta que sirven de guía a la manera en que se entiende el territorio.

## **V. Conclusiones**

1. El presente ensayo se enmarca en un contexto nacional de tensión entre el Estado chileno y los pueblos originarios. La demanda por el territorio es una de las principales reivindicaciones de las comunidades, donde conflictúa la visión tradicional del Estado-nación occidental y la de los pueblos con identidad cultural propia.

2. La demanda por el territorio implica principalmente el reconocimiento del patrimonio indígena y los espacios territoriales, como soporte material y espiritual de su existencia, y donde se establece la necesidad de participación y de determinación del desarrollo propio, como parte de sus derechos políticos y territoriales como pueblo. Uno de los ámbitos en los cuales se materializa la tensión entre el poder público estatal y los pueblos indígenas en el ámbito territorial es dentro el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

3. La consulta indígena es el derecho que permite a las comunidades indígenas que sean susceptibles de afectación directa por parte de los proyectos de inversión, participar del proceso de evaluación ambiental. Existe un número bastante alto de casos judicializados en materia de consulta previa, si consideramos el total de proyectos que realizaron o se encuentran desarrollando un proceso de consulta.

4. La importancia de este trabajo es presentar la relevancia del criterio territorial como elemento determinante en la actual exclusión de comunidades del proceso participativo de la consulta previa y causante de la amplia judicialización de casos en esta materia.

5. Lo que este trabajo pretendió hacer es presentar un análisis crítico de la manera en que los tribunales de justicia han entendido en concepto de territorio al momento de juzgar casos en que se deba determinar la aplicación de la consulta indígena, según exista o no susceptibilidad de afectación directa a las comunidades. En particular, el análisis se realizó respecto a los parámetros

otorgados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, el Convenio N°169 de la OIT y la interpretación de sus disposiciones por parte de los organismos internacionales pertinentes entregan una base sólida para comprender el concepto de territorio desde un punto de vista intercultural.

6. Nuestra legislación carece de un concepto de territorio que sea comprensivo respecto de las diferencias culturales existentes en nuestro país. Ante este escenario, resulta fundamental la lectura intercultural del Convenio N°169 por parte de la autoridad ambiental y de los tribunales ambientales.

7. El análisis jurisprudencial muestra que, del total de casos analizados, la mayoría no discutió el fondo del asunto referido a la susceptibilidad de afectación, y fueron desestimados por razones formales, principalmente remisión a la judicatura especializada o falta de legitimación activa de las comunidades reclamantes.

8. Ha habido un desarrollo jurisprudencial nacional que muestra un avance hacia una consideración cada vez mayor de factores socio culturales y mayor exigencia por parte de los tribunales hacia los organismos ambientales de fundamentar sus decisiones cuando se trata de pueblos originarios, en tanto estos tienen una relación diferente con la tierra y el territorio en formas no percibidas por el resto de la sociedad.

## **VI. Propuestas**

1. Dado que las discusiones judiciales respecto a la aplicación de la consulta indígena enfatizan en ámbitos normados por la legislación nacional, la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente debe incluir una referencia explícita al Convenio N°169 para la aplicación de la consulta indígena.

2. Los tribunales superiores de justicia y los tribunales ambientales deben normarse por el Convenio N°169 en su totalidad, pues es aplicable a nuestro país de manera íntegra. Por ello, no se justifica la omisión al ámbito territorial que establece el Convenio. En los casos analizados, las comunidades fueron explícitas en señalar que sus territorios estaban siendo vulnerados por las medidas administrativas. Siendo el Convenio N°169 de la OIT aplicable en estas materias, los tribunales deben remitirse a él para este tipo de contiendas jurídicas.

3. Reconocimiento legal del acceso a la justicia ambiental pluricultural. En este sentido, nuestro sistema jurídico debe garantizar que las personas pertenecientes a pueblos originarios y las comunidades puedan acceder al sistema justicia en condiciones de igualdad, garantizando su inclusión y el reconocimiento de su cosmovisión propia, de acuerdo a los parámetros establecidos por los tratados de derecho internacional ratificados por Chile, principalmente el Convenio N°169 de la OIT.



## Bibliografía

ANAYA, J. 2009. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya - Adición - La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior A/HRC/12/34/Add.6, s.l.: s.n.

ANAYA, J. 2009. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Relator Especial de N.U para los derechos humanos de los Indígenas, s.l.: s.n.

ANTONA, J. 2014. *Los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Az Mapu y el caso mapuche*. Temuco: Ediciones Universidad Católica de Temuco.

BELLO, A. 2004. *Etnicidad y ciudadanía en América Latina: La acción colectiva de los pueblos indígenas*. Santiago de Chile: CEPAL/ONU.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2015. Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Santiago de Chile.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2018. Consulta previa indígena, proyectos de ley y recursos naturales. Asesoría Técnica Parlamentaria. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía. Santiago de Chile.

COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (CEACR). 2019. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Observación General, publicación 2019, s.l.: s.n.

COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS 2008. Informe de la comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Primera edición, Santiago de Chile.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. 2015. Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Avances y desafíos para su implementación. Washington D.C.

FAUNDES, J.J. 2013. La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta. Revista de Derecho Universidad de Concepción N°233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013).

GUERRA-SCHLEEF, F. 2017. Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile. Revista Justicia Ambiental, N°9, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). 2013. Minuta Sobre el Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152.

LILLO, R. 2002. Conflictos ambientales en territorios indígenas. Revista CREA. Número (3) pp. 17-112.

MARIMÁN, P. ; AYLWIN, J. 2008. “Las identidades territoriales mapuche y el Estado chileno: conflicto interétnico en un contexto de globalización”. En LEYVA, X; BURGUETE, A; SPEED, S, *Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor*. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

MEZA-LOPEHANDÍA, M. 2016. La Jurisprudencia del Multiculturalismo en Chile: La Consulta Previa Indígena Ante Tribunales. Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso. (Número 69).

MILLALEO, S. 2014. ¿Gobernar consultado?: el Convenio 169 en los reglamentos aprobados en Chile. En: CARIMAN L., BRAULIO. et ál. ¿Chile indígena? Desafíos y oportunidades para un nuevo trato. Santiago, Chile: Fundación Chile, 2014. pp: 52-102.

NASH, C., NÚÑEZ, C. y BUSTAMANTE, M. (2014). Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142688>.

NATES, B. 2011. Soportes teóricos y etnográficos sobre conceptos de territorio. Revista Co-herencia Vol. 8. (Número 14).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2019. Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo. Ginebra, Suiza.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2013. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra, Suiza.

PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2018. *Principios Jurídicos Medioambientales para un desarrollo ecológicamente sostenible*. Santiago de Chile: Poder Judicial de la República de Chile.

VAN BEBBER, R. 2002. Estado-Nación y ‘conflicto mapuche’: aproximación al discurso de los partidos políticos chilenos. En: Crisis y conflicto en el capitalismo latinoamericano: Lecturas políticas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.