



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias del Derecho

CAUSALES DE LA OBLIGACION DE CONSULTA INDÍGENA PARA CIERTAS  
MEDIDAS RELATIVAS A PROYECTOS MINEROS, CONFORME AL  
REGLAMENTO DE CONSULTA INDÍGENA, DECRETO SUPREMO N° 66 DEL  
AÑO 2013 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y  
sociales

AUTOR: GABRIEL ALONSO BUSTOS BUSTILLOS  
PROFESOR GUÍA: MILKA CASTRO LUCIC

Santiago, Chile  
2015

Quiero agradecer profundamente a mis padres y hermana, quiénes siempre estuvieron entregándome fuerzas, día a día, incondicionalmente, a lo largo de todo éste proceso.

A mis abuelos, tías abuelas Patricia y Julieta, a toda mi familia, amigos y compañeros de trabajo, quiénes han sido fundamentales en mi caminar y alcanzar mis metas.

Y, con todo mi amor, agradecer a Amanda, quien con su sonrisa y cariño me ha acompañado a lo largo de ésta carrera, en los momentos duros y felices.

## **INDICE:**

Introducción.....	7
Fundamentación de la Investigación.....	10
Objetivos de la Investigación.....	17

### **Capítulo I**

Ámbito de aplicación del Convenio 169.....	19
1.1 Titulares de derechos.....	23
1.2 Análisis de la aplicación retroactiva del Convenio .....	33
1.3 Jerarquía del Convenio y autoejecutabilidad.....	39

### **Capítulo II**

Análisis general de la Consulta.....	44
2.1 ¿Qué es la Consulta Indígena del Convenio N° 169 de la OIT?.....	44
2.2 Características del derecho de Consulta.....	48
2.2.1 Es un deber.....	49
2.2.2 Es previa.....	50
2.2.3 Es un proceso continuo.....	53
2.2.4 Debe ejercerse de Buena fe.....	54
2.2.5 Debe materializarse en un procedimiento adecuado.....	58
2.2.6 Instituciones indígenas representativas.....	60
2.3 Relación con los conceptos de participación y consentimiento libre, previo e informado.....	63
2.3.1 Participación.....	64
2.3.2 Consentimiento previo, libre e informado .....	68

### Capítulo III

Análisis específico de los elementos que permiten determinar la exigibilidad de la Consulta Indígena en el Convenio y el DS 66/2013.....	71
3.1 Que se trate de medidas administrativas o legislativas.....	71
3.1.1. Medidas legislativas.....	76
3.1.2 Medidas Administrativas.....	77
3.1.2.1 Actos de la Administración del Estado.....	78
3.1.2.2 Naturaleza no reglada que permita el ejercicio de un margen de discrecionalidad.....	80
3.1.2.2.1 Tipologías de discrecionalidad y su posibilidad de permitir llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de pueblos indígenas.....	83
3.1.2.3Que no se trate de medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia.....	88
3.1.2.4Resolución de calificación ambiental.....	89
3.1.3 Análisis crítico de las distintas medidas consultables según el DS 66/2013.....	92
3.2 Que sean susceptibles de afectar directamente a pueblos Indígenas.....	93
3.2.1 Susceptibilidad de afectación directa.....	101
3.2.2 Susceptibilidad de afectación directa en las resoluciones de calificación ambiental.....	104
3.2.2.1 Reasentamiento y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de pueblos indígenas.....	105

3.2.2.2 Localización próxima a poblaciones y recursos protegidos.....	110
3.2.2.3 Patrimonio Cultural.....	114
3.2.3 Tierras y territorio como elementos a considerarse en la determinación de la concurrencia de la existencia de una susceptibilidad de afectación.....	117
3.3 Análisis crítico de los requisitos de la Consulta Indígena en el DS 66/2013, en relación a lo dispuesto por el Convenio 169.....	121

## **Capítulo IV**

La Consulta Indígena frente a ciertas medidas administrativas relevantes para los proyectos mineros.....	126
4.1 Definiciones y características de los proyectos mineros.....	128
4.2 Análisis de la exigibilidad de la Consulta Indígena respecto a ciertas medidas relativas a proyectos mineros.....	133
4.2.1 Las concesiones mineras.....	134
4.2.1.1 Concesiones de exploración y explotación.....	135
4.2.1.2 Situación de las sustancias no susceptibles de concesión.....	137
4.2.1.3 Análisis crítico de las concesiones mineras en Chile frente a la consulta indígena.....	139
4.2.2 Resoluciones de calificación ambiental referidas a proyectos mineros.....	141
4.2.3 Medidas administrativas que otorgan derechos de aguas.....	143
4.2.3.1 Procedimiento para la obtención de derechos de aprovechamiento de aguas.....	146

4.2.3.2 Análisis crítico de los actos que resuelven solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas como medidas susceptibles de Consulta Indígena.....	149
4.3 Análisis crítico del marco regulatorio de la exigibilidad de la Consulta Indígena para las medidas estudiadas en este capítulo.....	151
<b>Capítulo V</b>	
Conclusión.....	154
<b>Bibliografía.....</b>	<b>163</b>

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene por finalidad efectuar un análisis respecto a ciertas medidas administrativas relacionadas con proyectos mineros, buscando determinar cuándo deben ser objeto de un proceso de Consulta Indígena conforme a lo establecido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, e indistintamente, “Convenio 169” o “Convenio”), y al Reglamento de Consulta Indígena, Decreto Supremo N° 66/2013, del Ministerio de Desarrollo Social (en adelante, e indistintamente, “DS 66/2013” o “Reglamento”).

En el desarrollo de esta Memoria, se iniciará con su fundamentación y una exposición de los objetivos. Estas dos partes abordan los aspectos metodológicos que estructuran ésta investigación, y son explicativos de por qué se escogió el tema propuesto y qué es lo que se pretende conseguir. .

En el capítulo primero, se hará un análisis de los aspectos generales del Convenio 169 que serán determinantes para entender la Consulta Indígena (en adelante, e indistintamente, “Consulta Previa” o “Consulta”). En primer lugar, se abordará el ámbito de aplicación del Convenio, referido, especialmente, a determinar quiénes serán los titulares de los derechos que consagra y desde qué momento se entiende la entrada en vigencia de las obligaciones del mismo, especialmente, respecto de la Consulta. Una mención especial se hará a la

jerarquía normativa que tiene el Convenio en nuestra legislación y la autoejecutabilidad de la Consulta. El análisis de todos estos elementos, permitirá establecer parte importante del ámbito de aplicación del Convenio, en general, y de la Consulta en particular.<sup>1</sup>

En el capítulo segundo, se analizará en general la Consulta Indígena del Convenio 169. Para esto, se establecerá qué entenderemos por Consulta, realizando una caracterización conforme a lo que ha establecido la doctrina y a lo que se podrá desprender de los textos normativos que la regulan; y Luego, se distinguirá la Consulta, de otros derechos consagrados por el convenio, como lo son el derecho a la participación y el derecho de los pueblos indígenas a otorgar su consentimiento previo, libre e informado.

En el capítulo tercero se efectuará un análisis general de los requisitos de la Consulta frente a las medidas administrativas y legislativas que adopte el Estado, analizándose las implicancias del tipo de medida para efectos de la procedencia de la Consulta, así como también el requisito referido a la “susceptibilidad de afectación directa” que dichas medidas deben presentar frente a pueblos indígenas, para que genere la obligación de iniciar un proceso de Consulta. Este capítulo será de suma importancia para el objetivo de esta investigación, pues será el marco que permitirá determinar la exigibilidad de iniciar procesos de Consulta.

---

<sup>1</sup> Cabe recordar que conforme al artículo 14 del Código Civil, “*La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros*”, por tanto, el Convenio respecto a su orden territorial de vigencia, es aplicable para todo el territorio de la República.

El capítulo cuarto buscará, en primer lugar, establecer qué se entenderá por proyectos mineros, pues el estudio de la exigibilidad de la Consulta se referirá a medidas que estarán íntimamente vinculadas al desarrollo de este tipo de proyectos. A continuación, se analizarán específicamente las medidas objeto de nuestra investigación; las concesiones mineras, resoluciones de calificación ambiental y los actos que resuelven solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas. Estas resoluciones son de especial relevancia para los proyectos mineros, y presentan aspectos que, claramente, podrían ser susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

Por último, se presentarán las conclusiones, en donde se expondrán los aspectos principales advertidos durante el desarrollo de esta investigación, de acuerdo a los objetivos propuestos

## Fundamentación de la investigación

Esta investigación busca analizar la exigibilidad de la Consulta respecto a ciertas medidas administrativas relacionadas con proyectos mineros, desde una óptica descriptiva de la normativa indígena, que permita establecer la correcta procedencia de esta obligación, conforme al sentido y texto del Convenio y su reglamento.

El tema de esta investigación fue escogido, principalmente, por la presencia en la actividad minera de conflictos reiterados con pueblos indígenas, Este escrito se propone analizar las situaciones en que estos pueblos tienen derecho a exigir participar en las medidas relacionadas con ésta actividad, específicamente, a través de la Consulta.

Un estudio elaborado por Price Waterhouse Coopers Consultores, Auditores y Compañía Limitada (en adelante, e indistintamente, “PWC”) señala que “Al identificar las causas de judicialización de proyectos, es posible indicar que, de acuerdo a datos del Mapa de Conflictos Socio-ambientales en Chile del INDH (junio 2012), los temas relacionados a comunidades indígenas y la correcta aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), son los motivos más recurrentes”.<sup>2</sup>En esta misma línea, el estudio señala que a la

---

<sup>2</sup>PRICE WATERHOUSE COOPERS CONSULTORES. 2014. Judicialización de proyectos y conflictos indígenas: ¿Cómo evitarlos? Estudio sobre la gestión de impactos sociales y ambientales en proyecto de inversión de las empresas mineras y de energía en Chile. [en línea], Santiago, Región Metropolitana, Chile, <

fecha en que realizó la encuesta (entre septiembre de 2012 y mismo mes de 2013) sobre la cual se elabora el estudio, la cual tuvo por sujetos encuestados a empresas del sector energético y minero, existían:

“12 iniciativas paralizadas por conflictos relacionados a la aplicación del convenio 169, lo que equivale a US\$ 13.061 MM en inversión frenada. Esto equivale al 4,8% del PIB de Chile en el año 2012.

Si bien la proporción en número de proyectos paralizados por estos motivos es igual entre proyectos mineros y energéticos, el 85% de la inversión paralizada corresponde a proyectos de minería, mientras que el 15% a proyectos de energía.”<sup>3</sup> .

De esta manera, queda en evidencia la necesidad de abordar la conflictividad de los proyectos mineros con las comunidades y pueblos indígenas, pues junto con el perjuicio económico de mantener iniciativas de inversión paralizadas a causa de la judicialización, existe un problema social que debe ser resultado.<sup>4</sup>

Así, escogimos ciertas medidas relevantes para los proyectos mineros, con el objeto de concretizar un análisis de la Consulta, y que corresponden a:

---

[http://www.pwc.com/es\\_CL/cl/publicaciones/assets/judicializacion-de-proyectos-y-conflictos-indigenas.pdf](http://www.pwc.com/es_CL/cl/publicaciones/assets/judicializacion-de-proyectos-y-conflictos-indigenas.pdf) >, [Consulta: 04 de agosto de 2014 ].

<sup>3</sup>Idem.

<sup>4</sup> A pesar de que está fuera del campo de nuestra investigación, respecto a la conflictividad existente en los proyectos de desarrollo eléctricos, recomendamos ver: MORAGA S., P. 2012. Las razones de la conflictividad del sector eléctrico: el caso de la consulta indígena. En: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2012, Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile., pp. 376 y ss.

a) Las concesiones mineras: son lo que permiten a su titular explorar y explotar un yacimiento minero; sin éstas, los titulares de proyectos no tendrían derecho a aprovecharse de estos recursos ni adquirirían el dominio de los bienes extraídos. Aquí, el Convenio establece un deber expreso de realizar la Consulta, señalando que los Estados “deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”<sup>5</sup>.

b) Resoluciones de calificación ambiental: Estos son actos que aprueban ambientalmente la construcción y operación de un proyecto, que en nuestro caso, corresponderá a un análisis de la aprobación de proyectos mineros .En la evaluación ambiental se estudian diversos aspectos, tales como emisiones atmosféricas, residuos, ruidos, afectación a comunidades, a los suelos y a la intervención en la flora y fauna de un lugar, pudiendo aprobarse o rechazarse un proyecto de acuerdo a la evaluación de sus impactos sobre dichos elementos.

c) Resoluciones recaídas sobre solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas: éstas permiten a su titular explotar los recursos hídricos, recurso que es objeto de una explotación intensiva por

---

<sup>5</sup>YÁÑEZ F., N. y MOLINA O., R. 2008. La gran minería y los derechos Indígenas en el norte de Chile. 1ª Ed. Santiago, LOM Ediciones, p. 137.

parte de los proyectos mineros debido a su relevancia para sus procesos industriales de beneficio. En este sentido, Yáñez y Molina señalan que “Los territorios indígenas se presentan como el principal blanco de las compañías mineras para la extracción de agua. En efecto, en una región caracterizada por condiciones climáticas desérticas, los territorios indígenas de cerros y altiplanos son precisamente los que reciben por lo regular las mayores precipitaciones de verano e invierno. Las lluvias de verano caen principalmente en las tierras aimaras, atacameñas y quechuas, y esporádicamente en el altiplano de Copiapó. Más al sur, la presencia de la baja oceánica del Pacífico provoca lluvias de invierno, poco copiosas, principalmente en la cordillera de Copiapó y Huasco, ocupada por collas y diaguitas. Hay aquí pequeños ríos y lagunas, cuyas aguas –en especial las de los ríos- han sido captadas desde hace tiempo por actividades mineras, [...]”<sup>6</sup>Las resoluciones que otorgan derechos de aprovechamiento de aguas, determinan los derechos a explotar dicho recurso por parte de los proyectos mineros, lo cual puede afectar directamente a pueblos indígenas, al provocar “graves impactos en las economías indígenas, provoca daños ambientales, algunos irreparables, o disputa los recursos destinados a sostener la actividad tradicional de las comunidades agrícolas y ganaderas.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>YÁÑEZ F., N. y MOLINA O., R. 2008. *Op. Cit.*, pp. 92-3.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 93.

Al analizar cuándo dichas medidas deberán ser objeto de Consulta, se podrá determinar si una población indígena puede encontrarse amparada legalmente para exigirla, clarificando por qué es exigible. Así, por un lado, los pueblos indígenas podrán ejercer su derecho a Consulta de manera fundamentada y clara, mientras que por otro, las empresas podrán planificar mejor sus proyectos, al tener una mayor certidumbre acerca de cuándo deberán contemplar la realización de un proceso de Consulta.

Con fecha 4 de marzo de 2014 se publica el DS 66/2013, que tiene como característica ser el primer cuerpo reglamentario que se refiere íntegra y detalladamente a la Consulta Indígena, regulando, entre otras materias, sus causales y etapas. No obstante lo anterior, su dictación y entrada en vigencia no estuvo exento de polémica.

En efecto, dentro de las comunidades que han criticado fuertemente el DS 66/2013, encontramos comunidades *Kawésqar* y miembros urbanos del pueblo *Yagán*, quienes emitieron una declaración en la cual “rechazan el Decreto 66 y exigen al Ministerio de Desarrollo Social, respetar la autonomía del pueblo *Kawésqar* en la toma de decisiones en torno a la Consulta.”<sup>8</sup> Lo anterior, es compartido por los Lonko mapuches Manuel Currilen Cheuquel e Isaac Canio Colli, quienes habrían expuesto, y a lo cual habrían adherido otras organizaciones indígenas del Valle de Aconcagua, que “No puede haber consulta si no se

---

<sup>8</sup>Indígenas australes rechazan consulta de Bachelet. [en línea] El Ciudadano. 17 de diciembre, 2012 <<http://www.elciudadano.cl/2014/12/17/133321/indigenas-australes-rechazan-consulta-de-bachelet/>> [consulta: 21 mayo 2015]

respetan los Derechos de Los Pueblos Indígenas de la ONU, No puede haber consulta si siguen vigentes los DS 66 y el DS 40, [...]”.<sup>9</sup> Por su parte, el dirigente aymara, Juan Quispe, habría señalado que “No estamos de acuerdo con este nuevo reglamento. Nosotros manifestamos nuestro rechazo absoluto como familia, como profesionales y como aymaras. Simplemente esto atenta contra el convenio 169 y el espíritu y los principios que realmente regulan la consulta en los pueblo originarios que tiene que ser transparente.”<sup>10</sup>

Cabe señalar, que la consejera de la Corporación Nacional Indígena, Ana Llao, señaló que la firma del Reglamento de Consulta Indígena “Fue un acto de mala fe, a puertas cerradas, donde se definió el destino de nueve pueblos indígenas con solo dos pueblos representados.”<sup>11</sup> Así, es posible apreciar que “La consulta aplicada, usando el Decreto N° 66, ha estado afectada desde un comienzo por cuestionamientos de legitimidad, puesto que el marco normativo usado no se ajusta a los principios del Convenio 169 de la OIT. Ello significó que muchas comunidades, e inclusive territorios enteros, se restaran a la consulta – la consulta fue realizada para 122 de un total de 3.213 comunidades.”<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup>Autoridades y dirigentes indígenas del Aconcagua rechazan fraudulenta consulta y exigen derogación decretos 66 y 40. [en línea] Mapuexpress - Informativo Mapuche. 18 de agosto, 2014 <<http://www.mapuexpress.org/2014/08/18/autoridades-y-dirigentes-indigenas-del-aconcagua-rechazan-fraudulenta-consulta-y-exigen#sthash.iDOi3vEd.dpbs>> [consulta: 21 mayo 2015]

<sup>10</sup> Pueblos originarios y comunidades rechazan oficialización del reglamento de Consulta Indígena. [en línea] El Dinamo. 25 de noviembre, 2013. <<http://www.eldinamo.cl/ambiente/2013/11/25/indigenas-y-comunidades-rechazan-oficializacion-del-reglamento-de-consulta-indigena/>> [consulta: 21 mayo 2015]

<sup>11</sup>MIRANDA, O. 2013. Comunidades critican firma del reglamento de Consulta Indígena: “Es un acto de mala fe”. [en línea] Diario Uchile Radio Universidad de Chile. 23 de noviembre, 2013. <<http://radio.uchile.cl/2013/11/23/comunidades-critican-firma-del-reglamento-de-consulta-indigena-es-un-acto-de-mala-fe>> [consulta: 21 mayo 2015]

<sup>12</sup>MILLALEO H., S. 2015. Los vicios de la consulta en Chile y el incumplimiento de estándar de derechos. [en línea] El Ciudadano. 5 de febrero, 2015.

Ante las críticas que ha suscitado entre las comunidades indígenas el DS 66/2013, establecer de qué forma éste configura las causales que obligan al Estado a iniciar procesos de Consulta, permitirá dilucidar si responde con suficiencia a lo dispuesto en el Convenio 169.

Por todo lo anterior, se propone analizar y mostrar, al esclarecer cuándo es exigible la Consulta, posibles herramientas de solución sobre los conflictos que han existido entre indígenas y proyectos mineros, considerados “expresión de una disputa entre el uso ancestral y consuetudinario de los recursos naturales y su explotación industrial a gran escala.”<sup>13</sup>

---

<http://www.elciudadano.cl/2015/02/05/144523/los-vicios-de-la-consulta-en-chile-y-el-incumplimiento-de-estandar-de-derechos/> [consulta: 5 julio 2015]

<sup>13</sup>YÁÑEZ F., N. y MOLINA O., R. 2008. *Op. Cit.*, pp.93-4.

## **Objetivos de la investigación**

Esta investigación tiene por objetivo principal mostrar cuándo operaría la Consulta en nuestra legislación respecto a un proyecto minero que deba solicitar concesiones de exploración y explotación, que deba evaluarse ambientalmente, y que deba obtener derechos de aprovechamiento de aguas. El enfoque será eminentemente descriptivo, sin perjuicio de que se analizará críticamente la coherencia del DS 66/2013 con el Convenio 169. Así, en caso de que se considere que nuestra legislación no contempla correctamente la obligación de consultar las medidas antes señaladas, se propondrá la necesidad de efectuar modificaciones con el objeto de poder materializar de manera correcta la Consulta Previa en el desarrollo de la actividad minera.

Para otorgar mayor claridad analítica a esta investigación, se enuncian los siguientes temas como objetivos específicos de ésta:

1. Determinar el ámbito de aplicación del Convenio 169, en especial de la Consulta Indígena, principalmente en lo que respecta a quiénes serán los titulares de sus derechos y desde cuándo se considerará exigible el deber de Consulta y los derechos que el Convenio consagra. Además, se señalará la jerarquía que tiene el Convenio en nuestra legislación y la autoejecutabilidad de la Consulta.

2. Definir y caracterizar la Consulta Indígena; establecer cuáles son sus características y su distinción con el derecho de participación y el derecho a exigir otorgar el consentimiento previo, libre e informado a una medida.
3. Analizar las causales de la obligación de Consulta en nuestra legislación, advirtiendo cómo nuestro DS 66/2013 las aborda; los tipos de medidas legislativas y medidas administrativas que considera consultables, y qué se entenderá por susceptibilidad de afectación directa. Este análisis se efectuará siempre considerando la coherencia del DS 66/2013 con el Convenio 169.
4. Analizar la Consulta indígena respecto a ciertas medidas vinculadas estrechamente a proyectos mineros, específicamente, a los actos que otorgan concesiones mineras, las resoluciones de calificación ambiental y las resoluciones referidas a solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas.

Por último, es importante reiterar que en caso de que se considere que nuestra legislación no contempla, debiendo hacerlo, la obligación de consultar las medidas objeto de análisis, se evaluará y propondrá la necesidad de efectuar modificaciones a dicha legislación, para poder materializar una verdadera participación de los pueblos indígenas en el desarrollo de la actividad minera.

Establecido cuáles son los objetivos que se pretenden con esta obra, se pasará a desarrollar su contenido.

## Capítulo I. Ámbito de aplicación del Convenio 169

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, e indistintamente, “OIT”) es un tratado internacional de derechos humanos referido a pueblos indígenas<sup>14</sup>, que consagra un sistema de derechos sociales, políticos, económicos y culturales desde la perspectiva y noción de derechos colectivos, siendo su objetivo medular el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas,<sup>15</sup> buscando la superación de su postergación, discriminación y vejación.<sup>16</sup>

El Convenio 169 es el principal tratado internacional referido a problemáticas indígenas, sin embargo, no es el primero en abordarlas. En efecto, el primero en abordar estas materias fue el Convenio N° 107 del año 1957 dictado por la Organización Internacional del Trabajo, el cual significó un notable avance en la configuración de un sistema de derechos para las personas y poblaciones indígenas. Entre las materias que este instrumento reguló podemos advertir derechos sobre tierras; la no discriminación en la contratación y en las condiciones laborales; derechos de seguridad social y salud; educación y medios de comunicación, entre otras. Sin embargo, el Convenio N° 107 no consagró una

---

<sup>14</sup> AYLWIN O., J. 2010. El derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas., En: MEZA-LOPEHANDÍA G., M. (Ed.). Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, Observatorio Ciudadano, 2ª Ed. Santiago. Chile, p. 12

<sup>15</sup> HERVÉ E., D. 2012. Adecuación de la Legislación Interna a los estándares impuestos para la administración de los recursos naturales. En: CONTESSE S., J. (Ed.): El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile. p. 23

<sup>16</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011. Una visión panorámica al convenio OIT 169 y su implementación en Chile. Estudios Públicos. Santiago, Chile (121): 142.

regulación de la Consulta Indígena, diferenciándose en éste aspecto de lo que sí efectuaría el Convenio 169 años más adelante.<sup>17</sup>

El Convenio N° 107 no fue suficiente para satisfacer las reivindicaciones de derechos políticos, sociales, económicos y culturales que demandaban los pueblos indígenas. Ante el aumento de estas demandas por estos pueblos, la OIT buscó crear un nuevo instrumento internacional que sí respondiera a las nuevas problemáticas de estos pueblos, lo cual la llevaría a dictar, en el año 1989, el Convenio 169, generando un nuevo sistema de garantías para el desarrollo de los pueblos indígenas.<sup>18</sup>

En nuestro país, la promoción de un sistema de derechos en sintonía con los instrumentos internacionales vigentes para las personas y poblaciones indígenas, fue una materia que sólo se comenzó a materializar, efectivamente, en la última década del siglo XX. El año 1993 se dicta la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante, e indistintamente, “Ley Indígena”). Esta ley viene en concretar una serie de garantías que el derecho internacional ya había abordado, pero que estaban pendientes en nuestro país, tales como la regulación de las tierras y los derechos sociales, económicos y culturales de los indígenas. Además, crea un servicio público

---

<sup>17</sup> AYLWIN O., J. 2010. *Op. Cit*, pp. 9-11.

<sup>18</sup> *Idem*

destinado a materializar políticas públicas en torno a estos temas, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante, e indistintamente, “CONADI”).

Si bien la Ley Indígena regula materias que pretenden afrontar aspectos vitales en el desarrollo de los indígenas, tales como organización, tierras, aguas, entre otras, no lograba satisfacer los estándares de los instrumentos internacionales que regulaban estas materias, pues, por ejemplo, aún no existía una regulación adecuada del deber de Consulta.<sup>19</sup> Por lo anterior, en 2008 se publica el decreto promulgatorio del Convenio 169, Decreto Supremo N° 236, del 2 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, lo cual permitió su entrada en vigencia el 15 de septiembre de 2009.

La gran relevancia del Convenio en la regulación de los derechos indígenas se debe a que, en primer lugar, enfoca su garantía desde la noción de derechos colectivos, otorgando derechos a los “pueblos indígenas”, como sujetos colectivos, y sin perjuicio de los derechos individuales de cada uno de sus integrantes.<sup>20</sup> Así, “En cuanto a los valores colectivos –que constituyen la nota característica del Derecho internacional indígena-, el Convenio 169 se preocupa particularmente de la integridad social, cultural y económica, así como de la preservación de las formas de vida propias de las comunidades indígenas.”<sup>21</sup> Así,

---

<sup>19</sup> CONTESSE S., J. (Ed.). 2012. *Op. Cit.*, págs. 11-12.

<sup>20</sup> YÁÑEZ F., N. 2010. Los Contenidos del Convenio N° 169 de la OIT. En: MEZA-LOPEHANDÍA G., M.(Ed.): *Op. Cit.*, p. 23

<sup>21</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*, pp. 142-3

“Se trata del único tratado que reconoce derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas y que se encuentra abierto para su ratificación.”<sup>22</sup>

En relación a la protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional, en un inicio “tomó la forma de derechos individuales, cuyo contenido replicaba el de las libertades públicas. Grosso modo, puede decirse que esta práctica tomó la forma de los derechos humanos de tipo clásico.”<sup>23</sup>Un ejemplo de lo anterior, es el Convenio N° 107, pues este pretendió mejorar las condiciones de vida de los integrantes de dichos pueblos, pero para asimilarlos al resto de los integrantes de una nación determinada, y no regulando la protección de dichos pueblos como entidades colectivas. Con posterioridad, el derecho internacional pretendió ir más allá de ese reconocimiento a los derechos indígenas como derechos individuales, pasando a “fortalecer esa dimensión colectiva de la protección de los indígenas, principalmente con el objeto de conservar su identidad y patrimonio cultural.”<sup>24</sup>Así, el Convenio 169 adopta un enfoque colectivo en la protección de los derechos indígenas.

El Convenio 169 pretende resguardar la integridad e identidad de los pueblos indígenas a partir de su actuar colectivo, siendo incluso una condición necesaria para el pleno ejercicio de los derechos individuales de sus integrantes,

---

<sup>22</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*, p. 141

<sup>23</sup> VALDIVIA, J.M. 2011. Alcances jurídicos del Convenio 169, Estudios Públicos. Santiago, Chile(121): 38

<sup>24</sup> Ídem

como indígenas.<sup>25</sup> Estos derechos colectivos “constituyen los guardianes fundamentales de los derechos humanos indígenas materiales y aseguran además la incorporación al proceso político de minorías tradicionalmente postergadas y excluidas.”<sup>26</sup>

Para poder determinar el ámbito de aplicación general del Convenio 169, y con ello, del deber Consulta, se verá, en primer lugar, a quienes se aplica el Convenio, es decir, quiénes son los titulares de sus derechos. También, se verá cuándo se hizo exigible la aplicación del Convenio, debiendo advertir si puede aplicarse con efecto retroactivo. Por último, se analizará la jerarquía normativa que ocupa el Convenio en nuestra legislación, junto con un examen breve de la autoejecutabilidad de la Consulta.

### **1.1 Titulares de derechos**

En el artículo 1 del Convenio se señala quiénes son los titulares de los derechos que consagra. Así, este artículo dispone que el Convenio se aplicará:

“a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total

---

<sup>25</sup>YÁÑEZ F., N. 2010. *Op. Cit.*, p 22.

<sup>26</sup>MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*,p. 143

o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.”

Las disposiciones del Convenio se aplican a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, mas dicho instrumento no define expresamente qué se entiende por estos pueblos, dedicándose más bien a enunciar sus características. Así, respecto de los pueblos tribales, su descripción no se refiere al carácter histórico o pre-colonial del pueblo dentro del Estado en que se debe aplicar el convenio, sino que es, de acuerdo a lo que se desprende evidentemente de su texto, una distinción principalmente cultural y social. Por su parte, en la descripción de los pueblos indígenas es posible observar que existen tres elementos centrales: a) el histórico, reflejado en que deben ser pueblos que habitaban antes de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras; y b) el socio-cultural, pues deben conservar, al menos, parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

La similitud y distinción entre “pueblos indígenas” y “pueblos tribales” es descrita por la propia Organización Internacional del Trabajo en función de sus elementos. Así, tanto los pueblos indígenas como los tribales, tienen los siguientes elementos en común: “estilos tradicionales de vida; Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p.ej. la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.; organización social e instituciones políticas propias”<sup>27</sup>. El elemento que según la OIT diferenciaría a dichos pueblos sería el “vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros “invadieron” o vinieron al área.”<sup>28</sup>, elemento que se considera como eminentemente indígena. Además, ésta distinción entre pueblos indígenas y tribales es necesaria para la promoción y aplicación del Convenio en distintas regiones y realidades de la comunidad internacional. En efecto, el concepto de “pueblos indígenas” es aplicable, principalmente, a los pueblos considerados descendientes de las culturas precoloniales de América, Australia y Nueva Zelanda, mientras que a los grupos étnicos minoritarios marginados, con una cultura distinta del modelo nacional, y que históricamente han ocupado ciertas regiones, se les denomina “pueblos tribales”.<sup>29</sup>

En el caso de Colombia, es posible advertir una situación particular en relación a la titularidad de los derechos consagrados por el Convenio, pues en su

---

<sup>27</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Identificación de los Pueblos Indígenas y Tribales. [en línea]<<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>>[Consulta: 21 mayo 2015 ]

<sup>28</sup>Idem

<sup>29</sup> CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES. 2010.Guía de buenas prácticas. Los Pueblos Indígenas y la Minería. [en línea] Londres, Reino Unido,p. 5. <<http://www.icmm.com/document/1589>> [Consulta: 2 noviembre 2014 ]

Constitución se ocupa el apelativo de “grupos étnicos”, concepto que abarcaría al de pueblos indígenas y tribales, e incluiría otros grupos o minorías relevantes. En este sentido, en Colombia se ha tendido “a la asimilación jurisprudencial entre minorías étnicas y minorías negras sobre la base de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente en dicho supuesto de comunidad afrocolombiana con base de territorio propio [...] El sujeto negro puede beneficiarse del reconocimiento constitucional del sujeto indígena, y no solo del propio, con la consiguiente acreditación a la consulta étnica.”<sup>30</sup> La relevancia de lo anterior, es entender que lo afrodescendiente es más que lo tribal, expandiéndose la aplicación del Convenio.<sup>31</sup>

Expuesto lo anterior, y entendiendo que la aplicación extensiva expresada en el párrafo anterior corresponde a una interpretación jurisprudencial y no a lo expresamente consagrado por un texto normativo, es que cabe hacer presente que el Convenio es hábil en no pretender hacer una definición única de “pueblos indígenas”, debido a que de esta manera no restringe su ámbito de aplicación a ciertos grupos que cumplan con la definición. En efecto, “El problema de establecer una definición única para “pueblos Indígenas” se ha debatido ampliamente en sesiones de grupos de trabajo de Naciones Unidas durante años y se ha llegado a reconocer oficialmente que no hay una sola definición que

---

<sup>30</sup> CLAVERO, B. 2014. Consulta Indígena: Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos. [en línea] IV Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Congreso Internacional Proceso y Constitución. “Dialéctica y Diálogo Jurisprudencial: Presente y Futuro”. Bogotá, Colombia, p. 7 <<http://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Clavero-ConsultaInd%C3%ADgena-REDC-final.pdf>> [Consulta: 21 mayo 2015]

<sup>31</sup> Ídem

abarque cabalmente la diversidad de los pueblos indígena”<sup>32</sup>. Por lo tanto, sólo con el hecho de cumplir con las características descritas en el artículo primero podrá considerarse que un grupo humano puede ser considerado como pueblo indígena o tribal, aun cuando en la legislación interna del respectivo país no se reconozca, en un cuerpo normativo distinto, dicho concepto.

Ahora bien, es evidente que por las características históricas de nuestro país, el concepto que nos es aplicable es el de “pueblos indígenas”. Por lo tanto, es aquella descripción la que deberá ser considerada para establecer quiénes son los titulares de los derechos del Convenio. Esto es innovador en nuestro derecho nacional, puesto que los otros cuerpos normativos no utilizan este concepto al regular las materias indígenas.

En efecto, en la Ley Indígena no se reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos; de hecho, al evitar la utilización del concepto pueblo, adopta una óptica principalmente individual en el tratamiento de los titulares de los derechos que consagra. Esta distinción entre la Ley Indígena y el Convenio 169, es importante, pues el cuerpo que regula expresamente las características y procedimientos para ser considerado indígena, así como para establecer comunidades, asociaciones y áreas de desarrollo indígena, es la Ley Indígena, la cual, deberá interpretarse sistemáticamente con el convenio. Esto último, es especialmente importante en relación a la Consulta Indígena, pues conforme al artículo 5 del DS 66/2013:

---

<sup>32</sup>CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES. 2010: *Op. Cit.*p.5

“Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas aquellos que define el artículo primero del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que estén reconocidos en el artículo 1 de la ley N° 19.253.

Se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas señalados en el inciso anterior cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2 de la ley N° 19.253.”

Pasemos a ver cuándo una persona podrá ser considerada indígena conforme a la Ley Indígena, y cómo identificamos a los pueblos indígenas interpretando el Convenio y la Ley Indígena de la forma más sistemática posible.

De acuerdo al artículo 1 de la Ley Indígena, el Estado otorga el carácter de indígenas a los descendientes de los pueblos que estuvieron presentes en Chile desde tiempos precolombinos, debiendo además conservar manifestaciones étnicas y culturales propias, y para los cuales la tierra sigue siendo el fundamento principal de su existencia y cultura.<sup>33</sup> De lo anterior, podemos concluir que los elementos centrales en la definición de pueblos indígenas son los elementos históricos (pueblos que habiten el territorio desde tiempo pre-colombinos) y culturales (que conserven manifestaciones étnicas y culturales propias). Por otro

---

<sup>33</sup> El artículo 1° de la Ley Indígena señala que: *“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.”*

lado, se añade el requisito de que la tierra debe ser el fundamento principal de su existencia y cultura.

Viendo la definición que la Ley Indígena establece para las personas reconocidas como indígenas, se expondrá cuáles son los requisitos que establece la ley para que a una persona se le reconozca tal calidad, de acuerdo al artículo 2:

“Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;

Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres

o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.”

Los requisitos establecidos en nuestra legislación para ser considerado indígena son: la descendencia (no importa la naturaleza de filiación, e incluso, en el artículo cuarto de la misma ley, se reconoce expresamente la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo como título suficiente para constituir este reconocimiento), el apellido y la mantención de rasgos culturales, siempre que exista auto identificación como indígena. Si se cumple al menos uno de estos requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley Indígena, una persona podrá solicitar, mediante los procedimientos establecidos en la ley, que se le reconozca como indígena. La calidad de indígena podrá acreditarse mediante un certificado que otorga la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

El Convenio establece a la autoidentificación como uno de los criterios principales que se deben considerar para otorgar el carácter de indígena a una comunidad o pueblo determinado, y en consecuencia, a una persona integrante de dichos pueblos. Esto sería coherente con la letra c) del artículo 2 de la Ley Indígena, literal que reconoce expresamente dicho criterio, añadiendo como requisito copulativo que “mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena.” Esto se entiende, pues no bastaría con afirmar la autoidentificación con un pueblo

indígena, sino que se requiere una manifestación cultural de aquella identificación.

La Ley Indígena se enfoca en regular el reconocimiento en carácter individual, es decir, reconoce la calidad de indígena a personas determinadas y, a partir de ellas, a Comunidades y Asociaciones, pues de acuerdo a lo establecido en su artículo 9<sup>34</sup>, un requisito para constituir una comunidad indígena, es que, previamente, los sujetos que la componen cuenten con el reconocimiento individual de indígenas, contemplándose el mismo requisito para las asociaciones indígenas, conforme a su artículo 36.<sup>35</sup>

Este enfoque de reconocimiento a organizaciones formales indígenas a partir de reconocimientos individuales, sería distinto al del Convenio al momento de reconocer su ámbito de aplicación, pues este último aborda dicho ámbito desde una perspectiva colectiva, no exigiendo previamente un reconocimiento individual.

---

<sup>34</sup>El artículo 9 de la Ley Indígena señala que *“Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:*

- a) Provenzan de un mismo tronco familiar;*
- b) Reconozcan una jefatura tradicional;*
- c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y*
- d) Provenzan de un mismo poblado antiguo.”*

<sup>35</sup>El artículo 36 del Inciso primero de la Ley Indígena señala que *“Se entiende por Asociación Indígena la agrupación voluntaria y funcional integrada por, a lo menos, veinticinco indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común de acuerdo a las disposiciones de este párrafo.”*

En referencia a cómo se puede establecer qué poblaciones o comunidades pueden ser identificados como pueblos indígenas para el Convenio, y con ello, titulares de los derechos que establece, se debe tener presente, en primer lugar, que debe tratarse de los pueblos indígenas establecidos en el artículo 1 de la Ley Indígena, pues ellos cumplen con el elemento histórico exigido por el propio Convenio al hablar de pueblos indígenas. Este fue el criterio seguido por el DS 66/2013 en su artículo 5 ya citado. A su vez, a partir de una interpretación sistemática del Convenio con la Ley Indígena, se puede establecer que tanto las Comunidades como las Asociaciones Indígenas serían entidades colectivas titulares de dichos derechos, y que, de acuerdo a lo que se deduce a partir del artículo 5 del DS 66/2013, aun cuando una población determinada se considere indígena, pero no se haya constituido como comunidad o asociación conforme a lo establecido por la ley, puede considerarse como titular de los derechos del Convenio, pues “las formalidades que pudiera establecer la ley interna del país como requisito de reconocimiento de una comunidad indígena no pueden restringir el goce de los derechos del Convenio.”<sup>36</sup> Esto último, permite entender por qué el DS 66/2013 distingue la normativa aplicable al reconocimiento individual indígena de la aplicable a la identificación de los pueblos indígenas, pues al hacer directamente aplicable el Convenio a esto último, se evita restringir su ámbito de aplicación, pues esto sucedería si se siguieran los requisitos formales de la Ley Indígena.

---

<sup>36</sup>MEREMINSKAYA, E. 2011. El Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas. Estudios Públicos. Santiago, Chile(121):p. 234

Por todo lo anterior, se puede concluir que en nuestro país existe un sistema en que convergen dos figuras en torno a establecer quiénes son titulares de los derechos indígenas de acuerdo a lo establecido por el Convenio, y, en especial, titulares de la Consulta. Así, son titulares las Comunidades y Asociaciones Indígenas, conforme a la interpretación sistemática del Convenio con nuestra legislación nacional. Y, por otro lado, las agrupaciones o poblaciones que se autoidentifiquen como indígenas en conformidad al Convenio, según la remisión hecha por el DS 66/2013 y a lo establecido por la doctrina.<sup>37</sup> En consecuencia, cuando en este trabajo se señala que un proyecto o medida pueda afectar a pueblos, comunidades, asociaciones, agrupaciones o poblaciones indígenas, no se está refiriendo a la afectación de quienes cumplen con las características legales de aquellas figuras, sino que a un colectivo o agrupación indígena titular del derecho de Consulta, independientemente de si su configuración es de facto, legal o reglamentaria.<sup>38</sup>

## **1.2 Análisis de la aplicación retroactiva del Convenio**

Resolver la pregunta acerca de la aplicación retroactiva del Convenio, y con ello del deber de Consulta que consagra, no es baladí. En efecto, podría plantearse que el sistema de derechos y deberes que consagra este cuerpo normativo se aplica a situaciones verificadas con anterioridad a su entrada en

---

<sup>37</sup>MEREMINSKAYA, E. 2011., *Op. Cit.*, p. 234

<sup>38</sup>Un aspecto interesante es el referido a cuáles serán las “instituciones indígenas representativas”, pues el Convenio en su artículo 6.1 letra a) reconoce el derecho de los pueblos a definir sus representantes. Esto presenta ciertas complejidades, que serán abordadas al analizar la Consulta en el Capítulo 2.2.6 de esta obra.

vigencia, modificando situaciones jurídicas ya establecidas. Esto podría darse, por ejemplo, si se solicita Consulta Indígena de la Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto minero, aprobado con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio<sup>39</sup>, instalándose precisamente la duda de si existe en este tipo de situaciones un deber de Consulta por parte del Estado.

El texto del Convenio 169 establece en su artículo 38 N° 3 que entrará en vigor “doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”<sup>40</sup>, sin referirse a eventuales efectos retroactivos en su aplicación. A su vez, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, e indistintamente, “Convención de Viena”) en su artículo 28 señala que “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.” Así, la Convención de Viena establece como regla general la irretroactividad de los tratados, debiendo entenderse, en consecuencia, que el Convenio se acoge a la regla general en materia de tratados, es decir, aplicación

---

<sup>39</sup> Cabe señalar, que la irretroactividad en la aplicación del Convenio, y específicamente de la consulta indígena, fue abordada en la apelación interpuesta por la empresa SQM Salar S.A en contra de un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta dictado con fecha 3 de diciembre de 2013 (Rol N° 1097-2013), siguiendo esta investigación ciertas líneas de dicho recurso. Lamentablemente, la irretroactividad no fue especialmente abordada por el fallo de la Corte Suprema (Rol N° 16.817-2013), y por lo cual, carece de gran relevancia para esta investigación.

<sup>40</sup> Esto, debido a que ya han transcurrido doce meses desde que las ratificaciones de dos Estados miembros de la OIT han sido registradas por el Director General, según lo exige el numerando 2 del mismo artículo 38.

irretroactiva. Por lo demás, esto es coincidente con lo estipulado para nuestra legislación interna por el Código Civil.<sup>41</sup>

La Corte Suprema ha establecido, en un fallo que resolvió en segunda instancia un recurso de protección de comunidades indígenas en contra del acto que adjudicó el contrato de concesión del “Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía”, que no existe un acto arbitrario o ilegal al dictar el decreto de adjudicación para el proyecto por no haber efectuado la Consulta Indígena del Convenio 169, “por cuanto ello no era exigible a dicho acto”<sup>42</sup>, ratificando el carácter irretroactivo de su aplicación.

De esta manera, existen fuertes argumentos para determinar la irretroactividad en la aplicación del deber de Consulta, tanto por el texto expreso del Convenio y la Convención de Viena, así como por las normas de derecho interno y lo establecido por la Corte Suprema. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, es importante advertir ciertas posturas que matizan el criterio anterior.

En el Informe del Relator Especial, James Anaya, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas del año 2009, señaló que “los órganos de control normativo de la Organización Internacional del Trabajo han concluido que, aunque las disposiciones del Convenio 169 no

---

<sup>41</sup> En efecto, el inciso primero del artículo 9 del Código Civil señala que “*La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.*”

<sup>42</sup>C. Suprema. Rol N° 1608-2011.<[www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)> (C. 6)

pueden ser aplicadas retroactivamente, sí pueden aplicarse a actividades llevadas a cabo en relación con concesiones otorgadas con anterioridad a que el Convenio entrase en vigor [...]. Por lo tanto, en el caso de proyectos ya en marcha deben aplicarse procedimientos de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, con respecto a sus impactos actuales y futuros, y tomarse todas las medidas de mitigación de impactos, reparación y justa compensación a las comunidades afectadas. Asimismo, estas normas deben guiar al Estado en relación con futuros proyectos de inversión en el país que puedan afectar a los pueblos indígenas.”<sup>43</sup> Éste juicio, Anaya lo fundamentaría en que se ha establecido, en casos de reclamaciones de incumplimientos al Convenio ante la OIT, que la Consulta Indígena no es aplicable sólo a la dictación de un acto o celebración de un contrato, sino que surge de manera general para la aplicación de las disposiciones del Convenio, y con ello, de los actos o contratos que se encuentren vigentes al momento en que comienza la aplicabilidad del Convenio.<sup>44</sup>

De esta manera, James Anaya considera que si bien, por regla general, las materias anteriores a la entrada en vigencia del Convenio no pueden ser objeto de Consulta, si estas materias presentan impactos actuales y futuros en pueblos indígenas, estos impactos deben consultarse, debiendo además adoptarse todas

---

<sup>43</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 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. [en línea] A/HRC/12/34., pp. 14-5 <[http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009\\_hrc\\_annual\\_report\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf)> [Consulta: 21 mayo 2015]

<sup>44</sup>Idem.

las medidas de mitigación, reparación y justa compensación a los pueblos afectados.

En relación a un caso en Ecuador, en que un proyecto se aprobó con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, pero sus obras se mantenían en curso, Mereminskaya consideró que “Desde el momento en que el Convenio entró en vigor, el gobierno tenía la obligación de consultar con los pueblos interesados sobre la consecución de las obras.”<sup>45</sup> Se seguiría el criterio en virtud del cual la irretroactividad en la aplicación del Convenio no puede afectar el derecho de Consulta de los pueblos indígenas si existe un proyecto que con posterioridad a la ratificación los afecta. Así, por ejemplo, ante actos de mero trámite que se originaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, pero que se siguen desarrollando con posterioridad, afectando a los pueblos indígenas sí deberán ser objeto de Consulta, pues, tal como señaló el ministro Llanos en un voto de minoría que estaba por acoger un recurso de protección en contra de una medida referida a la Carretera de Temuco-Labranza, “Si bien es efectivo que no puede aplicarse retroactivamente a las actuaciones realizadas con anterioridad, sí es aplicable a dicho procedimiento administrativo en cuanto a aquellos actos que aún no se han cumplido, como la adjudicación de la obra y la ejecución de la misma. En consecuencia, es plenamente posible que se suspenda el aludido procedimiento y se proceda a efectuar las consultas exigidas por el Art. 6º n°s. 1 letra a.”<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup>MEREMINSKAYA, E. 2011: *Op. Cit.*, p. 238

<sup>46</sup>C. de Temuco, Rol N°: 1155-2010 <[www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)>

Respecto de nuestra legislación, existe un plazo de caducidad para declarar la invalidación de un acto administrativo, el cual es de dos años conforme a la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, Ley N° 19.880. Por tanto, si se pretendiese invalidar una medida administrativa que no fue consultada porque en el momento que entró en vigor el Convenio todavía no era exigible y ya transcurrió el plazo de dos años, no podría procederse a su invalidación.

Un aspecto interesante expuesto por Meza, es que “las normas que fueran parte de la costumbre internacional eran obligatorias para el Estado de Chile aún antes de su ratificación”<sup>47</sup>, por tanto, advierte que “el Convenio N° 169 de la OIT está en vigor en nuestro ordenamiento jurídico a partir del depósito de su ratificación (15 de septiembre de 2008), sin perjuicio de aquellas normas que fueran parte del derecho consuetudinario internacional, las que ingresaron al sistema jurídico desde el momento de su cristalización.”<sup>48</sup> Además, señala, en una posición contraria a la Corte Suprema en el fallo del aeropuerto de la Araucanía citado anteriormente, que “el hecho de que una situación que afecte o que sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas tenga su origen en hechos anteriores a la ratificación del Convenio, no obsta a la aplicación del mismo respecto de sus efectos actuales.”<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> MEZA L., M. 2013., Op. Cit., pp. 352-3

<sup>48</sup> *Ibidem.*, p. 355

<sup>49</sup> *Ídem.*

De acuerdo a lo analizado en éste subcapítulo, se puede concluir que el Convenio tiene aplicación irretroactiva, por tanto, la Consulta Indígena no es aplicable a las medidas que se hubieren dictado con anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, si estas medidas generan impactos con posterioridad a su entrada en vigencia, sí deberán consultarse las medidas de mitigación, reparación y compensación que se deban adoptar a su respecto, siempre que éstas no se hayan dictado con la misma anterioridad al Convenio.

### **1.3 Jerarquía del Convenio y autoejecutabilidad**

La jerarquía normativa que ocupa el Convenio en nuestra legislación y la autoejecutabilidad del mismo, concitan discusiones doctrinarias que permitirían efectuar una investigación exclusiva sobre estas materias. En razón de lo anterior, estos temas serán abordados en éste subcapítulo, se dejará en claro cuál será la postura de esta memoria sobre estos temas, más que buscar describir y analizar las distintas posiciones.

Los tratados internacionales tienen en nuestra legislación, al menos, rango de ley. En efecto, “En Chile se asume, sin norma explícita de por medio, que desde su incorporación al derecho interno los tratados tienen al menos el valor de la ley; pero aunque ese valor estuviese fuera de toda duda, su reconocimiento no impide, en función del principio democrático, que la soberanía nacional se pronuncie sobre la forma en que los compromisos han de ser cumplidos,

normalmente mediante la adopción de textos legales específicos que los traspongan o hagan efectivos.”<sup>50</sup>

Si un tratado internacional tiene la jerarquía de al menos, rango legal, cabe entonces ahora preguntarse si puede considerarse que es aún mayor que la legal; es decir, si tiene rango supra legal. En este sentido, es correcta la visión que no lo estima así, y que considera que “la asimilación normativa entre los tratados y la ley es la posición correcta en nuestro sistema constitucional.”<sup>51</sup>

Ahora bien, establecida ya la regla general en torno a la jerarquía normativa de los tratados internacionales, es importante estudiar las consecuencias de las materias reguladas por dichos tratados para efectos de establecer su jerarquía.

Conforme al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, se puede establecer que los tratados internacionales sobre derechos humanos limitan el ejercicio de la soberanía, y por tanto, serían tratados con un rango supra legal. Sin embargo, tal como señalan Montt y Matta, “El artículo 5º inciso 2º establece esta calidad normativa especial, la que en todo caso no exige, en nuestro concepto, que se le otorgue a estos tratados la jerarquía de supra-legal. Metodológicamente nos parece inapropiado crear categorías que no sólo no se ajusten al texto constitucional, sino que tampoco cumplen ninguna función necesaria (*entia non sunt multiplicanda pe aeternecessitatem*, o “no multiplicar los

---

<sup>50</sup> VALDIVIA, J.M. 2011: *Op. Cit.*, p. 42

<sup>51</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*, p. 165

seres sin necesidad, como exige el principio de la navaja de Ockam”).<sup>52</sup> Así, el criterio que ellos sustentan, es que los tratados internacionales de derechos humanos tienen “la misma jerarquía interna que la ley, pero gozan de la protección constitucional de inderogabilidad o no-inaplicación interna.”<sup>53</sup> Esta es la doctrina que sigue esta memoria.

Establecida la postura de Montt y Matta en torno a la jerarquía de los tratados internacionales, es necesario razonar que “la correcta interpretación del artículo 5 de la Constitución debe ser que los tratados de derechos humanos son siempre autoejecutables.”<sup>54</sup> De esta manera, en relación al Convenio, habrá que determinar si éste o algunas de sus normas, deben considerarse como normas de derechos humanos, y, por tanto, de aplicación autoejecutable.

Si bien el Convenio es indudablemente un tratado internacional, “la calidad de “tratado de derechos humanos” que habitualmente se le atribuye entre los expertos requiere de un análisis más cuidadoso.”<sup>55</sup> En efecto, si bien esta discusión escapa del ámbito de esta investigación, es necesario expresar la postura de Montt y Matta, compartida en esta obra, quienes señalan que “desde una perspectiva internacional, los artículos 6,7 y 15.1 del Convenio 169 constituyen derechos humanos colectivos o de tercera generación, pues se enmarcan dentro de los mencionados conceptos de autodeterminación, identidad

---

<sup>52</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*, pp. 165-6

<sup>53</sup> Ídem, p. 166

<sup>54</sup> Ídem.

<sup>55</sup> Ibídem., p. 168

y propiedad.”<sup>56</sup> Así, “el Convenio 169 es un tratado de derechos humanos y, como tal, es autoejecutable conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución.”<sup>57</sup> Esta autoejecutabilidad es aplicable a la Consulta Indígena, conforme a lo consagrado expresamente por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias N° 309 del año 2000, y N° 1.050, del año 2008.

Una consecuencia de lo anterior, es que “el derecho a la participación no depende de la creación y establecimiento de una política pública por parte de los órganos políticos del Estado. La participación puede siempre ser estructurada directamente por los órganos públicos llamados a aplicar el Convenio 169 mediante procesos ad-hoc de participación.”<sup>58</sup> Así, si bien ya existe un DS 66/2013, y, por tanto, la Consulta Indígena ya está reglamentariamente regulada, podría discutirse si el carácter autoejecutable de la Consulta Indígena permite su aplicación no siguiendo lo establecido por su reglamento, en consideración, por ejemplo, a su insuficiencia regulatoria.

En respuesta a lo anterior, esta investigación adopta la postura de que en lo que respecta a la procedencia de la Consulta Indígena, es decir, a las causales que la generan, sí puede aplicarse directamente el Convenio, pero de forma sistemática y coherente con el DS 66/2013, de acuerdo a lo que se expondrá en el capítulo respectivo. Sin embargo, si se pretenden efectuar modificaciones al procedimiento de Consulta propiamente tal (es decir, características, principios,

---

<sup>56</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*, p. 169

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 190

<sup>58</sup> *Ídem*.

etapas, u otras), éstas deben ser establecidas por un nuevo reglamento, y no, establecidas discrecional y arbitrariamente por cada autoridad, sin perjuicio de que se deben buscar los mejores mecanismos para adaptar el proceso de Consulta a la particularidad de cada medida y pueblo indígena.

## Capítulo II. Análisis general de la Consulta

En el presente capítulo, se pretende definir, en términos generales, la obligación de Consulta a los pueblos indígenas, junto con señalar cuáles son sus características principales. Con posterioridad, se hará referencia a otros derechos y obligaciones consagrados en el Convenio, con el objetivo de distinguir a la Consulta de ellos; el derecho a la participación y la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado.

### 2.1 ¿Qué es la Consulta Indígena del Convenio N° 169 de la OIT?

La Consulta es un deber para el Estado mediante el cual se busca obtener la participación de los pueblos indígenas en la adopción de una medida que es susceptible de afectarlos, tanto en la adopción de la misma, como en su evaluación y ejecución, y teniendo siempre por finalidad obtener el consentimiento de ellos.<sup>59</sup> Esta obligación del Estado es, como contrapartida, un derecho colectivo de los pueblos indígenas, pues se pretende que sean ejercidos por un conjunto de la población, lo cual se configura como una condición necesaria para la protección de los derechos individuales.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup>Esta definición se elabora sobre la base del texto mismo del Convenio, así como también de las características que se señalan en: CONTESSE S., J. 2012. El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile. En: CONTESSE S., J. (Ed.). *Op. Cit.*, págs. 191 y ss. También se siguió para la definición lo planteado por MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: AYLWIN OYARZÚN, J. (coord.). Los pueblos indígenas y el derecho. 1ª Ed., Santiago, LOM Ediciones, p. 404 y ss.

<sup>60</sup>YÁÑEZ F., N. 2010. *Op. Cit.*, p 22.

El Convenio en su artículo 6 establece la Consulta como un deber para el Estado, al señalar:

“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 todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

De la lectura del artículo citado, específicamente de la letra a), es posible observar que el Convenio obliga a los Estados, representados por sus gobiernos, a consultar a los pueblos indígenas cuando se apliquen las disposiciones en él contenidas, y cada vez que existan medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a aquellos pueblos. Por lo tanto, si concurren los requisitos de procedencia, siempre el Estado deberá efectuar la Consulta.

Al encontrarse el artículo 6 en las normas sobre “política general”, debe entenderse su aplicación de manera amplia y general. En este sentido, su alcance “es amplio y no queda circunscrito, como ocurre con las primeras regulaciones chilenas [...] a algunos casos que la autoridad califique como objeto de consulta.”<sup>61</sup> Así, la autoridad no podría, concurriendo las hipótesis que la hacen exigible, omitir la aplicación de la Consulta aduciendo argumentos de normativa interna.

Aparte de este deber general, también se establecen casos particulares en que procede la Consulta. De éstos, para nuestro trabajo tiene especial importancia el establecido en el artículo 15.2:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán

---

<sup>61</sup> CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 194

establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

Es posible observar que el Estado se encuentra obligado a realizar la Consulta a los pueblos indígenas cuando se pretendan hacer programas de prospección o explotación de los recursos minerales existentes en sus tierras, cuando el dominio de dichos minerales sea del Estado. Este deber específico de Consulta, generaría, en nuestro país, una extensión de la aplicación del mismo, pues en Chile las concesiones de exploración y explotación minera son otorgadas, por regla general, mediante actos judiciales, conforme a la Constitución Política de la República y al Código de Minería, y no mediante medidas administrativas o legislativas. Esto último, será abordado más adelante, cuando se vean las causales de procedencia de la obligación de Consulta en relación a dichas medidas.

Los otros casos específicos contemplados por el Convenio se refieren a “aquellos casos en que se considere la capacidad de los indígenas para enajenar

sus tierras (art. 17); en cuanto a la organización y funcionamiento de programas de formación profesional (art. 22.3); respecto a los estándares mínimos de instituciones de educación creadas por indígenas (22.3), y en cuanto al deber de los Estados de explorar medidas alternativas para que los niños indígenas aprendan la lengua vernácula cuándo no sea posible enseñársela (art. 28.1).<sup>62</sup>No obstante lo anterior, el análisis de estos últimos no es parte de las pretensiones de este trabajo.

Se ha establecido en los párrafos precedentes, que la Consulta es un deber de carácter general para el Estado (así como, por contraparte, un derecho colectivo para los pueblos indígenas), y que se ha establecido la obligatoriedad, para ciertos casos particulares (de especial importancia para nuestro trabajo es el referidos a proyectos de prospección y explotación minera, por las manifiestas complejidades que presenta para nuestra legislación). A continuación, se hará referencia a las características de la Consulta Indígena, con el objeto de poder lograr una mejor comprensión de sus contenidos.

## **2.2 Características del derecho de Consulta.<sup>63</sup>**

La Consulta Indígena es, en primer lugar, un deber para el Estado; es previa a la medida consultada, y debe desarrollarse como un proceso continuo,

---

<sup>62</sup> CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 194

<sup>63</sup> El orden en el cuál están enunciadas las características y lo señalado en estas, se fundamenta, principalmente, en lo establecido por: *Ibidem.*, pp.194 y ss.

de buena fe, mediante procedimientos apropiados y con las instituciones representativas de los indígenas, como se expondrá a continuación.

### **2.2.1 Es un deber**

La Consulta es un deber para el Estado, pues verificándose sus causales siempre debe ser aplicada, no siendo esto facultativo. Tal como señala Contesse: “La consulta se aplica siempre que el Estado quiera adoptar alguna medida administrativa o legislativa y no, como puede pensarse, en algunos casos.”<sup>64</sup> Ahora bien, no todas las medidas deben ser consultadas, pues “debe tratarse de medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas y no de aquellas cuya posibilidad de afectarles sea remota, o bien, uniforme respecto a otros integrantes del Estado. La idea que subyace a este estándar es que determinadas medidas afectan de manera especial a los pueblos indígenas y que son aquellas las que deben ser objeto de consulta.”<sup>65</sup> La discusión sobre requerir susceptibilidad de afectación directa, o bien, afectación propiamente tal, será abordada más adelante.

El análisis acerca de la verificación de la causal se enfoca más en la afectación o posible afectación que en el tipo de medida, pues de acuerdo al artículo 6 del Convenio la Consulta procede contra medidas administrativas y legislativas, independiente de su tipo (ley simple, reforma constitucional,

---

<sup>64</sup>CONTESSÉ S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 194

<sup>65</sup>ídem

resolución o decreto supremo, entre otras). Como excepción a lo anterior, en el caso de las concesiones judiciales de exploración y explotación mineras, en nuestra legislación es el tipo de medida (medida judicial) lo que impediría consultarlas, aun cuando puedan afectar a pueblos indígenas.<sup>66</sup>

### **2.2.2 Es previa.**

El Convenio no establece expresamente cuándo debe iniciarse la Consulta, “pero su espíritu indica que deben establecerse mecanismos que aseguren la consulta de las medidas legislativas y administrativas con la suficiente antelación para que dicha consulta resulte efectiva y significativa, esto es, las consultas deben emprenderse mientras los proyectos están aún en trámite.”<sup>67</sup> Esto es entendible, pues la Consulta sólo tiene real sentido e incidencia si se realiza con anterioridad a la adopción de medidas que pudieran afectar a los pueblos indígenas.

El Convenio busca revertir la situación histórica de los pueblos indígenas, consistente en que “han estado, por regla general, excluidos de los procesos públicos de toma de decisiones”<sup>68</sup>. Esto lo efectúa “imponiendo a los Estados la obligación de llevar adelante la consulta antes de que las medidas sean

---

<sup>66</sup>CONTESSÉ S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 196

<sup>67</sup>Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), Informe, 2006, párr. 64. En: MEREMINSKAYA, E. 2011: *Op. Cit.*, p. p. 236

<sup>68</sup> CONTESSÉ S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 196

finalmente adoptadas.”<sup>69</sup>En otras palabras, si se pretende obtener el consentimiento de los indígenas en relación a una medida, la Consulta no puede efectuarse sobre una medida ya adoptada, pues pierde sentido y no evita la posibilidad de que sean afectados.

Lo expuesto en el párrafo anterior, se entiende aún más, cuando se considera que “el reconocimiento de la legitimidad de una cosmovisión alternativa a la dominante, supone la posibilidad de la existencia de efectos no visibles para quienes no comparten dichas valoraciones. De aquí que sea imperativo el carácter previo de la consulta.”<sup>70</sup> En consecuencia, el Estado al elaborar una medida sin la participación de los pueblos indígenas, puede no ver formas de afectación que, con la participación de dichos pueblos, se podrían evitar, compensar o mitigar adecuadamente.

La Consulta Previa a la dictación de la medida, permite al Estado considerar y valorar lo que expongan los pueblos indígenas en el proceso de participación, siendo “menor la posibilidad de falta de legitimidad de la medida administrativa o legislativa de que se trate.”<sup>71</sup> Este criterio es confirmado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (En adelante, e indistintamente, “INDH”), pues dicho instituto señaló que “la consulta debe disponerse siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena o tribal de

---

<sup>69</sup>CONTESSE S., J. 2012.*Op. Cit.*,p. 196

<sup>70</sup>MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013.*Op. Cit.*, p. 408

<sup>71</sup> CONTESSE S., J. 2012.*Op. Cit.*, p. 196.

que se trata, lo que implica que la consulta debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida.”<sup>72</sup>

Respecto a los proyectos de inversión que deban someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, e indistintamente, “SEIA”), como podrían ser los proyectos mineros cuando cumplen ciertas características, tanto el Reglamento de Consulta Indígena como el Decreto Supremo N° 40/2013 del Ministerio de Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, e indistintamente, “DS 40/2012” o “Reglamento del SEIA”), consideran un proceso de Consulta durante la evaluación ambiental del proyecto, siguiendo la doctrina en virtud de la cual “se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de gestión ambiental.”<sup>73</sup> En este sentido, Anaya, en relación al proyecto de reglamento de consultas en Guatemala, señaló que “la celebración de consultas a los pueblos indígenas con posterioridad de la realización de los planes de impacto ambiental, cuyo objetivo es precisamente el de evaluar posibles impactos de un determinado proyecto y prever las medidas de mitigación necesarias, muestra claramente que las medidas objeto de las consultas se encontrarán ya en una fase avanzada de planificación. De tal manera, la capacidad de influencia de las comunidades

---

<sup>72</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011. El deber de consulta a los pueblos indígenas. [en línea] Santiago, Chile, p. 9  
<<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/110/derecho-consulta-pueblos-indigenas.pdf?sequence=1>> [consulta: 21 mayo 2015]

<sup>73</sup> Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), Informe, 2001, pár. 94. En: MEREMINSKAYA, E. 2011: *Op. Cit.*, p. 237

indígenas afectadas en el proceso de toma de decisiones relativa a la medida administrativa se verá fuertemente mermada o incluso anulada.”<sup>74</sup>

Que la Consulta sea previa a la adopción de la medida, no significa que deba perjudicarse su efectividad por la celeridad con que sea llevada, pues para la Consulta “se han de prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en los acuerdos tomados de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales.”<sup>75</sup> Así, la Consulta debe ser materializada en un procedimiento que siendo previo a la medida que se adopte, deberá efectuarse adecuadamente, conforme se expondrá más adelante.

### **2.2.3 Es un proceso continuo**

El proceso de Consulta Indígena no se agota con la dictación de la medida que fue consultada, sino que es un proceso que perdurará mientras se materialice y ejecute el acto consultado. En efecto, “El procedimiento de consulta no se agota en su carácter previo, sino que, en función del derecho de participación, y la obligación de adoptar una acción coordinada y sistemática en la

---

<sup>74</sup>NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2011. El proyecto de reglamento de consultas en Guatemala. Comentarios del Relator Especial, James Anaya. [en línea] 7 de febrero, 2011.<[http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/\\_re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html](http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/_re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html)>[consulta: 1 marzo 2015]

<sup>75</sup>MEREMINSKAYA, E. 2011: *Op. Cit.*, p. 237

aplicación del Convenio, se extiende a lo largo de todo el proceso de decisión, incluyendo su ejecución y evaluación.”<sup>76</sup>

El inciso quinto del artículo 7 del Reglamento de Consulta Indígena considera que “Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar”. Esta norma podría interpretarse como una excepción al carácter de “proceso continuo”, pues impediría consultar los actos de ejecución material, aun cuando pudiesen provocar afectación a los pueblos indígenas, pues serían medidas ya consultadas en los actos terminales que los generan. Sin embargo, este inciso simplemente pretende aclarar un aspecto relevante: hasta qué actos se extiende la validez del acuerdo proveniente de un proceso de Consulta Indígena sobre la medida que los sustenta, sin que se requiera iniciar una nueva Consulta.

En consecuencia, se deberá determinar, caso a caso, en qué actos y de qué forma los pueblos indígenas podrán exigir la aplicación de un proceso de Consulta a medidas que deriven de actos consultados, en razón, por ejemplo, de si se presentan nuevas afectaciones no comprendidas ni previstas en el acuerdo principal, o no se han cumplido las condiciones de éste.

#### **2.2.4 Debe ejercerse de Buena fe**

---

<sup>76</sup>MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. *Op. Cit.*, p. 409.

La Consulta tiene que estar encaminada a lograr un acuerdo con los pueblos indígenas que se pudieran ver afectados con la implementación de la medida. Por tanto, el procedimiento, las pretensiones y la relación de “las partes”, deben estar regidos por el principio de la buena fe. Esto se encuentra consagrado en el numeral segundo del artículo 6 del Convenio, en donde se señala que “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.”

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por buena fe? De acuerdo al INDH la buena fe “implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad.”<sup>77</sup> Como consecuencia de lo anterior, “la consulta tiene que concebirse como un proceso complejo, sistemático y transparente, que debe incluir fórmulas para recoger las observaciones, acuerdos y disensos que la propuesta provoque y, eventualmente, mecanismos de contrapropuesta indígena.”<sup>78</sup>

Siguiendo lo planteado por el INDH, la Consulta “Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y

---

<sup>77</sup>INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011: *Op. Cit.*, p. 10

<sup>78</sup> MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. *Op. Cit.*, p. 410.

transparente.”<sup>79</sup> Además, debe tener la “Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Debe existir un esfuerzo positivo para obtenerlo. Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común.”<sup>80</sup> Por su parte, Anaya ha expresado que “En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas.”<sup>81</sup>

Que la Consulta deba realizarse de buena fe, y por tanto, tenga como objetivo lograr un acuerdo con los pueblos indígenas, es un elemento central para establecer su validez. Es decir, si un procedimiento de Consulta se remitió exclusivamente a informar sin pretender obtener un acuerdo de la población indígena afectada, es claramente un proceso no regido por este principio, siendo posible su impugnación. Por otro lado, si una comunidad no da muestras de lograr un acuerdo, y se niega participar de un proceso de Consulta, carecería de fundamento para la impugnación de ésta, pues también su obrar habría infringido este principio.

De todos modos, no puede ser contrario a la buena fe el legítimo derecho de los indígenas a expresar su oposición a medidas que pudiesen afectarlos. Esto último se entiende, pues “los pueblos indígenas tienen el derecho de

---

<sup>79</sup>INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011: *Op. Cit.*,p. 10

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 11

<sup>81</sup>NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2009. *Op. Cit.*, p. 18

oponerse, de manera pacífica, a los proyectos de inversión u otras medidas impulsadas por los estados, en función de su derecho a la libertad de expresión y asociación.”<sup>82</sup> Así, la sola oposición no puede considerarse como contraria a la buena fe, pues sería un legítimo ejercicio de su libertad de expresión, sin perjuicio de que si éstos efectúan acciones encaminadas a evitar llegar a un acuerdo en una Consulta, acciones que denotan una intención de sólo perjudicar el proceso, sí se pueda establecer una infracción a dicho principio.

La buena fe contractual, a pesar de ser un principio del derecho privado, tiene cierta similitud en sus fines prácticos con el establecido por el convenio para la Consulta, pues en ésta se “reproduce un conjunto de actos muy similares a aquellos conducentes a la celebración de un contrato; hay dos partes que negocian con el objeto de llegar a un acuerdo, un objeto sobre el que recae esa negociación – la adopción de medidas administrativas o legislativas- y una forma de consultar, esto es, un determinado procedimiento, que debe encaminarse a dotar de legitimidad la decisión que se adopte.”<sup>83</sup> No obstante lo anterior, una gran diferencia que separa a estas nociones de buena fe, es que mientras la buena fe contractual supone la igualdad de ambas partes, la establecida en el Convenio se sustenta, por el contrario, en la situación de desigualdad que ha ostentado históricamente una de las partes (los pueblos indígenas) frente a la otra (el

---

<sup>82</sup>ANAYA, J. 2013. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. [en línea] Encuentro Extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman: El rol de los Ombudsman en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas: 25 de abril de 1998. Lima, Perú <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>>[Consulta: 12 de julio, 2015].

<sup>83</sup>CONTESSÉ S., J. 2012: *Op. Cit.*, p. 197

Estado), razón que motiva a que desde el Estado el nivel de comportamiento exigido sea mayor, para equiparar y reparar esa desigualdad. Así, se debe entender que recae sobre los Estados el deber frente a los indígenas, entre otros, de “proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser plenamente comprendida.”<sup>84</sup>

La exigencia de estándares distintos de cumplimiento al Estado y a los pueblos indígenas, tiene una gran relevancia en lo que respecta al incumplimiento de obligaciones del proceso de Consulta, dónde la exigencia de cumplimiento para el Estado será mayor.

### **2.2.5 Debe materializarse en un procedimiento adecuado**

La Consulta debe materializarse en procedimientos adecuados a la realidad del pueblo indígena al cuál se va aplicar, esto porque, evidentemente, no puede ser aplicada de manera uniforme a nivel nacional dada las distintas realidades de los pueblos en nuestro país. Así, la Consulta debe considerar las características propias de éstos; sus idiomas, alfabetización, lugar y fecha de las negociaciones, entre otros aspectos.

No puede existir un modelo único aplicable a todos los casos en el país, pues “se debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que

---

<sup>84</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*, p. 193

hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta.”<sup>85</sup>Esto último, tal como se ha visto, permite discutir la idoneidad y validez del DS 66/2013 en nuestro país, pues diversas comunidades indígenas han planteado la escasa y deficiente participación de los pueblos indígenas en su elaboración, de acuerdo a lo ya visto.

El criterio expuesto en el párrafo anterior, es similar al planteado por Mereminskaya, quién estima que “la expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste deberá tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas afectados, así como la naturaleza de las medidas consultadas.”<sup>86</sup>También, la Consulta deberá considerar los procedimientos propios de los indígenas respecto a la toma de decisiones y a llegar a acuerdos, pues “En virtud del principio de integridad cultural, el Estado debe respetar estos mecanismos y, es más, la consulta debe apoyarse en ellos para poder realizar sus objetivos.”<sup>87</sup>

Por lo anterior, la determinación acerca de los procedimientos adecuados para materializar la Consulta Indígena debe resolverse caso a caso, considerando las particularidades de cada pueblo.

---

<sup>85</sup>INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011: *Op. Cit.*, p. 11

<sup>86</sup> MEREMINSKAYA, E. 2011: *Op. Cit.*, p. 240

<sup>87</sup> MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013.*Op. Cit.*, p. 411.

## 2.2.6 Instituciones indígenas representativas

Un requisito de legitimidad para el acuerdo que se adopte entre el Estado y el pueblo consultado, es que la Consulta Indígena deba realizarse con las instituciones representativas de los indígenas.

Los representantes de los pueblos indígenas deben provenir de las formas que ellos tienen para autónomamente elegirlos, conforme a sus instituciones y principios, sin poder imponer el Estado un modelo. En este sentido, el INDH señaló que “Dada la diversidad de los pueblos indígenas, no puede imponerse un solo modelo de institución representativa. Lo importante es que la representatividad sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas.”<sup>88</sup> Así, “La certeza jurídica buscada en torno a la consulta pasa entonces por avanzar con los pueblos indígenas en el establecimiento de una institucionalidad propiamente indígena, que determine cuáles son dichas instituciones representativas y quiénes son los interlocutores válidos en cada nivel.”<sup>89</sup>

Un punto relacionado con lo anterior, es que “son numerosos los casos en que, aun actuando de buena fe, el Estado no ha dado reconocimiento a las estructuras tradicionales de liderazgo y autoridad indígenas, extendiendo a sus

---

<sup>88</sup>INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011: *Op. Cit.*, p. 10

<sup>89</sup>ANINAT S., I. 2014. Los desafíos pendientes del Convenio 169. Estudios Públicos. [en línea] Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, p. 6 <[http://www.cepchile.cl/Puntos-de-Referencia\\_CEP\\_PDF/pder369\\_IAninat.pdf](http://www.cepchile.cl/Puntos-de-Referencia_CEP_PDF/pder369_IAninat.pdf)> [Consulta: 21 mayo 2015]

pueblos las estructuras jurídicas “comunes”, lo que ha generado fricciones al interior del propio pueblo.”<sup>90</sup> Así, es clara la necesidad que los pueblos definan mediante sus propios mecanismos, quienes son sus representantes legítimos.

El hecho de que se requiera que los pueblos indígenas participen de la Consulta mediante sus instituciones representativas es un tema que ha mostrado ciertas complejidades. En efecto, “no son pocos los pueblos indígenas cuyas tradiciones- por ejemplo, para determinar liderazgos- están en tensión con principios como el de no discriminación que, entre otras cosas, proscribía la exclusión de las mujeres de los procesos de toma de decisiones o reconoce a las personas menores de dieciocho años el derecho a ser oídas y, de esa manera, a influir en la adopción de decisiones.”<sup>91</sup> En este sentido, y en relación a eventuales impugnaciones a un proceso de Consulta por concurrir contradicciones entre los mecanismos propios de un pueblo indígena para elegir sus representantes y la igualdad de género, los derechos individuales funcionarían como excepciones implícitas a la norma que regula la Consulta; aun cuando ésta operaría válidamente con representantes legítimos de los pueblos indígenas, la norma que validaría dicha representación podría exceptuarse si de su cumplimiento se generan estas vulneraciones.<sup>92</sup> Sin embargo, la complejidad de éste tema, es que el derecho colectivo de un pueblo indígena a su integridad cultural, está profundamente relacionado con su forma de organización, por lo cual, será en

---

<sup>90</sup> CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>91</sup> *Ibidem.*, p.200.

<sup>92</sup> CARMONA C., C. 2013. Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas. *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile (2): 311

definitiva la autoridad quien deberá definir cuál derecho, “individual” o “colectivo”, deberá primar, con la consecuente excepción de cumplimiento del otro.<sup>93</sup>

Por otra parte, considerando que son los propios indígenas quienes deben determinar cuáles son sus instituciones representativas, en el caso chileno “ello implica consultar, conforme al actual reglamento, no sólo a las 3.213 comunidades (con 125.033 socios) y 1.843 asociaciones (con 69.660 socios) indígenas locales inscritas conforme a la Ley Indígena, sino que también otras formas de organización que existen más allá del reconocimiento legal. Sin embargo, el desafío persiste en cómo determinar cuáles son las instituciones representativas a ser consultadas a nivel nacional, regional y local.”<sup>94</sup> Esto nos permite advertir que, más allá de las instituciones formales indígenas establecidas conforme a la Ley Indígena, y de acuerdo a lo ya estudiado cuando se abordó el ámbito de aplicación del Convenio, al 2015 en nuestro país todavía no existe claridad respecto a cuales son todas instituciones indígenas que pueden ser consideradas titulares de procesos de Consulta. Esto es de suma relevancia, pues si no se lleva a cabo un proceso de Consulta con las entidades indígenas representativas de las comunidades afectadas, la Consulta no cumplirá con lo dispuesto en el Convenio.<sup>95</sup>

De esta manera, será una tarea importante del Estado, ya sea a través de sus políticas públicas o de su jurisprudencia administrativa y judicial, junto con los

---

<sup>93</sup>CARMONA C., C. 2013. *Op. Cit.*, p. 324

<sup>94</sup>ANINAT S., I. 2014: *Op. Cit.*, p. 7

<sup>95</sup>MEREMINSKAYA, E. 2011: *Op. Cit.*, p 239

aportes que pueda hacer la doctrina, determinar y resolver las complejidades estudiadas en los párrafos anteriores, las cuales, escapan del objeto de esta investigación.

### **2.3 Relación con los conceptos de participación y consentimiento libre, previo e informado**

Habiendo ya analizado las características generales de la Consulta, distinguiremos a esta institución de otros derechos garantizados por el Convenio, específicamente, del derecho a la participación y a otorgar el consentimiento libre, previo e informado, para así tener claridad conceptual al abordar la Consulta.

En primer término, la distinción que se estudiará se formula a partir de una posición gradual en torno al derecho de participación; entendiendo que “El derecho a la participación constituye un derecho colectivo genérico que tiene por objeto asegurar la intervención de los pueblos indígenas en las medidas estatales que los afectan de manera directa. El mayor o menor grado de intervención depende de la modalidad concreta que adopte el derecho a la participación. Así, en una escala progresiva, de menos a más, nos encontramos con el derecho a la participación propiamente tal, el derecho a la consulta y, finalmente, el derecho al consentimiento previo, libre e informado.”<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> MONTT O., S y MATTA A., M. 2011: *Op. Cit.*, p. 189

### **2.3.1 Participación.**

Una de las ópticas diferentes que tiene el convenio 169 con otros instrumentos internacionales sobre materias indígenas anteriores, es promover la participación de los pueblos indígenas en la elaboración y adopción de políticas públicas, así como en la evaluación y tramitación de proyectos que puedan afectarles directamente. Este deber general está presente en el artículo 2 del Convenio, el cual señala que:

“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad

nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.”

Esta norma promueve, a modo general, la participación de los pueblos indígenas en la adopción de políticas y decisiones, generales y particulares. El numeral segundo de este artículo es de suma importancia, pues establece un criterio para determinar cuáles son los intereses que deben ser protegidos por el Estado: a) trato no discriminatorio, promoviendo la igualdad; b) promoción de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos, centrándose en el respeto a su identidad social y cultural; y c) promover sus condiciones materiales, eliminando sus diferencias con el resto de la población, pero de manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

El derecho a la participación de los pueblos indígenas garantizado por el Convenio, tiene como objetivo fundamental que éstos intervengan en “la toma de decisiones que involucra sus intereses, particularmente en la formulación e implementación de los planes y programas de desarrollo que se ejecuten en sus territorios, a fin de cautelar su derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo. Asimismo se garantiza la participación en la utilización de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios y/o tierras.”<sup>97</sup> Se colige, por tanto, que, el derecho de participación tiene una gran amplitud, coherente con su carácter programático.

---

<sup>97</sup> YÁÑEZ F., N. 2010. *Op. Cit.*, p 24.

El derecho a la participación se establece en el artículo 7 del Convenio, en el cual se señala:

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

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios

deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

En los numerales citados es posible ratificar lo expuesto con anterioridad, en relación a cómo el Convenio otorga el derecho a los pueblos indígenas de participar en la formulación, aplicación y evaluación de planes de desarrollo que pudieran afectarles directamente, así como en las políticas que promueven su desarrollo material y de seguridad social. La participación también es consagrada frente a las medidas referidas a actividades de desarrollo que pudieran afectar su incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente.

Ahora bien, respecto a la diferenciación gradual entre participación y Consulta Indígena, la principal diferencia entre ambos derechos es que el derecho de Consulta implica participación, más la participación no implica necesariamente Consulta. Meza-Lopehendía, señala que “La participación de los indígenas en las decisiones públicas que los afecten o puedan afectarlos es un principio que cruza todo el Convenio y que tiene diversas aplicaciones prácticas, entre las cuales, la más conocida es la consulta previa.”<sup>98</sup> En consecuencia, la participación no requiere regirse por los requisitos, procedimientos y principios de la Consulta Indígena, pudiendo existir participación de los pueblos indígenas

---

<sup>98</sup>MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. *Op. Cit.*, p. 347

mediante procedimientos distintos al de la Consulta. Mientras, por otro lado, la Consulta evidentemente debe ser considerada como una forma de participación en la adopción de la medida respectiva.

### **2.3.2 Consentimiento previo, libre e informado.**

El derecho a otorgar el consentimiento previo, libre e informado (en adelante, e indistintamente, “CPLI”) otorga a los pueblos indígenas el derecho a exigir su consentimiento sobre la materia que recae, por lo que no se podrá ejecutar una determinada medida sin éste. Por lo anterior, y debido al carácter eminentemente vinculante de este derecho, el Convenio ha establecido su procedencia de manera restringida, exclusivamente para ciertos casos. En efecto su consagración expresa se encuentra en los numerales 1 y 2 del artículo 16, los cuales señalan:

“1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de

procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”

El Convenio establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se establezcan medidas para su traslado y reubicación, pudiendo ellos aceptar o no dicha reubicación. Por consentimiento dado “libremente y con pleno conocimiento de causa”, la OIT ha determinado que esto significa “que los pueblos indígenas y tribales deben comprender cabalmente el sentido y las consecuencias del desplazamiento sobre el cual han de manifestar su acuerdo y aceptación.”<sup>99</sup>

Entendiéndose la distinción principal entre Consulta y CPLI en el carácter vinculante de esta última, existen ciertas circunstancias en que la Consulta será abordada como CPLI. En efecto, tal como señala Yáñez, “la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que bajo ciertas circunstancias, la obligación estatal de la consulta previa establecida por el Convenio 169 deviene en derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados por la medida en cuestión. Se trata de aquellos “planes de desarrollo o inversión de gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio” y aquellos de alto impacto que “implique una denegación de su subsistencia como pueblo”. Esta mutación está fundada en el respeto al derecho a la vida y la integridad

---

<sup>99</sup>YÁÑEZ F., N. 2010. *Op. Cit.*, p. 27.

cultural de los pueblos indígenas, reconocidos en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como también en nuestra propia Constitución interpretada sistemáticamente.”<sup>100</sup>

Por tanto, a pesar de la diferencia existente entre CPLI y Consulta fundada, principalmente, en la posibilidad de “vetar” un acto, existen casos en que la Consulta derivará en el derecho a la CPLI, conforme a lo que ha razonado la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo a lo expuesto en el párrafo anterior. Definir cuándo concurren estos casos y cuándo no basta la Consulta en la forma consagrada en nuestra legislación, escapa de las pretensiones de esta investigación.

Advertida ya la relación entre Consulta Indígena, participación y CPLI, en el capítulo siguiente se retomará el análisis específico de la Consulta, pasando a efectuar un estudio particular de las causales que obligan al Estado a iniciar procesos que la materialicen.

---

<sup>100</sup>YÁÑEZ F., N. 2010. *Op. Cit.*, págs. 27-8.

### **Capítulo III. Análisis específico de los elementos que permiten determinar la exigibilidad de la Consulta Indígena en el Convenio y el DS 66/2013**

En este capítulo pretendemos analizar de manera general las casuales que, conforme al texto del Convenio 169 y al DS 66/2013, obligarían a iniciar procesos de Consulta Indígena frente a medidas que emanen del Estado. Para esto, se estudiarán por separado los dos aspectos centrales que determinan la necesidad de que una medida sea objeto de Consulta; por un lado, que se trate de medidas administrativas o legislativas, y por otro, que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Al final de este capítulo se analizará, críticamente, si las materias estudiadas permiten establecer la existencia de una coherencia normativa entre el Convenio y el Reglamento de Consulta Indígena.

A continuación, se pasará a analizar el primer elemento que determinará si una medida deberá ser objeto de Consulta; la naturaleza de la medida.

#### **3.1 Que se trate de medidas administrativas o legislativas.**

La Consulta Indígena se aplica cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, razón por la cual, se debe definir qué se entiende por dichas medidas para saber si respecto de un acto puede ser exigible la Consulta.

En primer lugar, la acepción más adecuada del término “medida” que nos enseña el diccionario de la “Real Academia Española de la Lengua”, es el término “disposición”, definido éste como “orden y mandato de la autoridad”. Por lo tanto, todo acto de la autoridad que ordene autorizar, restringir, reglar o prohibir una acción u omisión podrá entenderse como medida, siendo, no obstante, un concepto bastante amplio.

Habiendo determinado qué es lo que debe entenderse por “medida”, de acuerdo a una interpretación gramatical del artículo 6° del Convenio, la naturaleza de ésta dependerá de si proviene de la función legislativa o administrativa del Estado, independiente del órgano de la administración que la dicte.

La finalidad del Convenio es aumentar y no restringir la participación de los indígenas.<sup>101</sup> Por ello, “las medidas legislativas, por ejemplo, no quedan limitadas a la ley en sentido estricto, sino que también incluyen reformas a la Constitución. En el mismo sentido, si, por ejemplo, una comisión parlamentaria está encargada de investigar un asunto que afecte los derechos e intereses de los pueblos indígenas, aun cuando no haya una “ley” o reforma constitucional, puede entenderse que se trata sin embargo de una medida legislativa [...]”<sup>102</sup> Por su parte, las medidas administrativas deben ser interpretadas de la misma manera,

---

<sup>101</sup> CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 195.

<sup>102</sup> *Idem*

con el objeto de propender y no evitar la Consulta, pues como advierte Contesse, “El filtro no debe pasar por el tipo de medidas, sino por la afectación directa.”<sup>103</sup>

Sin embargo, y como se verá en el estudio particular de ambas medidas consultables, mediante la dictación del DS 66/2013 no se siguió el criterio precedentemente expuesto, demarcando claramente, por ejemplo, que las medidas legislativas serán aquellas correspondientes a ante proyectos de leyes de iniciativa del Presidente de la República, sin señalar nada de aquellas medidas legislativas que se inicien por mensaje.

Para pasar a realizar un análisis más preciso de las medidas consultables según el DS 66/2013, es necesario estudiar lo que señala el artículo 7:

“Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un

---

<sup>103</sup> CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 195.

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.

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas 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.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.”

Como es posible observar, el artículo precedentemente citado establece requisitos para los conceptos de medidas administrativas y legislativas que no aparecen en el texto del Convenio, por lo cual, se analizará detalladamente con el objetivo de determinar la correcta aplicación de la Consulta en nuestra legislación. Además, y si bien corresponde al artículo 8 del DS 66/2013, se analizará la resolución de calificación ambiental como medida consultable, pues al ser el acto administrativo que autoriza ambientalmente el desarrollo de un proyecto minero, es de gran relevancia para esta investigación advertir su consagración como medida consultable. Por último, se efectuará una evaluación acerca si las distinciones realizadas por el DS 66/2013 en relación a las medidas administrativas y legislativas, así como la forma en que se abordan las resoluciones de calificación ambiental, son coherentes con la correcta aplicación del Convenio.

### **3.1.1 Medidas legislativas**

El DS 66/2013 describe a las medidas legislativas como “los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República [...]”. Por tanto, siempre que una de estas medidas, o parte de ellas, cumpla con los supuestos establecidos para poder considerarla susceptible de afectar a pueblos indígenas, deberá ser objeto de Consulta.

En primer lugar, es interesante apreciar que el reglamento no establece limitaciones en torno al tipo de anteproyecto de ley que daba ser consultado en razón de quórum; será aplicable tanto para ante proyectos de leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificados o leyes de quórum simples, comprendiéndose además la Consulta de anteproyectos de reformas constitucionales. Sin embargo, existiría una limitación al sólo considerar como medidas consultables los anteproyectos de ley de iniciativa del presidente de la república, excluyendo a las mociones parlamentarias.

La Consulta deberá realizarse previo a la tramitación legislativa en el Congreso, lo cual podría afectar su efectividad si en dicha instancia se formulan cambios significativos al proyecto consultado. Pareciera necesario, entonces, una regulación reglamentaria que permitiera la exigibilidad de la Consulta en la tramitación legislativa, con el objetivo de lograr una verdadera efectividad de ésta,

aun cuando no podría alterar las materias reguladas en el Capítulo V de la Constitución. .

### **3.1.2 Medidas Administrativas**

Siendo un objetivo de esta investigación analizar la exigibilidad de la Consulta Indígena en relación a ciertas medidas administrativas relevantes para proyectos mineros, determinar cuándo el DS 66/2013 establece que dichas medidas son consultables es de suma importancia. Esto permitirá, además, advertir si la regulación que el Reglamento establece para las medidas administrativas es coherente con el Convenio, pues éste último no establece categorías ni requisitos en relación a la naturaleza de la medida para que pueda ser consultable.

Para explicar de qué forma el DS 66/2013 regula los requisitos o características de la naturaleza de las medidas administrativas, a continuación expondremos qué debemos entender medida administrativa, por discrecionalidad, pues la medida administrativa debe tener dicho carácter para que pueda ser consultada según el Reglamento, y cuándo las medidas podrían ser exceptuadas de la obligación de Consulta en razón de su naturaleza, aun cuando podrían ser susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas. Estos elementos, permitirán establecer cuándo, desde un punto de vista formal,

puede considerarse exigible la Consulta Indígena en razón de la naturaleza de la medida administrativa.

### **3.1.2.1 Actos de la Administración del Estado**

El DS 66/2013 señala que las medidas administrativas son “actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción”. A su vez, establece que “los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la Consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar”, señalando, además, que “Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.” De esta manera, se entiende que las medidas administrativas que sean actos terminales y que cumplan con las características anteriormente descritas, sin que se trate de medidas adoptadas en situaciones de excepción o emergencia, deberán ser objeto de Consulta cuando sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Dado que las medidas administrativas serían los actos dictados por los Órganos de la Administración del Estado, es necesario aclarar cuáles son estos. Así, el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.575, Ley de Bases de la Administración del Estado señala que “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.” De esta manera toda declaración de voluntad emitida por estos organismos deberán considerarse como medida administrativa.

El artículo 7 habla expresamente de “actos formales [...] que contienen una declaración de voluntad”, siendo plenamente identificable la noción de “medida administrativa” con la definición de “acto administrativo” establecida en el inciso segundo del artículo 3 de la LBPA, en donde se señala que son “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.” Por lo anterior, tanto las “medidas” como los “actos” administrativos implican declaraciones de voluntad emitidas por los órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de sus potestades públicas, debiendo entenderse como conceptos equivalentes para efectos de la Consulta Indígena.

Según el mismo artículo 7, los actos administrativos de mero trámite se entenderán consultados en el acto terminal del cual son parte, mientras que las medidas de ejecución material o jurídica del acto, se entenderán consultadas en el acto decisorio que las sustenta. De esta manera, se ha determinado cuál medida administrativa se entiende consultada en el caso que existan otros actos que deriven de una misma medida, lo cual tiene gran relevancia para los procedimientos administrativos.

Como analizaremos a continuación, el DS 66/2013 establece una limitación a los actos administrativos consultables no sólo en razón del requisito de que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, sino que, además, en razón de la naturaleza de la medida. Así, establece como requisito que estas tengan una naturaleza no reglada que le permita a la autoridad un ámbito de discrecionalidad para llegar a acuerdos, junto con señalar que éstas no deberán tener por causa situaciones de urgencia o excepción.

### **3.1.2.2 Naturaleza no reglada que permita el ejercicio de un margen de discrecionalidad**

Si bien el DS 66/2013 no define qué se entenderá por discrecionalidad, esta sí señala que su causa será la naturaleza no reglada del acto que se emita, lo cual permite determinar criterios sobre el tipo de discrecionalidad exigible para la Consulta.

Se ha señalado que la discrecionalidad, en una primera noción, puede ser entendida como “poder discrecional”, el cual consiste en “una capacidad incondicionada de imposición [...] es el poder, libre y exenta de cualquier posible fiscalización o corrección desde fuera, de dar cuenta de sí misma, de justificarse en una palabra.”<sup>104</sup>Esta noción de discrecionalidad refleja el cariz más reconocible de la discrecionalidad; la libertad en la adopción de la medida.

En general, la discrecionalidad de la autoridad comprende “la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos.”<sup>105</sup>De esta manera, no todo criterio que adopte la autoridad en que exista discrecionalidad podrá ser entendido desde una óptica netamente jurídica.

Ahora bien, postular que la discrecionalidad administrativa no tiene limitaciones, aún en sus expresiones más amplias, adolecería de una ingenuidad y error claro. En efecto, tal como señala Fernández:

“La Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que

---

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ R., T. 2002. De la Arbitrariedad de la Administración. 4ª Ed. Madrid.Civitas.,p. 27  
<sup>105</sup> SÁNCHEZ M., M. 1994.Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid. Ed. Tecnos S.A., p. 114

más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a un mayor número de núcleos de población, etcétera. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero “porque sí” está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto.”<sup>106</sup>

Por tanto, la administración al ejercer sus potestades tendrá limitaciones que implican que, al momento de adoptar una decisión particular, y aún en los grados más amplios de discrecionalidad, la autoridad no podrá actuar arbitrariamente, es decir, sin motivación de sus actos. Así, “El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón. Su naturaleza es la de justificar decisiones, actuaciones. Por eso, no puede y no podrá nunca rehuir la cuestión del fundamento.”<sup>107</sup> Conforme al DS 66/2013, la existencia de reglas que exijan motivación a la autoridad para dictar un acto no podrá excluir la obligación de Consulta Indígena, pues discrecionalidad implica motivación.

La doctrina española ha distinguido de manera clara distintos tipos de discrecionalidad, siendo su estudio pertinente para determinar cuál discrecionalidad es la exigida por el DS 66/2013. En otras palabras, su estudio

---

<sup>106</sup> FERNÁNDEZ R., T. 2002. *Op. Cit*, p. 165

<sup>107</sup> *Ibidem*, p.164

permitirá distinguir si las normas que regulan la dictación de una medida, permiten exigir su Consulta conforme al Reglamento. La amplitud y características del tipo de discrecionalidad fijará, evidentemente, gran parte de la posibilidad de que la autoridad pueda llegar a acuerdos con los pueblo indígenas.

#### **3.1.2.2.1 Tipologías de discrecionalidad y su posibilidad de permitir llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de pueblos indígenas**

En este subcapítulo, se seguirán las clasificaciones de discrecionalidad elaboradas por Sánchez Morón, quién distingue entre discrecionalidad reglamentaria, de planificación, de iniciativa, política stricto sensu, técnica, táctica y de gestión.<sup>108</sup> Respecto a cada tipo de discrecionalidad estudiada, se establecerá si permiten a la autoridad llegar a acuerdos con los pueblos indígenas, para efectos de establecer si puede considerarse obligatoria la Consulta en dichos casos.

En primer lugar, nos referiremos a la “discrecionalidad reglamentaria”. Esta clasificación es referida al ejercicio de la potestad reglamentaria, ejercicio que “está sometido a un régimen jurídico peculiar, en el que conviene distinguir los casos en que el reglamento se dicta en ejecución o desarrollo de una ley (y en tal caso si versa o no sobre materia reservada a la ley) o como reglamento independiente por iniciativa del titular de la potestad reglamentaria, ya que en el primer caso la libertad de opción del titular de la potestad reglamentaria estará

---

<sup>108</sup> SÁNCHEZ M. M. 1994. *Op. Cit.*, pp. 122-131

más delimitada o condicionada.”<sup>109</sup> Entendiendo que en nuestra legislación la potestad reglamentaria puede ser ejercida en estos dos ámbitos, es evidente que la amplitud de la discrecionalidad será mayor en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma de la administración (es decir, cuando regula aquello que no puede ser materia de ley) que en la potestad reglamentaria de ejecución. Ahora bien, “Sea más o menos amplio el margen de discrecionalidad en poder del mismo, el ejercicio de su potestad está siempre sometido al límite sustantivo de los principios generales del derecho.”<sup>110</sup> En estos ámbitos, en nuestra legislación siempre existirá un ámbito de discrecionalidad que permitirá a los indígenas participar de la adopción de dichas medidas, dentro de la materia que se esté regulando, debiendo sólo distinguir que en lo que respecta a las medidas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, el ámbito de la materia a consultar será más limitado y su control de legalidad más claro.

La “discrecionalidad de planificación” es aquella que “permite conjugar las necesidad de previsibilidad de la acción administrativa y las modernas técnicas gerenciales de <<dirección por objetivos>> con la adaptación flexible a las circunstancias cambiantes de tiempo y lugar, que no siempre la ley puede tener en cuenta.”<sup>111</sup> El rasgo distintivo de este tipo de discrecionalidad es que “ha de tener en cuenta y ponderar una pluralidad de intereses y factores de diversa naturaleza. En los casos más significativos (planes urbanísticos y de ordenación territorial, hidrológicos, de ordenación de recursos naturales, de desarrollo

---

<sup>109</sup> *Idem.*, p. 122

<sup>110</sup> SÁNCHEZ M. M. 1994. *Op. Cit.*, p.122

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 124

regional, económicos, etc.) nos hallamos ante las típicas situaciones complejas [...], para cuya ordenación es forzoso reconocer a la autoridad competente un amplio margen de discrecionalidad, que no es sólo técnica sino también política.”<sup>112</sup>De esta manera, para los actos administrativos en virtud de los cuales la autoridad ejerce este tipo de discrecionalidad, como por ejemplo sería un plan de desarrollo comunal, la Consulta Indígena sería exigible según el artículo 7 del DS 66/2013, pues existiría una discrecionalidad tal que permitiría hacer parte a los pueblos indígenas del acto que se adopte. Este mismo criterio es aplicable a la “discrecionalidad de iniciativa”, es decir, aquella “capacidad reconocida por el ordenamiento a las Administraciones públicas para crear servicios, promover actividades públicas o acordar prestaciones o medidas de fomento y asistencia.”<sup>113</sup>En especial, este tipo de discrecionalidad se refiere a “la iniciativa para la realización de actividades y la prestación de servicios no previstos por las leyes y también de aquellos otros que las leyes prevén, pero dejando en manos de la Administración la elección del momento y el modo de la iniciativa.”<sup>114</sup>

La “discrecionalidad política stricto sensu”, es aquella que “se halla en todos aquellos supuestos en que la ley otorga, expresa e implícitamente, un margen de libertad a los órganos gubernativos para que valoren los aspectos y las consecuencias políticas de sus decisiones. Naturalmente, la remisión al criterio político está presente en muchos de los supuestos de discrecionalidad. Pero ahora se quieren identificar aquellos que lo único que ha de contar (o lo que

---

<sup>112</sup> SÁNCHEZ M. M. 1994. *Op. Cit.*, p. 124

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 126

<sup>114</sup> *Ídem*.

prevalece absolutamente) es este tipo de criterios, de <<política del caso>>.”<sup>115</sup>Esta discrecionalidad es aquella que permite a la autoridad adoptar decisiones que se encuentran motivadas por razones eminentemente políticas, que, por lo mismo, tienen su justificación en la legitimidad política la autoridad que la dicta. En estas situaciones, el DS 66/2013 también considera procedente la exigibilidad de la Consulta, pues la decisión que adopte la autoridad puede incluir, políticamente, las consideraciones y propuestas de los pueblos indígenas.

La “discrecionalidad técnica” trata de “aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a las evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica”.<sup>116</sup>En este criterio ya no serán las consideraciones políticas las que motivarán el acto administrativo, sino técnicas, no siendo exigible su Consulta, sin perjuicio de que la autoridad pueda acoger los planteamientos indígenas, en tanto lo justifique técnicamente.

La “discrecionalidad táctica”, es aquel “margen de libertad de que la Administración dispone para adoptar una decisión rápida y eficaz ante situaciones de hecho que lo requieren.”<sup>117</sup>Esta situación es aquella en que la administración tiene un margen amplio para tomar decisiones para enfrentar situaciones urgentes, y por lo cual, su estándar de motivación debe considerar la particular situación en que ha sido adoptada. Sin embargo, en este caso en particular, el DS 66/2013 ha excluido expresamente la Consulta Indígena.

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 127-8

<sup>116</sup> SÁNCHEZ M. M. 1994. *Op. Cit.*, p. 129

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 130

Por último, encontramos la “discrecionalidad de gestión”, la cual incluye “todas aquellas decisiones discrecionales que cotidianamente han de tomar los gestores públicos en el ejercicio de sus funciones, ante la ausencia o la imprecisión de las disposiciones legales.” La posibilidad de que la Consulta sea exigible en la dictación de medidas administrativas con esta discrecionalidad en base a su reglamento, dependerá caso a caso, pues la cantidad y tipos de medidas cotidianas que toma la autoridad son innumerables, y por lo cual, no se puede formular un juicio en abstracto (a diferencia de las tipologías anteriores, en que sí se establecían los caracteres sustantivos de cada discrecionalidad).

En conclusión, podemos apreciar que los márgenes de discrecionalidad serán mayores o menores dependiendo del tipo de discrecionalidad de que se trate. Así, resulta evidente que en la discrecionalidad técnica la autoridad es menos factible llegar a un acuerdo que en la discrecionalidad política stricto sensu, debido a que las decisiones que se adopten tendrán un carácter reglado que determinarán su adopción mediante consideraciones técnicas, y por lo cual, aún en el caso de que los indígenas pudiesen participar en la adopción de la medida con sus planteamientos, la autoridad sólo podrá motivar su aceptación o rechazo técnicamente. Mientras que en la discrecionalidad política stricto sensu, las normas que determinarán la existencia de este tipo de discrecionalidad no podrán reglar de qué manera deberá ser el contenido de la decisión política, y, por lo cual, permitiría a la autoridad adoptar y considerar los planteamientos de los pueblos indígenas con mayor libertad.

### **3.1.2.3 Que no se trate de medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia**

En virtud del mismo artículo 7 del DS 66/2013 se establece que, aun cuando concurren los requisitos para que sea considerada obligatoria la Consulta Indígena, ésta no será exigible a la autoridad si es dictada en situaciones de excepción o emergencia. En materia de discrecionalidad, esta limitación a la exigibilidad de la Consulta Indígena se justificaría en razón de tratarse de actos que se adoptan con discrecionalidad táctica, pues se verifican en situaciones en que la decisión debe ser adoptada con urgencia, por lo que un retardo en su adopción puede eventualmente afectar o causar un perjuicio mayor al causado por falta de Consulta.

No obstante lo anterior, es importante aclarar que la medida debe ser dictada con motivo de una situación de excepción o emergencia, y no, simplemente, que se invoque la no exigibilidad de un proceso de Consulta por existir un contexto de excepción o emergencia. Esto último no encontraría justificación pues, precisamente, un retardo en la adopción de aquella medida no podría eventualmente afectar o causar un perjuicio mayor al causado por falta de Consulta, pues su finalidad no sería afrontar la situación urgente.

Por tanto, para el DS 66/2013 las medidas administrativas cuya Consulta Indígena es exigible, son aquellos actos administrativos dictados con una

discrecionalidad que permite a la autoridad llegar a acuerdos, aun cuando la discrecionalidad no es exigida por el Convenio 169 como requisito de la medida. Además, se deberá tratar de una medida no dictada con motivo de una situación de excepción o emergencia.

#### **3.1.2.4 Resolución de calificación ambiental**

Dentro de los diversos actos administrativos que puede dictar la autoridad, uno que tiene gran relevancia por su posibilidad de afectación a los pueblos indígenas, es la resolución de calificación ambiental. En efecto, los actos que dicte la administración dentro del marco del SEIA serán actos administrativos, y, como tales, deberán contemplar la Consulta en caso de que puedan afectar a los pueblos indígenas.

El artículo 8 del DS 66/2013 señala que:

“La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa

establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300.

Para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento.”

De acuerdo al texto precedentemente citado, es necesario ahora remitirse a las normas referentes a la Consulta Indígena en el DS 40/2012, el cual señala en su artículo 85 que:

“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 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.”

Como es posible observar, será en definitiva el SEA quién determinará dentro de un proceso de evaluación ambiental si procede o no la Consulta Indígena, advirtiendo que el criterio para determinar si la resolución que aprueba un proyecto afecta a los pueblos indígenas, será la presencia de los efectos, circunstancias y características del artículo 11 de la Ley N° 19.300, es decir,

aquellos que se refieren a reasentamiento de las comunidades humanas; valor ambiental del territorio; y valor paisajístico y turístico. Se volverá sobre esto, con mayor detención, al estudiar la susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas como requisito para la exigibilidad de la Consulta.

### **3.1.3 Análisis crítico de las distintas medidas consultables según el DS 66/2013**

Analizados los conceptos de medidas legislativas y administrativas en general, así como las medidas administrativas que emanan del sistema de evaluación de impacto ambiental, podemos señalar que existirían limitaciones en torno a características exigidas a la medida para que sea consultable que no se encuentran consagradas en el texto del Convenio, y que, en principio, serían contradictorias con el texto del Convenio.

De acuerdo al Reglamento de la Consulta, el concepto de medida legislativa excluye ciertas hipótesis que podrían considerarse consultables según el Convenio, como por ejemplo, los proyectos de ley de iniciativa del poder legislativo. A su vez, respecto a las medidas administrativas se imponen ciertos requisitos al acto para que sea exigible la Consulta que no parecieran cumplir con el estándar del Convenio, pues restringe su aplicación. Esta es la situación de los actos administrativos que se elaboran en base a mecanismos reglados que tienden a impedir la discrecionalidad al momento de la adopción del acto,

justificándose dicha limitación en que al carecer de discrecionalidad la autoridad no podría llegarse a acuerdos con los pueblos indígenas.

El problema de la limitación establecida respecto a las medidas administrativas, es que antepone el problema a la solución, es decir, se decide no aplicar la Consulta Indígena por falta de discrecionalidad de la autoridad en la adopción de un acto, sin asumir que lo que corresponde es que el Estado permita modificar el procedimiento administrativo para que exista discrecionalidad y la autoridad pueda considerar los planteamientos de los pueblos indígenas. Más allá del análisis respecto a la inseguridad jurídica que podría acarrear este tipo de regulación de la Consulta, pareciera ser que sería lo más adecuado en términos normativos para poder dar cumplimiento al artículo 6 del Convenio.

En conclusión, el DS 66/2013 establece limitaciones a la exigibilidad de la Consulta que no se encuentran comprendidas en el texto del Convenio, referidas al tipo de medida, siendo contradictorio con la amplitud que pretende darle el Convenio a la aplicación de la Consulta, y, por ello, debiesen promoverse modificaciones al reglamento en dicho sentido.

### **3.2 Que sean susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas**

El artículo 6 del Convenio establece que las medidas legislativas y administrativas deberán ser consultadas cuando sean susceptibles de afectar

directamente a los pueblos indígenas. Por tanto, el hecho de que una medida cumpla con dicha característica será un elemento central para determinar si es exigible a la autoridad aplicar la Consulta.

Ni el Convenio ni la OIT han definido qué se entiende por “susceptibilidad de afectación directa”, por ello, “cada Estado deberá fijar su estándar según sus propias particularidades, sin desatender a los principios básicos que regulan la consulta previa, partiendo por la buena fe.”<sup>118</sup> Esto tiene sentido, pues “no todos los pueblos indígenas en los distintos Estados serán iguales, estando unos más integrados que otros, de modo que una misma medida no será susceptible de afectarles directamente o de la misma manera.”<sup>119</sup> Así, tal como los pueblos indígenas no son homogéneos cultural, social y económicamente, las definiciones acerca de sus afectaciones tampoco pueden ser universales.

En primer lugar, para que se genere la obligación de Consulta “debe tratarse de medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas y no de aquellas cuya posibilidad de afectarles sea remota, o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado. La idea que subyace a este estándar es que determinadas medidas afectan de manera especial a los pueblos indígenas, y que son aquellas las que deben ser objeto de consulta.”<sup>120</sup> De esta manera, el Convenio exige que la posibilidad de afectación sea directa, siendo este requisito

---

<sup>118</sup> LÓPEZ V., R. y MOHR A., T. 2014. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? Revista de Derecho (Valdivia) 27 (1): 8

<sup>119</sup> Idem

<sup>120</sup> CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p.194

un filtro que permite mantener el sentido del Convenio en su aplicación<sup>121</sup>; las medidas que de manera especial afectan a grupos indígenas, en su calidad de tales, son las que deberán ser consultadas. Esto es ratificado por la Corte Suprema, la que estima que “no deben consultarse aquellas normas que sean de carácter general y obliguen a todos los habitantes del país, sin referirse a los pueblos indígenas en particular.”<sup>122</sup>

A su vez, el Convenio al señalar “susceptibilidad” no puede exigir que la afectación se encuentre acreditada al momento de evaluar la procedencia de la Consulta. En efecto “No se necesita que la afectación sea cierta, ni siquiera evidente, dado que justamente lo que busca el mecanismo de consulta es facilitar, mediante un diálogo de buena fe, la visibilización de impactos que no resultan palmarios para quienes no pertenecen ni conocen las valoraciones de las culturas protegidas.”<sup>123</sup>

En relación a los criterios jurisprudenciales sobre este tema, es interesante advertir lo señalado por la Corte Suprema en el caso del proyecto Piscicultura Palguín<sup>124</sup>, referente a un recurso de protección interpuesto por comunidades indígenas en contra de una resolución de calificación ambiental favorable a un proyecto de Piscicultura. La Corte Suprema estableció que si un proyecto genera

---

<sup>121</sup>CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 195

<sup>122</sup>C. Suprema. Rol N° 9868-2013. *En: ANINATS. I. 2014. Op. Cit.*, p. 4

<sup>123</sup>MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. *Op. Cit.*, p. 397

<sup>124</sup> Este análisis se realiza siguiendo la línea argumentativa de: FERNÁNDEZ A., A. y DE LA PIEDRA R., C. 2011. Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169. Aporte de la Jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias. *Estudios Públicos* (121): 104-106

alguno de los efectos del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.330, Ley de Bases del Medio Ambiente (en adelante, e indistintamente, “LBMA”), es decir reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa en los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, requerirá presentar un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, e indistintamente, “EIA”), pues afectaría directamente a los pueblos indígenas y deberá realizarse la Consulta.<sup>125</sup> De esta manera, la Consulta Indígena sólo podría ser posible en los casos en que proyectos requieran evaluarse ambientalmente mediante Estudios de Impacto Ambiental, adquiriendo relevancia, por ejemplo, las opiniones de los servicios en relación a la presencia de los efectos del artículo 11 letra c).<sup>126</sup> La relación que efectúa la Corte Suprema en este fallo, del artículo 11 con la susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, no se hace cargo de que si se exige acreditar la presencia de los efectos de dicho artículo, no bastaría con demostrar la posibilidad de su existencia.

El criterio del máximo tribunal señalado en el párrafo anterior, pareciera ser recogido por el DS 40/2012 y el DS 66/2013, aun cuando existen fallos de la misma Corte que han establecido la suficiencia de acreditar una susceptibilidad de afectación para generar la obligación de Consulta, señalando que “cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las

---

<sup>125</sup>FERNÁNDEZ A., A. y DE LA PIEDRA R., C. 2011. *Op. Cit.*, p. 105

<sup>126</sup>C. Suprema. Rol N° 1525-2010. <[www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)> (C.7,C.8,C.9,C.10)

personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.”<sup>127</sup>

El artículo 83 del DS 40/2012 establece que se deberá efectuar una Consulta Indígena para el caso en que un proyecto ingresado al SEIA presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del DS 40/2012, y en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas<sup>128</sup>. Así, “en el SEIA la afectación directa se incorporó dentro de algunas de las causales que dan lugar a un EIA y, por tanto, dan curso a la participación ciudadana y a la consulta indígena, en su caso.”<sup>129</sup>

Las exigencias de la institucionalidad ambiental para que un proyecto ingresado al SEIA sea evaluado mediante un EIA son la presencia de ciertos efectos, características o circunstancias, no bastando la mera susceptibilidad de éstos. Éste criterio sería contradictorio con la exigencia del Convenio para la Consulta, el cual sólo exige la presencia de una susceptibilidad de afectación directa. En efecto, tal como señalan López y Mohr “la discusión en Chile parece haber obviado, en especial a propósito de la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en lugar de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), según se den o no los criterios de afectación del artículo 11 de la Ley N°

---

<sup>127</sup> Fallos de la Corte Suprema, ambos en sus respectivos considerandos 5º, en causas Rol: 258-2011 y 10.090-2011 En: LÓPEZ V., R. y MOHR A., T. 2014. *Op. Cit.*, p. 124

<sup>128</sup> La Consulta deberá cumplir con el artículo 16 del DS 66/2013 y las demás normas del DS 40/2012.

<sup>129</sup> ANINAT S. I. 2014. *Op. Cit.*, p. 4

19.300 para hacer aplicable a la consulta previa en el marco de la participación ciudadana del EIA, que el artículo 6 del Convenio 169 no se refiere solo a la afectación directa, sino que a la susceptibilidad de ella.”<sup>130</sup>

La susceptibilidad de afectación se refiere a una “cualidad de susceptible” referida a una persona o cosa, “cuestión que entendemos en el sentido que son pueblos interesados aquellos capaces de ser afectados directamente por una medida que se prevea dictar, no aquellos que necesariamente vayan a ser afectados.”<sup>131</sup> De esta manera, “el estándar de procedencia favorece necesariamente a los pueblos indígenas sin que sea admisible que se requieran certeras acreditaciones al respecto por parte de ellos, pesando sobre el Estado la obligación de demostrar que no hay afectación ni susceptibilidad de ella.”<sup>132</sup>

Otro aspecto interesante a tener en cuenta, es que existe doctrina que considera que “una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del 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>133</sup> Así, deberá

---

<sup>130</sup> LÓPEZ V., R y MOHR A., T. 2014. *Op. Cit.*, p. 112

<sup>131</sup> Ídem

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 113

<sup>133</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2009. *Op. Cit.*, p. 16

entenderse que estas medidas podrán implicar “susceptibilidad de afectación” aun cuando sean de ese carácter sólo desde la óptica de los pueblos indígenas, conforme al contexto intercultural que tanto la normativa internacional como el Convenio pretenden propiciar.<sup>134</sup>

De acuerdo a Nuñez, existe jurisprudencia que estima “que no representan necesariamente afectación directa aquellas actividades que, encontrándose en etapa de desarrollo, podrían generar consecuencias positivas para las comunidades.”<sup>135</sup> Si bien los órganos jurisdiccionales son los que determinarán, en caso de conflicto, si una medida puede o no afectar a los indígenas, es importante que ellos motiven sus decisiones, también, en la visión propia del pueblo indígena interesado. Si el Estado no adopta esta postura, y determina unilateralmente la existencia de consecuencias positivas que excluyen la Consulta, podrían excluir la aplicación del Convenio a situaciones no exceptuadas expresamente por él.<sup>136</sup>

El criterio señalado en los párrafos anteriores, “podría llevar a consultar prácticamente todas las medidas administrativas y legislativas que incluso indirectamente pudiesen afectar a los pueblos indígenas, lo que es impracticable. Además, una definición subjetiva generaría incertidumbre jurídica y se alejaría de

---

<sup>134</sup> Este juicio, se fundamentaría también en: MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. *Op. Cit.*, p. 398

<sup>135</sup> NÚÑEZ P., M. 2014. La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial. *En*: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2014, Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile., p. 325

<sup>136</sup> NÚÑEZ P., M. 2014. *Op. Cit.*, p. 325

los criterios tradicionales del ordenamiento jurídico chileno.”<sup>137</sup> Para evitar lo anterior, en un análisis acerca de si una medida es consultable, la administración “debe evaluar la afectación de acuerdo con el principio de proporcionalidad: el juicio de apreciación de la afectación no debe ser desproporcionado.”<sup>138</sup> El principio de proporcionalidad claramente es algo abierto y, por lo cual, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial será de suma relevancia en su determinación, siendo un desafío crucial para la correcta aplicación del Convenio.

Es importante señalar que al elaborar el DS 66/2013, “el Gobierno decidió separar la conceptualización según el tipo de medida, uniendo las medidas a ser consultadas con la calificación de afectación. De esta forma, para las medidas legislativas actualmente se exige 1) causalidad directa; 2) impacto significativo y específico, y 3) afectación de sus tradiciones y costumbres ancestrales (incluyendo religiosas, culturales y espirituales), o de sus tierras.”<sup>139</sup> En el caso de las medidas administrativas, la susceptibilidad de afectación debe cumplir con las mismas características (estableciendo diferencias principalmente referidas al tipo de medida<sup>140</sup>, de acuerdo a lo ya estudiado).

Por tanto, para poder analizar la manera en que nuestra normativa reglamentaria aborda el elemento referido a la susceptibilidad de afectación directa para determinar la exigibilidad de la Consulta Indígena, veremos a

---

<sup>137</sup> ANINAT S., I. 2014. *Op. Cit.*, p. 4

<sup>138</sup> NÚÑEZ P., M. 2014. *Op. Cit.*, p. 323

<sup>139</sup> ANINAT S., I. 2014. *Op. Cit.*, pp. 3-4.

<sup>140</sup> Idem

continuación dicho requisito en relación a la generalidad de medidas administrativas de acuerdo al artículo 7 del DS 66/2013, para ver con posterioridad el mismo elemento pero en las resoluciones de calificación ambiental, en conformidad al artículo 8 del mismo reglamento y a las normas del Reglamento SEIA. Por último, analizaremos de qué manera los conceptos de tierras y territorio son parte de la determinación de la existencia de susceptibilidad de afectación directa, y si dichos conceptos son considerados en el artículo 7 del DS 66/2013.

### **3.2.1 Susceptibilidad de afectación directa**

La susceptibilidad de afectación directa no se encuentra expresamente definida, sin embargo, el artículo 7 del Reglamento de la Consulta establece que dicha causal se verifica cuando las medidas administrativas “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.”

El DS 66/2013 exige, tanto en medidas legislativas como administrativas, que la susceptibilidad de afectación se encuentre determinada por la existencia de “1) causalidad directa; 2) impacto significativo y específico, y 3) afectación de sus tradiciones y costumbres ancestrales (incluyendo religiosas, culturales y

espirituales), o de sus tierras.”<sup>141</sup> En primer lugar, respecto al requisito de “causalidad directa”, tiene sentido y es coherente con el Convenio de acuerdo a lo ya estudiado con anterioridad. La observación del cumplimiento de éste requisito se deberá efectuar caso a caso.

Por otro lado, el Reglamento también requiere que exista un “impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales”, lo cual, es parte de la doctrina que establece que la Consulta se debe efectuar respecto a dichas medidas, y no respecto de las que afectarían uniformemente a la población.<sup>142</sup> Sin perjuicio de lo anterior, en la aplicación de ésta norma se podría asentar la postura de que es el Estado, unilateralmente, quién define cuándo se verifica la susceptibilidad de afectación, pues la distinción de impactos significativos “deja de facto la determinación unilateral de la consulta en manos del Estado de Chile, el cuál decide sobre su procedencia a través de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social (art.13).”<sup>143</sup> Por último, el requisito se contrapone al texto del Convenio, el cual habla de susceptibilidad de afectación, debiendo haber establecido como causal el Reglamento la “posibilidad de impactos”, y no “impactos” propiamente tal.

El Estado, al establecer normativamente el requisito de que los impactos afecten “el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas

---

<sup>141</sup> ANINAT S., I. 2014. *Op. Cit.*, pp. 3-4.

<sup>142</sup> En este sentido, es importante recordar lo expuesto en: CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p.194

<sup>143</sup> MILLALEO H., S. 2014. ¿Gobernar consultado? Análisis comparativo respecto de los problemas en relación a las bases y objetos de la consulta indígena (Convenio 169) en los reglamentos aprobados en Chile. En: CARIMAN L., BRAULIO (Ed.) ¿Chile indígena? Desafíos y oportunidades para un nuevo trato. Fundación Chile, Santiago, Chile., p. 85

religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”, adopta una postura unilateral respecto a la determinación de cuándo existiría afectación, pues establece que sólo ciertos bienes jurídicos, que él determinó, gatillarían un proceso de Consulta. Esta norma no permitiría que los indígenas reclamen la necesidad de efectuar un proceso de Consulta por bienes jurídicos distintos a los expresados por el artículo 7, no reconociendo que estos pueden ser afectados de manera distinta a la que es percibida por el resto de la población nacional. Se puede deducir que el reglamento pretendió enmarcar a través de dichos bienes las posibles afectaciones a los indígenas “en su calidad de tales”, entendiendo que esto correspondería a los “impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía.”<sup>144</sup> Sin embargo, al limitar el artículo 7 a estos casos, se desatiende la posibilidad de que los indígenas pudiesen ser afectados por otras maneras, sólo percibidas por ellos.

El DS 66/2013 establece que cada órgano de la Administración del Estado “que deba adoptar la medida objeto de consulta, será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta”, por lo cual, los criterios para determinar la procedencia y ejecutar la Consulta podrían variar dependiendo del órgano. Sin embargo, el mismo Reglamento establece que dichos órganos podrán “solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social.” Así, la Subsecretaría de Servicios Sociales podrá operar como una entidad unificadora de criterios, y dependerá en gran medida de ella la

---

<sup>144</sup>MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. *Op. Cit.*, p. 397.

apertura que el Estado tendrá para considerar los planteamientos de los pueblos indígenas al determinar la existencia de posibilidad de afectación, sin dejar de lado la aplicación del principio de proporcionalidad.

### **3.2.2 Susceptibilidad de afectación directa en las resoluciones de calificación ambiental**

El artículo 8 del DS 66/2013 contempla expresamente la Consulta Indígena dentro del SEIA, distinguiéndola de aquella aplicable a la generalidad de actos administrativos (artículo 7), y señalando que será la LBMA y el DS 40/2012 los cuerpos que la regularán.

Cómo ya se señaló, el artículo 83 del DS 40/2012 establece que se deberá efectuar una Consulta Indígena para el caso en que un proyecto ingresado al SEIA presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del DS 40/2012, y en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Si bien esto permite distinguir casos en que una eventual resolución de calificación ambiental podría afectar directamente a pueblos indígenas, el Reglamento exigiría acreditar la presencia de “efectos, características y circunstancias”, y no la posibilidad de su presencia.

Pasemos a analizar los artículos respectivos, con el objeto de observar cuándo para nuestra normativa ambiental es exigible la Consulta Indígena en las resoluciones de calificación ambiental.

### **3.2.2.1 Reasentamiento y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de pueblos indígenas**

La primera causal que analizaremos es la del artículo 7 del DS 40/2012, referida al reasentamiento de comunidades humanas o a su alteración en sistemas de vidas y costumbres. Este artículo señala:

“Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Se entenderá por comunidades humanas o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas, se considerará el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad.

Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

A objeto de evaluar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, se considerará la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos, en consideración a la duración o magnitud de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) La intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural.

b) La obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento.

c) La alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica.

d) La dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.

Para los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, además de las circunstancias señaladas precedentemente, se considerará la duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular.”

Cómo es posible observar, el Reglamento del SEIA al abordar los proyectos que generan reasentamiento de grupos humanos o alteración significativa en sus costumbres, distingue diversos elementos que deben ser estudiados por separados para efectos de establecer la exigibilidad de la Consulta Indígena en razón de este artículo.

En primer lugar, se define qué se entiende por comunidades humanas o grupos humanos afectados, para lo cual se señala que es “todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.” A lo anterior, es importante agregar que los grupos humanos que podrán exigir la aplicación de la Consulta Indígena también deberán cumplir con lo expuesto en el capítulo de esta investigación

referido al ámbito de aplicación del Convenio, pues en éste se analizó quiénes son los titulares de los derechos garantizados por el Convenio.

Si se invoca la causal del artículo 7 en estudio, debemos distinguir dos escenarios. El primero, en virtud del cual no se produce la exigibilidad de la Consulta sino que del derecho a otorgar el CPLI; y el segundo, en que sí será exigible.

El reasentamiento de comunidades humanas o grupos humanos, se entiende como “el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad.” Si esto se genera respecto a grupos humanos indígenas o comunidades pertenecientes a pueblos indígenas, este deberá “efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.” Esto implicaría que las comunidades o pueblos indígenas tendrían un verdadero derecho a veto sobre la medida que determine su reasentamiento o reubicación, conforme lo establece para estas situaciones el Convenio. Sin embargo, el mismo inciso del artículo 7, señala que “Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.” De esta manera, a pesar de que se requiere el consentimiento de las comunidades indígenas para ser reubicadas o reasentadas, este artículo del Reglamento del SEIA permite su reubicación cumpliendo ciertas condiciones,

debiendo interpretarse, en todo caso, de la forma más restrictiva posible, en coherencia con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del artículo 16 del Convenio.<sup>145</sup>

Por su parte, la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas sí constituye una causal para la obligación de Consulta. El artículo 7 señala que se considerará la generación de efectos adversos significativos sobre los sistemas de vida (el artículo señala “calidad de vida”, pero debe entenderse en relación a la causal del Convenio regulada) de éstos, en consideración a la duración o magnitud de: a) La intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional; b) La obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento; c) La alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica; d) La dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo; y e) duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular. Estos efectos se consideran como

---

<sup>145</sup>El artículo 16 del Convenio 169 señala en su número 1 que “A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.” Luego, en su mismo artículo, pero en el número 2, señala que “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”

causal del derecho a exigir una Consulta Indígena por parte de quienes sean afectados por un proyecto con estas características.

De una lectura coherente del artículo 7 con el Convenio, es necesario establecer que para las hipótesis distinguidas (es decir, las letras a, b, c y d), basta su posibilidad fundada de existencia para generar la obligación de Consulta. Esta interpretación permite mantener una línea entre el DS 66/2013 y el Convenio, pues evita la contradicción entre dichos cuerpos en lo que respecta a la suficiencia de exigir una “susceptibilidad de afectación” con una “afectación propiamente tal” como requisito de la Consulta Indígena.

En conclusión, el artículo 7 regula dos derechos para los pueblos indígenas interesados, cada uno con su propia causal. Por un lado, el derecho de los pueblos a exigir su CPLI en relación a medidas que generen su reubicación o desplazamiento, aun cuando, sin embargo, este derecho se encuentra eclipsado por las casuales que eximen a la autoridad de requerir dicho consentimiento. Por el otro, se establece como susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas la posibilidad de que un proyecto genere afectación de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas, siendo exigible la Consulta.

### **3.2.2.2 Localización próxima a poblaciones y recursos protegidos.**

La segunda causal que analizaremos es la del artículo 8 del DS 40/2012, referida a la proximidad del proyecto o actividad a poblaciones indígenas y recursos protegidos. Este artículo señala:

“Localización y valor ambiental del territorio.

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.

Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad.

Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización.

Se entenderá por recursos protegidos aquellos colocados bajo protección oficial mediante un acto administrativo de autoridad competente, con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental.

Se entenderá por áreas protegidas cualesquiera porciones de territorio, delimitadas geográficamente y establecidas mediante un acto administrativo de autoridad competente, colocadas bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental.

Se entenderá por humedales protegidos aquellos ecosistemas acuáticos incluidos en la Lista a que se refiere la Convención Relativa a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, promulgada mediante Decreto Supremo N° 771, de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

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.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o territorios con

valor ambiental, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar.”

Este artículo se refiere a la causal de ingreso al SEIA mediante la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental cuando un proyecto o actividad se localiza en, o próximo 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. Para nuestro caso, lo que estudiaremos son las causales de Consulta que, conforme al artículo 83, se verificarían por este artículo.

Si un proyecto o actividad se localiza en, o próximo a, poblaciones indígenas, deberá considerarse que concurre el requisito de susceptibilidad de afectación directa a una población indígena como causal de Consulta. Esto se entiende debido a que si existe una población indígena en la zona donde se pretende emplazar un proyecto, o bien, dicha población se ubica dentro del área de influencia del mismo, es lógico predecir que esta población podría ser afectada directamente por él.

El Reglamento del SEIA remite, en causales de Consulta Indígena, a éste artículo en otras de sus disposiciones. Así, el artículo 5 inciso final del

Reglamento del SEIA dispone que “en caso de que el proyecto o actividad genere o presente riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se entenderá que el proyecto es susceptible de afectarlos, en los términos del art. 8º, de manera que se exigirá un Estudio de Impacto Ambiental.”<sup>146</sup> Por su parte, el inciso final del artículo 9 dispone que “cuando el proyecto o actividad genere alteración significativa, en términos de magnitud y duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas, se entenderá que el proyecto es susceptible de afectarlos.”<sup>147</sup> La remisión se efectúa, al disponer el artículo que dicha afectación corresponde a “los términos del artículo 8 del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el artículo 7.” Por lo anterior, ésta causal del artículo 8 comprende más casos que los que propiamente su texto reconoce.

### **3.2.2.3 Patrimonio Cultural.**

La tercera causal que analizaremos, y última señalada por el artículo 83 del DS 40/2012, es la de su artículo 10, referida a la alteración del patrimonio cultural:

“Alteración del patrimonio cultural.

---

<sup>146</sup>MILLALEO H., S. 2014. *Ob. Cit.*, p. 88

<sup>147</sup>Idem

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará:

a) La magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288.

b) La magnitud en que se modifiquen o deterioren en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.

c) La afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.

El Reglamento del SEIA considera como un proyecto susceptible de afectar a pueblos indígenas aquellos proyectos que puedan alterar monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, que afecten a agrupaciones de personas o comunidades pertenecientes a pueblos indígenas.

Para determinar si se producen las alteraciones indicadas por el artículo, se considerará “Si las construcciones, lugares, o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.”<sup>148</sup> Así como también “la afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a pueblos indígenas.”<sup>149</sup>

El patrimonio cultural como objeto de protección de las normas que regulan la Consulta Indígena, y que generan su exigibilidad, es, precisamente, una consagración normativa del derecho de dichos pueblos a resguardar y proteger su identidad.

---

<sup>148</sup> MILLALEO H., S. 2014. *Ob. Cit.*, p. 89

<sup>149</sup> *Idem*

### **3.2.3 Tierras y territorio como elementos a considerarse en la determinación de la concurrencia de la existencia de una susceptibilidad de afectación**

En primer lugar, es importante enfatizar que una “dimensión del Convenio que resulta esencial para la preservación de la integridad y las formas de vida indígenas es la relación de los pueblos con la tierra.”<sup>150</sup> Esto se entiende, pues “desde una perspectiva internacional, el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales es un derecho humano en la medida en que se trate de un factor esencial de su identidad y forma de vida.”<sup>151</sup> Al ser un factor esencial de la identidad y forma de vida de los pueblos indígenas, es evidente la importancia que implica para el Convenio el resguardo de los derechos a las tierras y territorios indígenas.

La primera norma establecida por el Convenio que se debe analizar respecto a esta materia, se encuentra en su artículo 13, el cual dispone:

“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 otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

---

<sup>150</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. 2014. *Op. Cit.*, p. 144

<sup>151</sup> *Ibíd.*, p. 169

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.”

Por su parte, el artículo 14 N° 1 establece que:

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”

De los artículos antes citados, es posible observar que el Convenio establece “un derecho respecto de dos conceptos, que dan lugar a dos derechos (colectivos) distintos que el artículo 13 distingue, al hablar de tierra y territorio como dos cuestiones distintas.”<sup>152</sup> En este sentido, al hablar de la relación de los

---

<sup>152</sup> LILLO V., R. 2001. El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad. [En línea] Revista de Divulgación en antropología aplicada, 1(2): 7 <[http://200.10.23.169/trabajados/El%20convenio%20169%20de%20la%20OIT\\_lillo.pdf](http://200.10.23.169/trabajados/El%20convenio%20169%20de%20la%20OIT_lillo.pdf)>[Consulta: 21 mayo 2015]

pueblos indígenas con sus tierras, el Convenio pareciera referirse a la relación “establecida tradicionalmente en nuestros sistemas jurídicos y económicos occidentales: la propiedad privada. De esta manera, el Convenio establece el deber del Estado de dar protección efectiva a las tierras que los pueblos indígenas posean en propiedad o posesión [...]”<sup>153</sup> Mientras que por territorio, el Convenio “contiene una relación del hombre con la tierra y el espacio natural, muy diferente a la definida por el derecho de propiedad privada. El territorio no fragmenta el espacio, como se hace en la legislación chilena (y en general aquellos que consagran el derecho de propiedad), regulando sus diversos aspectos en normas diferentes (Código de Aguas, Código de Minería, Ley Eléctrica, DL 701, Constitución Política, etc.). El Convenio define el territorio como el hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera distinta (al dominio o posesión).”<sup>154</sup>

El Convenio efectuaría entonces una distinción interesante al señalar los dos tipos de derechos de los pueblos sobre sus tierras; el de propiedad y el de hábitat, sin embargo, no efectúa una definición de sus contenidos, generando la necesidad de su desarrollo doctrinario y jurisprudencial para su aplicación correcta. Sin perjuicio de lo anterior, una distinción crítica entre la propiedad civil y la indígena nos permite establecer que la primera es eminentemente individual, la segunda colectiva. Este carácter colectivo, de acuerdo a Mereminskaya, es posible observarlo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

---

<sup>153</sup>LILLO V., R. 2001. *Op. Cit.*, p.7

<sup>154</sup>Idem

Humanos, pues ésta “interpretó el concepto de “propiedad” del artículo 21 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en forma evolutiva, incorporando en él las formas de tenencia colectiva de la tierra.”<sup>155</sup>

Por otro lado, “el artículo 14 del Convenio prevé que los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas, y deben brindar la posibilidad real para que éstos pueden solucionar sus reivindicaciones de tierras.”<sup>156</sup> Así, junto con establecer una dimensión histórica del derecho a la tierra, promoviendo las políticas de restituciones, el Convenio reconoce la existencia de una relación jurídica particular entre un espacio geográfico y un grupo humano indígena, noción fundamental para entender los derechos de los indígenas sobre sus territorios.

Por la diversidad de medidas que puedan afectar la relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, su determinación se deberá efectuar caso a caso.<sup>157</sup> Así, por ejemplo, una medida podría afectar la exclusividad del goce de un pueblo indígena sobre un espacio geográfico respecto del cual tiene un derecho de propiedad (derecho a la tierra), mientras que otra podría afectar el uso sobre un espacio geográfico catalogado como todo o parte de su territorio (por ejemplo, tierras de pastoreo), o bien, afectar la disponibilidad del recurso hídrico del mismo.

---

<sup>155</sup> MEREMINSKAYA, E. 2011. *Op. Cit.* pp. 224-5

<sup>156</sup> *Ibidem.*, p. 241

<sup>157</sup> ANINAT S. I. 2014. *Op. Cit.*, p. 5

Por último, se debe mencionar que el artículo 7 del DS 66/2013 sólo habla de medidas que “sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando [...] la relación con sus tierras indígenas”, sin considerar la noción de territorio antes señalada.

En conclusión, los artículos 13 y 14 N° 1 del Convenio permiten distinguir claramente dos nociones esenciales de la relación de los pueblos indígenas con un espacio geográfico determinado: derecho a la tierra (propiedad) y al territorio (hábitat). Estos dos niveles de derechos determinarán caso a caso el análisis en que se pretenda establecer si una medida puede afectar a los pueblos indígenas, y, por tanto, sea exigible la obligación de Consulta a su respecto, aun cuando el DS 66/2013, en su artículo 7, sólo reconozca las tierras indígenas.

### **3.3 Análisis crítico de los requisitos de la Consulta Indígena en el DS 66/2013, en relación a lo dispuesto por el Convenio 169**

Como hemos observado, los dos aspectos centrales que determinan la necesidad de que una medida sea objeto de Consulta Indígena son: a) que se trate de medidas administrativas o legislativas; y b) que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Así, respecto del tipo de medida, pudimos observar que el Convenio no señala limitaciones a las medidas consultables según su naturaleza, pues el marco que permite determinar la generación del deber de Consulta es la “susceptibilidad de afectación”, y no el

tipo de medida. No obstante, nuestro Reglamento de Consulta Indígena sí establece como requisito características referidas al tipo de la medida, debiendo concluirse en esto la existencia de una contradicción con el Convenio.

Por ejemplo, en el DS 66/2013 sólo los “ante proyectos” de ley serían posibles de ser consultados, sin que, consecuentemente, pueda exigirse dicho derecho en la discusión legislativa. Esto es contradictorio con la forma en que se encuentra regulada la Consulta en el Convenio, pues ésta busca que “la opinión de los pueblos indígenas sea considerada, ponderada y pueda influir en el proceso de toma de decisiones públicas”<sup>158</sup>. Por su parte, en relación a los actos administrativos, el DS 66/2013 excluiría a los actos que se elaboran en base a mecanismos reglados que tienden a impedir la discrecionalidad al momento de su adopción, sin hacerse cargo de que lo que corresponde es que el Estado permita modificar o adecuar el procedimiento administrativo a la necesidad de que exista discrecionalidad para hacer parte a los indígenas en la adopción de la medida, conforme a lo que es el espíritu del Convenio.

El DS 66/2013 establece que una medida será susceptible de afectar a los pueblos indígenas cuando sea “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”. Así, el hecho de que el Reglamento estime que la susceptibilidad de afectación se constituye por

---

<sup>158</sup> CONTESSE S., J. 2012. *Op. Cit.*, p. 207

“impactos”, y no por la posibilidad de éstos, es contradictorio con el mismo término de “susceptibilidad”. En éste sentido, el estándar probatorio debe favorecer a los pueblos indígenas, no pudiéndoseles exigir acreditar la existencia de impactos, pesando sobre el Estado la obligación de demostrar que no hay afectación ni susceptibilidad de ella.<sup>159</sup>

Es importante que el Estado, al determinar la procedencia de la Consulta considere los planteamientos de los pueblos indígenas, pues ellos pueden ser afectados de formas no percibidas por el resto de la población. Esta postura no ha primado como política de Estado en la elaboración normativa, pues, por ejemplo, al establecerse en el Reglamento que para que la Consulta sea exigible los impactos afecten “el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”, el Estado adopta una postura unilateral respecto a la determinación de cuándo existirá afectación, sin permitir, en principio, que los pueblos indígenas aleguen otros derechos distintos. Sin embargo, una correcta lectura del Convenio permite establecer que el Estado debe considerar los planteamientos de dichos pueblos, para no afectar ni restringir su derecho a Consulta.

Para las resoluciones de calificación ambiental, si bien el DS 66/2013 y el DS 40/2012 permiten determinar cuándo una resolución podría afectar directamente a pueblos indígenas, pareciera ser que exigen acreditar la presencia de “efectos, características y circunstancias” para ello, asimilando los requisitos

---

<sup>159</sup>LÓPEZ V., R y MOHR A., T. 2014. *Op. Cit.*, p. 113

de la Consulta a la necesidad de presentar un EIA. De esta manera, tampoco bastaría para hacer exigible la Consulta Indígena acreditar que la resolución de calificación ambiental genera una posibilidad de afectación directa a un pueblo indígena determinado, como sí lo exigiría el artículo 6 del Convenio, siendo otra contradicción más entre nuestra normativa interna y el Convenio.

Es importante recordar que será la Subsecretaría de Servicios Sociales la que, desde la sede administrativa, deberá unificar los criterios para establecer la procedencia de la Consulta Indígena frente a las medidas administrativas, debiendo interpretar que bastará para ello con la posibilidad de que se produzcan impactos significativos o presencia de los efectos, características y circunstancias de la LBMA. Esto, se puede fundamentar en que por principio de jerarquía normativa, el Reglamento debe interpretarse a la luz del Convenio, y no contrario a él. Además, dicho organismo deberá aplicar la doctrina en que se consideren los planteamientos de los pueblos indígenas para determinar la existencia de susceptibilidad de afectación directa, para no restringir la aplicación del Convenio. Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad debe dar aplicación al principio de proporcionalidad, con el objetivo de evitar que la Consulta se vuelva impracticable.

Por último, los artículos 13 y 14 N° 1 del Convenio permiten distinguir claramente dos nociones esenciales de la relación de los pueblos indígenas con un espacio geográfico determinado: derecho a la tierra (propiedad) y al territorio (hábitat). Estos dos niveles de derechos determinarán caso a caso el análisis en

que se pretenda establecer si una medida puede afectar a los pueblos indígenas, y, por tanto, sea exigible la Consulta a su respecto. Aun cuando el Reglamento, en su artículo 7 sólo reconozca las tierras indígenas como bien jurídico posible de ser afectado, y nada señale del territorio, deberán considerarse ambos derechos, pues de lo contrario se restringiría la aplicación del Convenio y el resguardo de los derechos que establece.

## **Capítulo IV. La Consulta Indígena frente a ciertas medidas administrativas relevantes para los proyectos mineros**

En este capítulo se abordará, específicamente, la manera en que ciertas medidas administrativas en torno a proyectos mineros deberán ser objeto de Consulta Indígena. Para esto, será necesario determinar, en primer lugar, qué entenderemos por “proyectos mineros”, para lo cual analizaremos las definiciones establecidas por los mismos gremios de minería y por las disposiciones legales o reglamentarias que tengan como objeto regulatorio el sector minero o ambiental. Con posterioridad se analizarán ciertos actos de la autoridad que son relevantes para la actividad minera y que pudiesen ser objeto de Consulta: concesiones mineras, resoluciones de calificación ambiental y resoluciones de derechos de aprovechamiento de aguas.

En relación a lo anterior, es importante señalar que los proyectos mineros en promedio pueden solicitar entre 500 a 600 permisos de distinta naturaleza para su operación,<sup>160</sup> por lo cual, entendiendo que excede las pretensiones de este trabajo abordar cada uno de estos permisos involucrados en la actividad minera, es importante reiterar los criterios que hemos utilizado para seleccionar las medidas que estudiaremos.

---

<sup>160</sup>MINERÍA CHILENA. 2014. Reglamento obligaría a más de una consulta [en línea]<<http://www.mch.cl/reportajes/reglamento-obligaria-mas-de-una-consulta/>> [consulta: 2noviembre 2014]

En primer lugar, veremos la Consulta Indígena en relación a las concesiones mineras debido al interés investigativo en analizar la contradicción presente entre el Convenio y nuestra legislación en esta materia. Según el artículo 15 del Convenio existe una obligación, bajo ciertas condiciones, de consultar los proyectos de exploración y prospección minera, lo cual conforme a nuestra legislación implicaría hacer consultables los actos judiciales, pues las concesiones se otorgan por resoluciones de tal carácter, las cuales, por su naturaleza, no estarían comprendidas dentro del artículo 6 del Convenio. Es importante tener en cuenta que la OIT estima que “el Convenio subraya particularmente la necesidad de consultar en ciertas circunstancias que incluyen la Consulta previa a la prospección o la explotación de los recursos del subsuelo y a la reubicación y la enajenación de tierras.”<sup>161</sup>

El otro caso que nos interesa estudiar es la Consulta Indígena frente a las resoluciones de calificación ambiental, pues, de acuerdo a lo que ya se vio en el capítulo anterior, actualmente son abordadas específicamente por el DS 66/2013. Esto tiene gran importancia, pues estos frecuentemente requieren evaluarse ambientalmente, de acuerdo a lo que se verá más adelante, y por lo cual, adquiere un gran sentido práctico clarificar cuando operaría la Consulta en estos casos.

---

<sup>161</sup>OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO- GINEBRA. 2013. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. 1ª Ed. Ginebra. OIT, p. 13.

Por último, abordaremos las resoluciones que conceden derechos de aprovechamiento de aguas, debido a que es un recurso natural de gran importancia tanto para la actividad minera como para los pueblos indígenas. Cabe recordar que tal como señalaron Yáñez y Molina, “Los territorios indígenas se presentan como el principal blanco de las compañías mineras para la extracción de agua”<sup>162</sup>, esto debido, principalmente, a la relevancia que tiene dicho recurso para los procesos de beneficio minero.

Ahora bien, para poder efectuar un adecuado análisis de las medidas señaladas en los párrafos anteriores, es importante aclarar qué entenderemos por proyectos mineros, pues dichas medidas son parte de (e incluso necesarias para) dicha actividad.

#### **4.1 Definiciones y características de los proyectos mineros**

La primera definición que abordaremos es la establecida por un ente gremial internacional de la industria minera, el Consejo Internacional de Minería y Metales. Dicho ente gremial establece una noción interesante para el objeto de ésta investigación, pues su definición consiste en una descripción de la industria minero-metalúrgica, señalando que es aquella que “se dedica a la extracción y procesamiento de recursos minerales cuando el tamaño y la calidad de un depósito mineral permiten realizar un proyecto económicamente viable.”<sup>163</sup>La

---

<sup>162</sup>YÁÑEZ F.N. y MOLINA O., R. 2009. *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>163</sup>CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES. 2010. *Op. Cit.* p. ii

descripción continúa, pues señala que “los minerales extraídos se refinan para convertirlos en materiales que se usan en la producción de diversos bienes para el mercado mundial.”<sup>164</sup> Así, podemos definir que la extracción y refinación de minerales constituyen lo que se entenderá como actividad minera; todo proyecto minero incluiría al menos una de estas dos etapas.

Por su parte, nuestra legislación también describe a la actividad minera. En efecto, según Ossa Bulnes:

“Nuestro Código de Minería distingue tres etapas en la actividad minera: la exploración, la explotación y el beneficio. Trataremos de definirlas:

La primera tiene por finalidad investigar la existencia de nuevos yacimientos y profundizar el conocimiento de los ya descubiertos.

La explotación, a su vez, consiste en extraer las sustancias minerales del depósito del cual forman parte.

En el beneficio, por último, se procesan las sustancias extraídas, para aumentar su concentración y librarlas de impurezas, poniéndolas así en aptitud de ser elaboradas.”<sup>165</sup>

Así, de esta manera, es interesante advertir que las mismas actividades que señala el ICMM son comprendidas por parte de nuestra legislación, según la

---

<sup>164</sup> CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES. 2010. *Op. Cit.*

<sup>165</sup> OSSA B., J. 2007. *Tratado de Derecho de Minería*. Tomo I, 4ª Ed. Santiago. Ed. Jurídica de Chile, p. 11

doctrina, agregando, sin embargo, la actividad de exploración. Es importante agregar que el análisis efectuado por Ossa es referido a nuestro Código de Minería, y a la regulación del Derecho Minero en general.

Existe una definición reglamentaria específica de la industria o actividad minera consagrada en el artículo 5 del Reglamento de Seguridad Minera, Decreto Supremo Nº 132/2002 del Ministerio de Minería. A pesar de que pareciera referirse a una actividad más específica, pues habla de “industria minera extractiva”, su definición de la actividad minera es bastante amplia, comprendiendo desde la exploración hasta el beneficio y embarque de los minerales. Así, según lo establecido por dicho reglamento:

“Para los efectos del presente Reglamento, el nombre de Industria Extractiva Minera designa a todas las actividades correspondientes

a:

- a) Exploración y prospección de yacimientos y labores relacionados con el desarrollo de proyectos mineros.
- b) Construcción de proyectos mineros.
- c) Explotación, extracción y transporte de minerales, estériles, productos y subproductos dentro del área industrial minera.
- d) Procesos de transformación pirometalúrgicos, hidrometalúrgicos y refinación de sustancias minerales y de sus productos.
- e) Disposición de estériles, desechos y residuos. Construcción y operación de obras civiles destinadas a estos fines.

f) Actividades de embarque en tierra de sustancias minerales y/o sus productos.

g) Exploración, prospección y explotación de depósitos naturales de sustancias fósiles e hidrocarburos líquidos o gaseosos y fertilizantes.

La Industria Extractiva Minera incluye, además, la apertura y desarrollo de túneles, excavaciones, construcciones, y obras civiles que se realizan por y para dicha industria y que tengan estrecha relación con las actividades indicadas en el inciso anterior.”

Esta definición describe diversas actividades relacionadas con la industria minera, comprendiendo desde las obras de exploración, extracción, transporte, generación de residuos y refinación de los minerales extraídos a través de la actividad de beneficio minero.

También es interesante advertir como el Reglamento de Seguridad Minera distingue a la “industria extractiva minera” de las “faenas mineras”, considerando a estas últimas, según su artículo 6, como:

“todas las labores que se realizan, desde las etapas de construcción, del conjunto de instalaciones y lugares de trabajo de la Industria Extractiva Minera, tales como minas, plantas de tratamiento, fundiciones, refinerías, maestranzas, talleres, casas

de fuerza, muelles de embarque de productos mineros, campamentos, bodegas y, en general, la totalidad de las labores, instalaciones y servicios de apoyo e infraestructura necesaria para asegurar el funcionamiento de la Industria Extractiva Minera.

Para los efectos del presente reglamento, se entiende por:

Exploración al conjunto de acciones y trabajos que permiten identificar, mediante la aplicación de una o más técnicas de reconocimientos geológicos, zonas de características favorables para la presencia de acumulaciones de minerales y yacimientos;

Prospección al trabajo geológico minero conducente a examinar o evaluar el potencial de recursos mineros detectados en una exploración.

Operación Minera a la exploración, construcción, desarrollo, producción y cierre de faenas mineras.

Obras civiles a los trabajos desarrollados tanto para los estudios preliminares como para la construcción misma de una faena minera.”

Como es posible observar, la industria extractiva se desarrolla a través de las faenas mineras, debiendo entenderse por estas últimas las actividades y obras que permiten el desarrollo material de una industria minera determinada.

Otra noción o definición que cabe tener presente al referirnos a actividad minera, es la que da la legislación ambiental a los proyectos mineros. En esta

legislación se utiliza el término de “proyectos de desarrollo minero”, los cuales consistirían en “aquellas acciones u obras cuyo fin es la extracción o beneficio de uno o más yacimientos mineros y cuya capacidad de extracción de mineral es superior a cinco mil toneladas mensuales (5.000 t/mes).”<sup>166</sup> A pesar de que esta definición es específica para efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sí es importante para nuestra investigación, pues será la definición necesaria para evaluar si un proyecto requiere de una resolución de calificación ambiental para poder materializarse.

Por todo lo anterior, y en síntesis, cuando en esta investigación se hace referencia a proyectos mineros, se está refiriendo a aquellos proyectos que comprenden las actividades de exploración, extracción, y beneficio de minerales. Por su parte, los eventuales impactos de esta actividad a los pueblos indígenas, pueden provenir desde la misma actividad de extracción (pues se generaría una intervención física en un territorio determinado), así como también del transporte de minerales y disposición de residuos, siendo, por tanto, múltiples las eventuales afectaciones a los pueblos indígenas.

#### **4.2 Análisis de la exigibilidad de la Consulta Indígena respecto a ciertas medidas relativas a proyectos mineros**

El objetivo central de este trabajo es establecer cuándo existe la necesidad de consultar a los pueblos indígenas por la existencia de medidas administrativas

---

<sup>166</sup> Artículo 3 letra i.1 del DS 40/2013

susceptibles de afectarlos directamente, a la luz de lo que establece el DS 66/2013.

Primero abordaremos las concesiones mineras, analizando la contradicción existente entre el texto del Convenio 169 y nuestra legislación, pues el Convenio por un lado se señala la obligación de consultar los proyectos de exploración y prospección minera, pero por otro el mismo Convenio señala como medidas consultables las administrativas y legislativas, no las judiciales. Con posterioridad estudiaremos la obligación de iniciar un proceso de Consulta Indígena cuando los proyectos mineros requieren ingresar al SEIA y obtener una resolución de calificación ambiental para su ejecución. En este punto, será especialmente interesante abordar si las demás medidas administrativas que deriven del proceso de evaluación ambiental y que serían consideradas como susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, requieren o no ser consultadas. Por último, se estudiarán las resoluciones involucradas en la constitución de derechos de aguas y cómo podrían ser éstas objeto de Consulta Indígena.

#### **4.2.1 Las concesiones mineras.**

Nuestra constitución distingue entre sustancias que pueden ser objeto de concesiones mineras de exploración y explotación, de las que no, para las cuales se podrán otorgar concesiones administrativas y contratos de operación, conforme a lo que señala el artículo 19 N° 24, incisos 7° y 10° de la Constitución.

Por lo anterior, existen dos regímenes jurídicos en nuestra legislación para los proyectos mineros que se desarrollen, regímenes que estarán determinados por la sustancia mineral sobre la cual recaiga.

#### **4.2.1.1 Concesiones de exploración y explotación**

En primer lugar, debemos definir a la concesión minera como “el derecho real, inmueble y de duración indefinida, que otorga a su titular, en todo el ámbito de su extensión territorial, las facultades exclusivas de investigar la existencia de minerales concesibles y de extraer para sí todas esas sustancias, haciéndose dueño de ellas a medida que las extraiga [...]”.<sup>167</sup> A su vez, de acuerdo al artículo 19 N° 24, incisos 7° y 8° de la Constitución, las sustancias que pueden ser objeto de concesiones de exploración y explotación sólo podrán constituir o extinguir su respectiva concesión mediante resolución judicial. Esto es confirmado por el artículo 34 del Código de Minería, el cual señala que “Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona.”

De esta manera, al ser los actos de constitución de concesiones mineras resoluciones judiciales y no actos administrativos, los actos que otorguen concesiones mineras no requerirán de Consulta Previa para su validez conforme al artículo 6 del Convenio y 7 del DS 66/2013, pues estos artículos sólo se refieren a medidas administrativas y legislativas, excluyendo a las judiciales.

---

<sup>167</sup> OSSA B., J. 2007. *Op. Cit.*, p. 125

Ahora bien, es evidente que si el acto principal que permite a los particulares explorar y explotar yacimientos mineros se encuentra excluido del deber de Consulta, la regulación de este tema no sería acorde a los estándares internacionales que asumió el Estado chileno al ratificar el Convenio. En efecto, existe un claro deber programático al gobierno para crear mecanismos que permitan consultar a los pueblos indígenas previo a la prospección o explotación de recursos mineros, de acuerdo al artículo 15 del Convenio, el cual señala que “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados [...], antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.” Por lo anterior, sería coherente con el Convenio 169 que se establecieran procedimientos de Consulta para los procedimientos de constitución de concesiones mineras.

Lo anterior, implicaría la necesidad de adecuar la legislación nacional, pudiendo plantearse, por ejemplo, que las concesiones mineras se otorguen a través de actos administrativos, permitiendo así la participación de los pueblos indígenas en la adopción de estos actos, resguardando así sus intereses en sus tierras y territorios.

Pasemos ahora a ver, la situación de los proyectos mineros que tengan por objeto la explotación, exploración o beneficio de sustancias no susceptibles de concesión.

#### **4.2.1.2 Situación de las sustancias no susceptibles de concesión**

El inciso 10 del artículo 19 N° 24 de la Constitución y el artículo 8 del Código de Minería se refieren a las sustancias no concesibles. Al respecto, la norma constitucional señala que:

“La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas

o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.”

Por otro lado, el artículo 8 del Código de Minería señala que:

“La exploración o la explotación de las sustancias que, conforme al artículo anterior, no son susceptibles de concesión minera, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.”

Por lo tanto, la Constitución, al establecer que el Presidente de la República fijará para cada caso el procedimiento mediante el cual se autorizará la exploración y explotación de sustancias minerales no susceptibles de concesión, otorga amplitud para definir el procedimiento mediante el cual se adoptará la medida que otorgue la concesión, permitiendo la existencia de un margen amplio de discrecionalidad para la elaboración de aquella medida, lo cual configuraría el cumplimiento de los requisitos del artículo 7 del DS 66/2013 para exigir el inicio de un procedimiento de Consulta.

Por otro lado, esta situación también sería aplicable a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción

nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional.

#### **4.2.1.3 Análisis crítico de las concesiones mineras en Chile frente a la Consulta Indígena**

Para el desarrollo de todo proyecto minero, se requerirá obtener una concesión, ya sea bajo el régimen general de concesiones judiciales sobre yacimientos de sustancias concesibles, o bien, concesiones administrativas sobre yacimientos de sustancias minerales no concesibles. Por tanto, el acto que permite la exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales siempre requerirá de una concesión, ya sea judicial o administrativa.

En el caso de las concesiones mineras judiciales, y a pesar de lo establecido por el Convenio, la Consulta Indígena no será exigible por los pueblos indígenas interesados, aun cuando se cumpla el requisito de susceptibilidad de afectación directa. Así, es claro que deben formularse modificaciones a nuestra legislación que permitan a dichos pueblos, en cuyas tierras o territorios se emplacen actividades mineras, ser consultados sobre las concesiones mineras judiciales, cumpliendo de esta manera con lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio.

Aunque se considere que los actos que conceden concesiones, a pesar de ser dictados judicialmente, son parte de la esfera administrativa del Estado, y por

tanto, debiesen ser considerado como actos administrativos, éste acto provendría de un procedimiento legalmente reglado, y por lo cual, no se le podría exigir al juez cambiar las normas del procedimiento para permitir iniciar un procedimiento de Consulta Indígena, pues actuaría contrario a derecho. En un sentido similar, Donoso plantea que “El Código de Minería establece claramente cuáles son los plazos y procedimientos para el otorgamiento de una concesión minera y, por lo tanto, estamos en presencia de un acto reglado. Si alguien quisiera argumentar que la concesión minera es una medida administrativa dictada por los tribunales de justicia, igual estamos frente a un acto de naturaleza reglada y, por ende, aplicando el reglamento no procedería la consulta.”<sup>168</sup>.

Lo descrito en el párrafo anterior, simplemente expresa la necesidad de aclarar y adecuar nuestra normativa legal y reglamentaria al Convenio. En este sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su informe sobre la situación de Chile en la sesión de diciembre de 2012, publicada en febrero de 2013, ya ha advertido que “el Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contenían disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas en caso de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión.”<sup>169</sup> Así, esta Comisión ya representó al Estado de Chile la necesidad de

---

<sup>168</sup>MINERÍA CHILENA. 2014. *Op. Cit.*

<sup>169</sup>COMISION DE EXPERTOS EN APLICACION DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. OIT-GINEBRA. 2013Chile. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) (ratificación: 2008) [en línea]<<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/chile-oit/1655-2013-ceacr-oit-chile.HTML>> [consulta: 2 noviembre 2014].

contemplar en la legislación minera procesos de Consulta Indígena, y por tanto, adecuar nuestra legislación en esta materia al Convenio.

#### **4.2.2 Resoluciones de calificación ambiental referidas a proyectos mineros**

Los proyectos mineros pueden requerir ingresar al SEIA, y por lo cual, la necesidad de realizar un proceso de Consulta se encontrará íntimamente ligada al proceso de evaluación ambiental. Para entender esto, debemos abordar, en primer lugar, la hipótesis de ingreso de un proyecto minero al SEIA, para luego ver las implicancias que esto puede tener para la necesidad de iniciar un proceso Consulta Indígena.

La legislación ambiental establece la necesidad de que los proyectos de desarrollo minero deben ingresar al SEIA, pues de acuerdo al artículo 10 letra i) de la LBMA, deberán evaluarse ambientalmente “i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda”. Precizando lo anterior, el Reglamento del SEIA define a los proyectos de desarrollo minero como “aquellas acciones u obras cuyo fin es la extracción o beneficio de uno o más yacimientos mineros y cuya capacidad de extracción de mineral es superior a cinco mil toneladas mensuales (5.000 t/mes).” Por lo anterior, sólo los proyectos mineros que pretendan ejercer las actividades de prospección, explotación y beneficio de

uno o más yacimientos mineros en una capacidad mineral superior a 5.000 t/mes, deberán ser evaluados ambientalmente.

Habiendo establecido que los proyectos mineros deben ingresar al SEIA cuando cumplan las condiciones establecidas en el párrafo anterior, corresponde preguntarse si un proyecto sometido al SEIA puede ser objeto del derecho de Consulta Indígena.

De acuerdo a lo ya visto con anterioridad, el DS 66/2013 y el DS 40/2012 permiten determinar cuándo una resolución de calificación ambiental podría afectar directamente a pueblos indígenas; cuando el proyecto presente los efectos, características o circunstancias de los artículos 7, 8 y 10 del DS 40/2012, referidos al reasentamiento de poblaciones indígenas, proximidad a éstas, patrimonio cultural, y, por remisión de los artículo 5 y 9 del mismo Reglamento, a la afectación a su salud y al valor paisajístico. Por lo anterior, para evaluar la exigibilidad de la Consulta Indígena respecto a una resolución que aprueba ambientalmente un proyecto de desarrollo minero, deberá acreditarse, por ejemplo, que el proyecto genera reasentamiento de poblaciones indígenas o genera impactos significativos sobre patrimonio cultural del pueblo indígena interesado.

Si bien por los textos del DS 40/2012 y 66/2013 puede entenderse que se asimilan las causales de la Consulta a la necesidad de presentar un EIA, y por tanto no bastaría con acreditar una posibilidad de afectación, la autoridad debiese

aplicar el principio de jerarquía, reconociendo la suficiencia de dicha posibilidad para gatillar un proceso de consulta. Además, la autoridad debiese estimar las consideraciones propias de los pueblos indígenas al analizar la susceptibilidad de afectación, pues dichos pueblos pueden ser perturbados de formas no visibles para el resto de la comunidad nacional, y aplicar, además, el principio de proporcionalidad.

Por último, en el caso que de un proyecto haya sido objeto de Consulta Indígena y haya obtenido una calificación ambiental favorable, si sufre modificaciones significativas que impliquen la necesidad de que ingrese dichas modificaciones al SEIA conforme al artículo 8 de la LBMA, sólo deberá ser consultado si las modificaciones pueden generar una afectación en los términos señalados en los párrafos anterior.

#### **4.2.3 Medidas administrativas que otorgan derechos de aguas.**

En nuestra legislación, las aguas son bienes nacionales de uso público sobre los cuales se otorgan derechos de aprovechamiento. El Código de Aguas establece en su artículo 20 que “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.” En este sentido, los derechos de aprovechamiento se constituyen por acto de la Dirección General de Aguas y, excepcionalmente por acto del Presidente de la República. En efecto, el

artículo 147 bis del mismo código nos señala que “El derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas, o bien, mediante decreto supremo del Presidente de la República, en el caso previsto en el artículo 148.” Con lo anterior, es claro que el acto mediante el cual se otorga un derecho de aprovechamiento de aguas es un acto administrativo, y, por tanto, posible de ser objeto de Consulta Indígena.

Existen distintas clasificaciones sobre los derechos de aprovechamiento. En este sentido, consideramos útil advertir sobre qué tipo de aprovechamiento de aguas se puede constituir derechos. En primer lugar, hay que distinguir entre los derechos consuntivos y no consuntivos; “Los primeros facultan a su titular para usar las aguas y consumirlas totalmente en cualquier actividad. Los derechos no consuntivos permiten emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho (artículos 13 y 14).”<sup>170</sup> También debemos distinguir los derechos de ejercicio permanente y eventual, siendo los primeros los que “se otorgan con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a las disposiciones del Código, así como los que tengan esta calidad con anterioridad a su promulgación. Facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas (art. 17).”<sup>171</sup> Los segundos, son aquellos que “sólo facultan para usar el

---

<sup>170</sup>SEGURA R., F. 2009. Derecho de Aguas. 4ª Ed. Santiago. Legal Publishing Chile., p. 67

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 68.

agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente (art. 18).<sup>172</sup> También se distingue entre derechos de ejercicio continuo, discontinuo y alternado. “Los primeros permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las 24 horas del día. Los derechos de ejercicio discontinuo sólo permiten usar el agua durante determinados períodos, que se establecen en el acto constitutivo, por ejemplo: de marzo a junio o la primera semana de cada mes, etc. Por fin los derechos de ejercicio alternado son aquellos que se solicitan en este carácter por dos o más personas de manera que el uso de agua se distribuye entre ellas mediante el sistema de turnos.”<sup>173</sup> Por último, podemos distinguir entre derechos inscritos o no inscritos. Los primeros, son los “constituidos en conformidad al Código de Aguas artículos 20 y siguientes”<sup>174</sup> y los segundos son “todos los derechos e incluso simples usos que eran amparados por la legislación anterior, y como son anteriores al Código no constan en el sistema de registro único.”<sup>175</sup>

Atendido lo anterior, resulta claro que para determinar la susceptibilidad de afectación de un pueblo indígena en razón del otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas a un titular de un proyecto minero, el tipo de derecho de aprovechamiento que se pretende constituir. Así, el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento consuntivo y permanente, generaría muy probablemente una mayor afectación que un derecho no consuntivo y eventual,

---

<sup>172</sup> SEGURA R., F. 2009.Op. Cit., p. 68

<sup>173</sup> Ibídem, pp. 68-9.

<sup>174</sup> Ídem, p. 69.

<sup>175</sup> Ídem

dada la explotación que se autorizaría del recurso. Por lo anterior, esta posibilidad de afectación a los pueblos indígenas deberá ser considerada técnicamente al momento de analizar la necesidad de iniciar un procedimiento de Consulta Indígena.

Pasemos a ver brevemente el procedimiento de la solicitud de derechos de aprovechamiento, con el objeto de determinar con posterioridad la exigibilidad de la Consulta Indígena para el acto administrativo que se dicte.

#### **4.2.3.1 Procedimiento para la obtención de derechos de aprovechamiento de aguas**

La solicitud de derechos de aprovechamiento “se dirige siempre a la Dirección General aun cuando se presenta ante la Dirección Regional u oficina comunal que ejerce sus facultades en el lugar en que se encuentran las aguas que se solicitan.”<sup>176</sup> Los requisitos que debe cumplir la solicitud se encuentran en el artículo 140 del Código de Aguas<sup>177</sup> y “deberá publicarse, a costa del

---

<sup>176</sup>SEGURA R., F. 2009. *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>177</sup>El artículo 140 Código de Aguas señala que “La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener:

1. El nombre y demás antecedentes para individualizar al solicitante. El nombre del álveo de las aguas que se necesita aprovechar, su naturaleza, esto es, si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas, y la provincia en que estén ubicadas o que recorren.

Tratándose de aguas subterráneas, se precisará la comuna en que se ubicará la captación y el área de protección que se solicita;

2. La cantidad de agua que se necesita extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo. Tratándose de aguas subterráneas, deberá indicarse el caudal máximo que se necesita extraer en un instante dado, expresado en medidas métricas y de tiempo, y el volumen total anual que se desea extraer desde el acuífero, expresado en metros cúbicos;

interesado, dentro de treinta días contados desde la fecha de su recepción por una sola vez en el Diario Oficial los días primero o quince de cada mes o el primer día hábil inmediato si aquéllos fueren feriados, y en forma destacada en un diario de Santiago.” Las presentaciones que recaigan sobre la constitución de derechos fuera de la región metropolitana, “se publicarán, además, en un diario o periódico de la provincia respectiva y si no hubiere, en uno de la capital de la región correspondiente.” Sin perjuicio de estas publicaciones, “podrá ordenarse la notificación personal cuando aparezca de manifiesto la individualidad de la o las personas afectadas con la presentación y siempre que el número de ellas no haga dificultosa la medida.”<sup>178</sup>

Frente a la solicitud de un derecho de aprovechamiento puede surgir oposición<sup>179</sup>, cuyo fundamento “es la existencia en el mismo Álveo de otros derechos que puedan ser perjudicados por la escasez del recurso o por la forma

---

3. El o los puntos donde se desea captar el agua. Si la captación se efectúa mediante un embalse o barrera ubicado en el álveo, se entenderá por punto de captación aquél que corresponda a la intersección del nivel de aguas máximas de dicha obra con la corriente natural. En el caso de los derechos no consuntivos, se indicará, además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución;

4. El modo de extraer las aguas;

5. La naturaleza del derecho que se solicita, esto es, si es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas, y

6. En el caso que se solicite, en una o más presentaciones, un volumen de agua superior a las cantidades indicadas en los incisos finales de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5, el solicitante deberá acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. Para estos efectos, la Dirección General de Aguas dispondrá de formularios que contengan los antecedentes necesarios para el cumplimiento de esta obligación. Dicha memoria se presentará como una declaración jurada sobre la veracidad de los antecedentes que en ella se incorporen.”

<sup>178</sup>SEGURA R., F. 2009. *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>179</sup>Debido a que excede el objetivo de este trabajo, no analizaremos la distinción entre oposición formal e informal, debido a que sólo nos referiremos a la primera por ser, propiamente tal, una verdadera oposición. Si se pretende profundizar en esta distinción, se recomienda ver: *Ibidem*, pp. 76-80.

y lugar en que pretenden extraerse aquellos que se solicitan.”<sup>180</sup>Presentada la oposición, se concede un traslado al solicitante y, conforme al artículo 134 del Código de Aguas, la “Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de parte y dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción de los antecedentes que le enviaren los Gobernadores o desde la contestación de la oposición o desde el vencimiento del plazo para oponerse o para contestar la oposición, según sea el caso, podrá, mediante resolución fundada, solicitar las aclaraciones, decretar las inspecciones oculares y pedir los informes correspondientes para mejor resolver.”

Por último, para analizar el tipo de resolución que se deberá dictar es necesario distinguir dos situaciones. En efecto, si a la solicitud no se ha deducido oposición, o bien, deducida se ha rechazado, la Dirección General de Aguas otorgará el derecho si se cumplen dos condiciones copulativas: a) Existen aguas disponibles; y b) Es legalmente procedente la solicitud.<sup>181</sup> Si por otro lado, se acoge una oposición deducida, es decir, “se estimó que la solicitud provoca perjuicios a derechos ya constituidos. En tal caso se denegará la solicitud.”<sup>182</sup>

Así, hemos podido apreciar, a modo general y sucinto, el procedimiento de obtención de derechos de aprovechamiento de aguas y la forma en que se encuentra reglada la dictación del acto que las otorga. Ahora corresponde analizar si la resolución mediante la cual se conceden derechos de agua puede

---

<sup>180</sup> SEGURA R., F. 2009. *Op. Cit.*, p. 76.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p.83

ser considerada como una medida administrativa consultable en virtud del Convenio 169 y su reglamento.

#### **4.2.3.2 Análisis crítico de los actos que resuelven solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas como medidas susceptibles de Consulta Indígena**

Los actos que otorgan derechos de aprovechamiento se dictan de manera reglada, pues provienen tanto de un procedimiento reglado así como la discrecionalidad para otorgarlo es reglada. En este sentido, la Contraloría General de la República concuerda con éste criterio en un dictamen sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento, en lo referido eso sí, a la constitución de estos derechos sobre aguas subterráneas. Dicho dictamen estableció que la autoridad “posee una potestad de carácter reglado para constituir los derechos que se soliciten sobre aguas subterráneas, en términos que concurriendo las exigencias previstas en la normativa en vigor, tiene que disponer el reconocimiento pertinente.”<sup>183</sup>

En relación a la elaboración del acto que otorga derechos de aprovechamiento de aguas, es aplicable a su respecto la noción de discrecionalidad técnica, pues es un acto que se deberá dictar conforme al mérito de evaluaciones que permitan estimar si existen aguas disponibles y si la solicitud cumple con los demás requisitos exigidos por la norma. De esta manera, serán

---

<sup>183</sup> Contraloría General de la República, Dictamen N° 5.215, 31 de enero, 2006.

las motivaciones técnicas las que determinarán el contenido del acto administrativo. Una excepción a lo anterior, sería el caso de que el derecho lo otorgue el Presidente de la República, pues, siendo excepcional y por causas estrictas, no existe un procedimiento reglado y éste tendrá un amplio margen de discrecionalidad para determinar su otorgamiento.

La distinción entre actos reglados de aquellos que no lo son, es para efectos de establecer la exigibilidad de iniciar un proceso de Consulta Indígena, pues el hecho de que los actos que otorgan derechos de aguas sean reglados, tanto en su procedimiento como en la forma de otorgarlos, implicaría que no podrían ser objeto de Consulta conforme al artículo 7 del DS 66/2013. Esta noción, claramente supondría una limitación a la aplicación del deber de Consulta que no sería concordante con el sentido y el texto del Convenio 169, pues, junto con reiterar que el requisito de que sólo las medidas administrativas que provengan de procedimientos no reglados puedan ser objeto de Consulta no aparece como tal en el convenio, nuestra legislación dejaría en desamparo a las comunidades o pueblos indígenas que, siendo afectadas por una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas, no podrían ejercer los derechos que el Convenio les establece. De esta manera, es evidente la necesidad de modificar la regulación de aguas, así como el DS 66/2013, para adecuar nuestra normativa al texto del Convenio.

Cabe hacer presente, que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su informe sobre la situación de

Chile en la sesión de diciembre de 2012, publicada en febrero de 2013, ya ha advertido sobre la necesidad de introducir modificaciones al Código de Aguas, como ya fue referenciado.<sup>184</sup>

### **4.3 Análisis crítico del marco regulatorio de la exigibilidad de la Consulta Indígena para las medidas estudiadas en éste capítulo**

En este capítulo, se estudió la exigibilidad de la Consulta Indígena respecto a ciertas medidas relevantes para proyectos mineros.

Así, se advirtió que las concesiones mineras presentan un problema particular para el cumplimiento del Convenio en nuestra legislación, pues son otorgadas, para las sustancias susceptibles de concesión, mediante actos judiciales, lo cual las dejaría fuera del ámbito de aplicación de la Consulta Indígena.<sup>185</sup> En razón de lo anterior, y dado la relevancia que tiene el acto que otorga la concesión para el titular de un proyecto minero y para eventuales pueblos indígenas afectados, es importante corregir estos aspectos de nuestra legislación con el objeto de poder aplicar la Consulta Indígena para estos actos conforme al artículo 15 del Convenio.

---

<sup>184</sup>COMISION DE EXPERTOS EN APLICACION DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. OIT-GINEBRA. 2013. *Op. Cit.*

<sup>185</sup>Cabe recordar, que las sustancias no sujetas al régimen ordinario de concesiones sí podrían ser objeto de consulta indígena al provenir de actos administrativos en los que, incluso, existirían márgenes amplios de discreción.

Por otra parte, respecto a las resoluciones de calificación ambiental que aprueban proyectos mineros, la Consulta Indígena sería exigible si el proyecto presenta los efectos, características y circunstancias de los artículos 7,8 y 10 del DS 40/2013, sin perjuicio de que la autoridad debiese considerar como suficiente la posibilidad de dichos efectos. Además, la autoridad debiese estimar las consideraciones propias de los pueblos indígenas en su análisis, pues estos pueblos pueden ser perturbados de formas no visibles para el resto de la comunidad nacional, así como también deberá aplicar el principio de proporcionalidad.

Puntos que debe aclarar la legislación futura referida a la Consulta Indígena en el SEIA, son de qué manera operaría ésta respecto a medidas que se dicten por la institucionalidad ambiental con posterioridad a la evaluación de un proyecto, como podrían ser aquellas de la Superintendencia del Medio Ambiente o en las solicitudes de interpretación presentadas por titulares de proyectos calificados favorablemente, conforme al artículo 81 letra g) de la LBMA, pues en estos dos casos, así como en otros, nuestra regulación todavía presenta vacíos.

Por último, las resoluciones que otorgan derechos de aprovechamiento de aguas, al provenir de un procedimiento reglado y determinarse su contenido de manera reglada, implicaría que, conforme al artículo 7 del DS 66/2013, dicho acto no podría ser objeto de Consulta, pues no tendría la autoridad una discrecionalidad tal que le permita poder lograr acuerdos con los pueblos

indígenas que pudiesen ser afectados. Lo anterior no obsta a que los pueblos indígenas puedan oponerse a la solicitud de constitución de estos derechos, pero sus oposiciones serían de la misma forma y valor que el resto de la población que pudiese ser afectada, lo cual contradice claramente el texto y espíritu del Convenio.

## Capítulo V. Conclusión.

El Convenio 169 es un tratado internacional de derechos humanos referido a pueblos indígenas<sup>186</sup> que consagra un sistema de derechos sociales, políticos, económicos y culturales desde la perspectiva y noción de derechos colectivos, siendo su objetivo primordial contribuir al reconocimiento y protección de sus derechos.<sup>187</sup> En este objetivo, los derechos de participación, y en específico, la Consulta Indígena, juegan un rol esencial.

Esclarecer a quiénes se aplica el Convenio mediante una interpretación coherente y sistemática del Convenio, el DS 66/2013 y la Ley Indígena, permite, a su vez, determinar quiénes podrán ser titulares del derecho a la Consulta. Así, se determinó que en nuestro país existe un sistema en que convergen dos figuras para establecer esto: son titulares del derecho a Consulta indígena las Comunidades y Asociaciones Indígenas, conforme a la interpretación sistemática del Convenio con nuestra legislación nacional; y, por otro lado, las agrupaciones o poblaciones que se autoidentifiquen como indígenas en conformidad al Convenio, según la remisión hecha por el DS 66/2013 y a lo establecido por la doctrina.<sup>188</sup>

Respecto a la pregunta referida a la aplicación temporal de la Consulta, el Convenio tiene aplicación irretroactiva, y por lo cual, no es aplicable a las

---

<sup>186</sup> AYLWIN O., J. 2010. *Op. Cit.*, p. 12

<sup>187</sup> HERVÉ E, D. 2012. *Op. Cit.*, p. 23

<sup>188</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. Cit.*, p. 234

medidas que se hubieren dictado con anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, si estas medidas generan impactos con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, sí deberán consultarse las medidas de mitigación, reparación y compensación que se deban adoptar a su respecto, siempre que éstas no se hayan dictado con anterioridad.

Otro punto que esta investigación estableció, siguiendo a Montt y Matta, es que la regla general en torno a la jerarquía normativa de los tratados internacionales es la legal, aun cuando sean de derechos humanos, como lo sería el Convenio, sin embargo gozarían de la protección constitucional de inderogabilidad o no-inaplicación interna. Por otro lado, la autoejecutabilidad de la Consulta Indígena es ratificada por la doctrina citada en esta obra y por el tribunal Constitucional en sus Sentencias N° 309 del año 2000, y N° 1.050 del año 2008, lo cual, podría implicar que la Consulta Indígena consagrada en el Convenio permite su aplicación aun no siguiendo lo establecido por su reglamento, en consideración, por ejemplo, a su insuficiencia regulatoria. En éste sentido, se determinó que en lo que respecta a la exigibilidad de la Consulta sí puede aplicarse directamente el Convenio, pero de forma sistemática y coherente con el DS 66/2013, mientras que si se pretenden efectuar modificaciones al procedimiento de Consulta, éstos deben ser establecidos por un nuevo reglamento, aun cuando se deban buscar los mejores mecanismos para adaptar el proceso de Consulta a la particularidad de cada medida y pueblo indígena.

En un análisis especial de la Consulta Indígena, definimos a ésta como un deber para el Estado mediante el cual se busca la participación de los pueblos indígenas que son susceptibles de ser afectados por una determinada medida, tanto en la adopción de la misma, como en su evaluación y ejecución, con el objeto de obtener su consentimiento. Abordar las características de la Consulta permitió tener una noción general de lo que implica, así como entender las diferencias con otras categorías de derechos participativos; el derecho a participación propiamente tal y el CPLI.

Por otro lado, y ya en un análisis específico de las causales que generan la obligación de Consulta Indígena, determinamos que los dos aspectos centrales que generan la necesidad de que una medida sea objeto de Consulta Indígena son, por un lado, que se trate de medidas administrativas o legislativas, y por otro, que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Así, respecto del tipo de medida, pudimos observar que el Convenio no señala distinciones respecto a cuáles medidas legislativas y cuáles administrativas deben ser objeto de Consulta, pero que el DS 66/2013 sí las establece, lo cual sería contrario al sentido del Convenio. Cabe señalar, que la opinión referida a la falta coherencia del DS 66/2013 con el Convenio al establecer sólo cierto tipo de medidas administrativas como consultables, es compartida por Yáñez, quién nos señala que: “El Convenio 169 habla en términos amplios sobre las medidas administrativas, no hace ninguna distinción entre ellas [...] y la OIT lo que ha

dicho es que el Estado está obligado a consultar cualquier medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas”.<sup>189</sup>

Respecto a qué se entenderá por medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, se vio que el DS 66/2013 establece que esto se verifica cuando las medidas 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”. Así, el hecho de que el Reglamento estime que la susceptibilidad de afectación se constituye por “impactos”, y no por la posibilidad de éstos, es contradictorio con el mismo término de “susceptibilidad”, no pudiéndoseles exigir a los indígenas, de acuerdo a lo estudiado, acreditar la existencia de impactos, pesando sobre el Estado la obligación de demostrar que no hay afectación ni susceptibilidad de ella.<sup>190</sup>

Vimos también que el Estado debiese considerar los planteamientos de los pueblos indígenas para establecer si se verifica la susceptibilidad de afectación, pues ellos pueden ser afectados de formas no percibidas por el resto de la población. Esta postura no ha primado como política de Estado en la elaboración normativa, pues, por ejemplo, al establecerse en el Reglamento que para que la Consulta sea exigible los impactos afecten “el ejercicio de sus tradiciones y

---

<sup>189</sup>MINERÍA CHILENA.2014. *Op. Cit.*

<sup>190</sup>LÓPEZ V., R y MOHR A., T. 2014. *Op. Cit.*, p. 113

costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”, el Estado adopta una postura unilateral respecto a la determinación de cuándo existirá afectación, sin permitir, en principio, que los pueblos indígenas aleguen otros derechos distintos. Sin embargo, una correcta lectura del Convenio permite establecer que el Estado debe considerar los planteamientos de dichos pueblos, para no afectar ni restringir su derecho a Consulta.

En el caso de las resoluciones de calificación ambiental, si bien el DS 66/2013 y el DS 40/2012 permiten determinar cuándo podrían afectar directamente a pueblos indígenas, pareciera ser que exigen acreditar la presencia de “efectos, características y circunstancias”, asimilando los requisitos de la Consulta a la necesidad de presentar un EIA. De esta manera, tampoco bastaría para hacer exigible la Consulta acreditar que la resolución de calificación ambiental genera una posibilidad de afectación directa a un pueblo indígena determinado, como sí lo exigiría el artículo 6 del Convenio, siendo otra contradicción más entre nuestra normativa y el Convenio.

De todos modos, se enfatizó que será la Subsecretaría de Servicios Sociales la que, desde la sede administrativa, deberá unificar los criterios para establecer la procedencia de la Consulta Indígena frente a las medidas administrativas, debiendo interpretar que bastará para ello con la posibilidad de que se produzcan impactos significativos o presencia de los efectos, características y circunstancias de la LBMA. Esto, se puede fundamentar en que

por principio de jerarquía normativa, el Reglamento debe interpretarse a la luz del Convenio, y no contrario a él. Además, dicho organismo deberá aplicar la doctrina en que se consideren los planteamientos de los pueblos indígenas para determinar la existencia de susceptibilidad de afectación directa, para no restringir la aplicación del Convenio, y sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Los artículos 13 y 14 N° 1 del Convenio permiten distinguir el derecho a la tierra (propiedad) y al territorio (hábitat). Estos dos niveles de derechos determinarán caso a caso el análisis en que se pretenda establecer si una medida puede afectar a los pueblos indígenas, y, por tanto, sea exigible la Consulta. Aun cuando el Reglamento en su artículo 7<sup>nada</sup> señale del territorio, deberán considerarse ambos derechos para establecer la exigibilidad de la Consulta, pues de lo contrario se restringiría la aplicación del Convenio y el resguardo de los derechos que establece.

Con posterioridad, se pasó a estudiar y analizar la exigibilidad de iniciar procesos de Consulta Indígena respecto a ciertas medidas relevantes para proyectos mineros, como lo son las concesiones mineras, las resoluciones de calificación ambiental y las resoluciones que conceden derechos de aprovechamiento de aguas.

Las concesiones mineras presentaron un desafío especial para nuestra investigación, pues existe una contradicción en la normativa aplicable a éstas

debido a que, por un lado, son otorgadas mediante actos judiciales, lo cual las dejaría fuera del ámbito de aplicación de la Consulta en razón del artículo 6 del Convenio y 7 del DS 66/2013, mientras el artículo 15 del Convenio establece el deber de consultar los proyectos de prospección y explotación minera, cuando concurren ciertos requisitos. En razón de lo anterior, y debido a la relevancia que tiene el acto que otorga la concesión para el titular de un proyecto minero y para eventuales pueblos indígenas afectados, proponemos corregir estos aspectos de nuestra legislación con el objeto de poder aplicar la Consulta indígena para estos actos (concesiones de exploración y explotación sobre sustancias susceptibles de concesión) conforme al artículo 15 ya enunciado, criterio que es confirmado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su informe sobre la situación de Chile en su informe sobre la situación de Chile publicado en febrero de 2013.<sup>191</sup>

En el caso de los proyectos mineros que requieren de una resolución de calificación ambiental para poder ejecutarse, la Consulta Indígena será exigible si el proyecto presenta los efectos, características y circunstancias de los artículos 7,8 y 10 del DS 40/2013, sin perjuicio de que la autoridad debiese considerar como suficiente la posibilidad de dichos efectos. La autoridad, de acuerdo a lo ya señalado, debiese estimar las consideraciones propias de los pueblos indígenas en su análisis, pues estos pueblos pueden ser perturbados de formas no visibles

---

<sup>191</sup>COMISION DE EXPERTOS EN APLICACION DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. OIT-GINEBRA. 2013. *Op. Cit.*

para el resto de la comunidad nacional, así como también deberá aplicar el principio de proporcionalidad.

Cabe reiterar que el DS 66/2013 y el DS 40/2012 no dejan en claro de qué manera operaría la Consulta respecto a medidas que se dicten por la institucionalidad ambiental con posterioridad a la evaluación ambiental de un proyecto, lo cual debiese ser abordada por la futura normativa que se dicte.

Por último, las resoluciones que otorgan derechos de aprovechamiento de aguas, al provenir de un procedimiento reglado y determinarse su contenido de manera reglada, la aplicación del artículo 7 del DS 66/2013 implica que dicho acto no podría ser objeto de Consulta pues la autoridad administrativa no tendría una discrecionalidad tal que le permita poder lograr acuerdos con los pueblos indígenas que pudiesen ser afectados. Lo anterior no obsta a que los pueblos indígenas puedan oponerse a la solicitud de constitución de estos derechos, pero sus oposiciones serían de la misma forma y valor que el resto de la población que pudiese ser afectada, conforme al Código de Aguas.

Por todo lo anterior, es posible ver que al menos respecto de los actos que otorgan concesiones mineras de exploración y explotación, junto con los actos que otorgan derechos de aprovechamiento de aguas, los estándares del Convenio 169 no se cumplirían, siendo dicho incumplimiento relevante en razón de que aquellos actos tienen relación con actividades y recursos naturales que pueden afectar significativamente a los pueblos indígenas, impidiendo canalizar

los eventuales conflictos que se podrían presentar entre ellos, las autoridades y los titulares de proyecto mineros.

Ante esta situación, la actual legislación indígena requiere ser perfeccionada, pues, dada la conflictividad presente entre los pueblos indígenas y los proyectos mineros, las medidas recaídas sobre recursos hídricos y concesiones mineras debiesen poder ser objeto de Consulta indígena de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio, y que, a pesar de lo complejo que podría ser modificar esta legislación (principalmente el régimen de concesiones, pues, como se advirtió, es regulado en sus aspectos esenciales por normas constitucionales, las cuales requieren de quórum alto para poder ser modificadas), deben formularse modificaciones que permitan la adecuada integración de la Consulta en los estatutos normativos que regulen dichos recursos.

Sólo modificando nuestra legislación en el sentido expresado en el párrafo anterior, podrá haber una verdadera participación de los pueblos indígenas en el desarrollo de la minería en nuestro país; sólo así se podrá ejercer dicha actividad económica en respeto y armonía con los pueblos indígenas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. ANAYA, J. 2013. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. [e línea] Encuentro Extraordinario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman: El rol de los Ombudsman en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas: 25 de abril de 1998. Lima, Perú <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>> [Consulta: 12 de julio, 2015].
2. ANINAT S., I. 2014. Los desafíos pendientes del Convenio 169. Estudios Públicos. [en línea] Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, <[http://www.cepchile.cl/Puntos-de-Referencia\\_CEP\\_PDF/pder369\\_IAninat.pdf](http://www.cepchile.cl/Puntos-de-Referencia_CEP_PDF/pder369_IAninat.pdf)>[Consulta: 21 mayo 2015]
3. AYLWIN O., J. 2010. El derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas., En: MEZA-LOPEHANDÍA G., M. (Ed.). Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, Observatorio Ciudadano, 2ª Ed. Santiago. Chile
4. CARMONA C., C. 2013. Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones

representativas de los pueblos indígenas. Revista Ius et Praxis, Talca, Chile  
(2)

5. CLAVERO, B. 2014. Consulta Indígena: Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos. [en línea] IV Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Congreso Internacional Proceso y Constitución. “Dialéctica y Diálogo Jurisprudencial: Presente y Futuro”. Bogotá, Colombia <<http://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Clavero-ConsultaInd%C3%ADgena-REDC-final.pdf>>[Consulta: 21 mayo 2015]
6. CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES. 2010-3. Guía de buenas prácticas. Los Pueblos Indígenas y la Minería, [en línea], Santiago, Región Metropolitana, Chile, <<http://www.icmm.com/document/1589>>[Consulta: 2 noviembre 2014 ]
7. CONTESSE S., J. 2012. El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile. En: El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile.
8. CONTESSE S., J. y LOVERA P., D. 2011. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento. En: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2012, Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile.

9. EL CIUDADANO. 2012. Indígenas australes rechazan consulta de Bachelet. [en línea] 17 de diciembre, 2012 <<http://www.elciudadano.cl/2014/12/17/133321/indigenas-australes-rechazan-consulta-de-bachelet/>>[consulta: 21 mayo 2015]
10. EL DÍNAMO. 2013. Pueblos originarios y comunidades rechazan oficialización del reglamento de Consulta Indígena. [en línea]. 25 de noviembre, 2013. <<http://www.eldinamo.cl/ambiente/2013/11/25/indigenas-y-comunidades-rechazan-oficializacion-del-reglamento-de-consulta-indigena/>>[consulta: 21 mayo 2015]
11. FERNÁNDEZ A., A. 2008. Aspectos Ambientales del Reconocimiento de derechos a pueblos indígenas y tribales: caso del Convenio N° 169. En: Durán M., V., Montenegro A., Sergio y Moraga S., P. (Eds). Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. 1ª Ed. Santiago, Legal Publishing Chile.
12. FERNÁNDEZ A., A. y DE LA PIEDRA R., C. 2011. Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169. Aporte de la Jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias. Estudios Públicos. Santiago, Chile (121)
13. FERNÁNDEZ R., T. 2002. De la Arbitrariedad de la Administración. 4ª Ed. Madrid. Civitas.

14. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011. El deber de consulta a los pueblos indígenas. [en línea] Santiago, Chile <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/110/derecho-consulta-pueblos-indigenas.pdf?sequence=1>>[consulta: 21 mayo 2015]
15. HERVÉ E., D. 2012. Adecuación de la Legislación Interna a los estándares impuestos para la administración de los recursos naturales. En: CONTESSE S., J.(Ed.): El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile.
16. LILLO V., R. 2001. El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad. [En línea] Revista de Divulgación en antropología aplicada, 1(2) <[http://200.10.23.169/trabajados/El%20convenio%20169%20de%20la%20OI%20T\\_lillo.pdf](http://200.10.23.169/trabajados/El%20convenio%20169%20de%20la%20OI%20T_lillo.pdf)>[Consulta: 21 mayo 2015]
17. LÓPEZ V., R. y MOHR A., T. 2014. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? Revista de Derecho (Valdivia) 27 (1).
18. MAPUEXPRESS - INFORMATIVO MAPUCHE. 2014. Autoridades y dirigentes indígenas del Aconcagua rechazan fraudulenta consulta y exigen derogación decretos 66 y 40. [en línea] 18 de agosto, 2014

<http://www.mapuexpress.org/2014/08/18/autoridades-y-dirigentes-indigenas-del-aconcagua-rechazan-fraudulenta-consulta-y-exigen#sthash.iDOi3vEd.dpbs>>[consulta: 21 mayo 2015]

19. MEREMINSKAYA, E. 2011. El Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas. Estudios Públicos. Santiago, Chile (121)
20. MEZA-LOPEHENDÍA G., M. 2013. El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: AYLWIN OYARZÚN, J. (coord.). Los pueblos indígenas y el derecho. 1ª Ed., Santiago, LOM Ediciones
21. MILLALEO H., S. 2014. ¿Gobernar consultado? Análisis comparativo respecto de los problemas en relación a las bases y objetos de la consulta indígena (Convenio 169) en los reglamentos aprobados en Chile. En: CARIMAN L., BRAULIO (Ed.) ¿Chile indígena? Desafíos y oportunidades para un nuevo trato. Fundación Chile, Santiago, Chile.
22. MILLALEO H., S. 2015. Los vicios de la consulta en Chile y el incumplimiento de estándar de derechos. [en línea] El Ciudadano. 5 de febrero, 2015. <<http://www.elciudadano.cl/2015/02/05/144523/los-vicios-de-la-consulta-en-chile-y-el-incumplimiento-de-estandar-de-derechos/>> [consulta: 5 julio 2015]

23. MINERÍA CHILENA. Reglamento obligaría a más de una consulta. 2014. [en línea] <<http://www.mch.cl/reportajes/reglamento-obligaria-mas-de-una-consulta/>> [consulta: 2 noviembre 2014]
24. MIRANDA, O. 2013. Comunidades critican firma del reglamento de Consulta Indígena: “Es un acto de mala fe”. [en línea] Diario Uchile Radio Universidad de Chile. 23 de noviembre, 2013. <<http://radio.uchile.cl/2013/11/23/comunidades-critican-firma-del-reglamento-de-consulta-indigena-es-un-acto-de-mala-fe>> [consulta: 21 mayo 2015]
25. MONTT O., S. y MATTA A., M. 2011. Una visión panorámica al convenio OIT 169 y su implementación en Chile. Estudios Públicos. Santiago, Chile (121).
26. MORAGA S., P. 2012. Las razones de la conflictividad del sector eléctrico: el caso de la consulta indígena. En: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2012, Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile.
27. NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2011. El proyecto de reglamento de consultas en Guatemala. Comentarios del Relator Especial, James Anaya. [en línea] 7 de febrero, 2011. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html>> [consulta: 1 marzo 2015]

28. NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 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. [en línea] A/HRC/12/34., pp. 14-5 <[http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009\\_hrc\\_annual\\_report\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf)>[Consulta: 21 mayo 2015]
29. NÚÑEZ P., M. 2014. La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial. En: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2014, Ed. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile.
30. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO- GINEBRA. 2013. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. 1ª Ed. Ginebra. OIT.
31. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Identificación de los Pueblos Indígenas y Tribales. [en línea] <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>>[Consulta: 21 mayo 2015 ]

32. OSSA B., J. 2007. Tratado de Derecho de Minería. Tomo I, 4ª Ed. Santiago. Ed. Jurídica de Chile
33. Price Waterhouse Coopers Consultores, Auditores y Compañía Ltda. 2014: Judicialización de proyectos y conflictos indígenas: ¿Cómo evitarlos? Estudio sobre la gestión de impactos sociales y ambientales en proyecto de inversión de las empresas mineras y de energía en Chile. [en línea], Santiago, Región Metropolitana, Chile, [http://www.pwc.com/es\\_CL/cl/publicaciones/assets/judicializacion-de-proyectos-y-conflictos-indigenas.pdf](http://www.pwc.com/es_CL/cl/publicaciones/assets/judicializacion-de-proyectos-y-conflictos-indigenas.pdf) [Consulta: 04 de agosto de 2014 ].
34. SÁNCHEZ M., M. 1994. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid. Ed. Tecnos S.A.
35. SEGURA R., F. 2009. Derecho de Aguas. 4ª Ed. Santiago. Legal Publishing Chile
36. VALDIVIA, J.M. 2011. Alcances jurídicos del Convenio 169, Estudios Públicos. Santiago, Chile (121).
37. YÁÑEZ F., N. 2010. Los Contenidos del Convenio N° 169 de la OIT. En: MEZA-LOPEHANDÍA G., M.(Ed.). Las Implicancias de la Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, Observatorio Ciudadano, 2ª Ed. Santiago. Chile

38. YÁÑEZ F., N. y MOLINA O., R. 2008. La gran minería y los derechos Indígenas en el norte de Chile. 1ª Ed. Santiago, LOM Ediciones.