



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

LA CONSULTA INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: SISTEMATIZACIÓN DE CRITERIOS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AUTOR:

FELIPE IGNACIO PERILLÁN CAVIEDES

PROFESORA GUÍA:

XIMENA INSUNZA CORVALÁN

SANTIAGO DE CHILE

2019

ÍNDICE

Glosario de siglas	5
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	11
1. Posición Jurídica frente a la Administración	11
2. Funciones de la CGR.....	13
i. La Toma de Razón y la potestad dictaminante de la CGR.....	14
3. La Jurisprudencia Administrativa	19
i. Efectos de la Jurisprudencia Administrativa	20
CAPÍTULO II: HISTORIA Y CONCEPTO DE LA CONSULTA INDÍGENA	23
1. Conceptualización en el Convenio N° 169 de la OIT	23
2. Entre los años 2009 y 2013	24
3. Desde el año 2014 en adelante.....	25
CAPÍTULO III: MARCO NORMATIVO.....	27
1. Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales	27
ii. Ley N° 19.253 o “Ley Indígena”	31
iii. Ley N° 20.249 o de “Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios” (ECMPO)	35
iv. Decreto Supremo 124 del MIDEPLAN.....	36
v. Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente o Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA).....	43
vi. Decreto Supremo N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social	47
CAPÍTULO IV: DEFINICIÓN DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA	55
1. Desde 2009 hasta 2012: Decreto Supremo N° 124	55
2. Desde 2014 hasta la fecha: Decreto Supremo N° 66	60
CAPÍTULO V: CONSULTA INDÍGENA EN INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL (IPT).....	67

CAPÍTULO VI: CONSULTA INDÍGENA EN POLÍTICAS PÚBLICAS.....	71
CAPÍTULO VII: CONSULTA INDÍGENA EN EL MARCO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	81
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	99

Glosario de siglas

AAA: Áreas Apropriadas para el ejercicio de la Acuicultura

ADI: Área de Desarrollo Indígena

CEPI: Comisión Especial de Pueblos Indígenas

CGR: Contraloría General de la República

CNED: Consejo Nacional de Educación

CNUBC: Comisión Nacional de Uso de Borde Costero

CONADI: Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

CONAF: Corporación Nacional Forestal

CPR: Constitución Política de la República

CRUBC: Comisión Nacional de Uso de Borde Costero

DIA: Declaración de Impacto Ambiental

DS: Decreto Supremo

ECMPO: Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios

EIA: Estudio de Impacto Ambiental

GHPP: Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas

IDI: Instituto de Desarrollo Indígena

INDAP: Instituto de Desarrollo Agropecuario

IPT: Instrumento de Planificación Territorial

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

LOCCGR: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (Ley N° 10.336)

MIDEPLAN: Ministerio de Desarrollo y Planificación

MINEDUC: Ministerio de Educación

MINSEGPRES: Ministerio Secretaría General de la Presidencia

MMA: Ministerio de Medio Ambiente

MOP: Ministerio de Obras Públicas

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de Naciones Unidas

PCI: Procedimiento de Consulta Indígena

PRC: Plan Regulador Comunal

PRI: Plan Regulador Intercomunal

RCA: Resolución de Calificación Ambiental

RSEIA: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

SAG: Servicio Agrícola y Ganadero

SEA: Servicio de Evaluación Ambiental

SEIA: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

SERCOTEC: Servicio de Cooperación Técnica

SERNAPESCA: Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura

SUBPESCA: Subsecretaría de Pesca y Acuicultura

RESUMEN

Dentro de nuestro país cohabitan diversos pueblos indígenas que han subsistido hasta la actualidad. Sin embargo, el desarrollo del mundo moderno y sus proyectos económicos, en tanto manifestación concreta de éste, han ido crecientemente entrando en conflicto con estos pueblos, los que durante largos años se vieron desprotegidos y algunos incluso exterminados, como es el caso de los Onas en el extremo sur de Chile.

En este contexto, presente en diversas partes del mundo, el año 1989 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adopta el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Éste constituye en la actualidad el principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas y fue ratificado por nuestro país el año 2008, entrando finalmente en vigencia en septiembre del año siguiente. Con ello el Estado de Chile ha adquirido el deber de llevar a cabos procesos de consulta indígena cada vez que se prevea la emisión de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar en forma directa a uno o más pueblos indígenas. Deber que, desde su entrada en vigencia ha sido altamente controvertido, respecto de su obligatoriedad, forma de aplicación, entre otros aspectos.

El objeto del presente trabajo consiste en el análisis del deber de consulta indígena en nuestro país definiendo su concepto, analizando la normativa correspondiente que la regula y configura sus elementos, para llegar a su aplicación específica por los órganos de la Administración del Estado en las distintas áreas desde la perspectiva que ha ido adoptando la Contraloría General de la República por medio de la jurisprudencia administrativa y así poder confirmar o refutar la hipótesis de que los dictámenes de la Contraloría General de la República, en materia de Consulta Indígena, no han sido uniformes.

INTRODUCCIÓN

La historia de Chile y la relación entre los gobiernos y los diversos pueblos indígenas a lo largo de la misma no ha sido pacífica respecto a las materias que afectan a estos pueblos. Por el contrario, el reconocimiento de sus derechos respecto a sus tierras y territorios, así como la creación de mecanismos de protección de las comunidades indígenas ha sido el producto de una histórica lucha por su reconocimiento. De este modo, la organización de las distintas colectividades que se fueron formando con esta finalidad y las instancias de diálogo entre los diversos pueblos indígenas durante las décadas de los 70' y 80', permitió ir sustituyendo las demandas específicas de cada uno por demandas de carácter general, que integraban las de todos ellos, apuntando al tratamiento global de sus problemas, exigiendo el reconocimiento de los pueblos por parte del Estado y el derecho a participar en la resolución de los asuntos que les son propios.

Así, tras varios años de demandas infructuosas a la Dictadura Militar, la que había puesto fin a gran parte de la institucionalidad mediadora al subsumir al Instituto de Desarrollo Indígena (IDI) al Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) y reduciendo sus labores a asuntos campesinos¹, durante el proceso electoral en el año 1989, las organizaciones indígenas llevaron sus demandas a los partidos opositores al régimen para que éstos las incorporaran en sus programas. Las principales demandas consistían en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la elaboración de una ley indígena que recogiera los principios reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y la aprobación del mismo convenio. Así, el año 1990, el gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) mediante el Decreto Supremo N° 30, a la cual se le encargó la elaboración de una propuesta de ley indígena, para ser sometida a la ratificación parlamentaria.

La primera de las tres iniciativas presentadas al parlamento por el gobierno de Aylwin fue la aprobación del Convenio 169 de la OIT en diciembre de 1990, el que tardaría casi una década de tramitación en la Cámara de Diputados, para ser aprobado por ésta en abril del año 2000. La Cámara de

¹ VERGARA DEL SOLAR, Jorge Iván, GUNDERMANN KRÖLL, Hans, FOERSTER GONZÁLEZ, Rolf. *Estado, conflicto étnico y cultura*. 1ª ed. Antofagasta, Chile, QUILLQA, 2013. p. 58

Senadores, por su parte y tras una larga postergación, llegó a aprobar su ratificación recién el año 2008, entrando en vigencia al año siguiente, según lo prescrito en el propio instrumento.

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, constituye en la actualidad el principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas, por medio del cual el Estado de Chile ha adquirido el deber de llevar a cabo procesos de consulta indígena cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar en forma directa a uno o más pueblos indígenas, deber que ha sido objeto de controversias desde su entrada en vigencia y que constituye el objeto de estudio central de este trabajo, mediante el análisis de los diversos dictámenes de la Contraloría General de la República (CGR) desde su entrada en vigencia hasta la actualidad, para lograr esclarecer el desarrollo que ha tenido la aplicación de la Consulta Indígena en la jurisprudencia de este órgano administrativo y determinar si los pronunciamientos han sido consistentes.

Para dicho fin, se expondrán en el primer capítulo los aspectos centrales para entender la posición jurídica que tiene la Contraloría General de la República frente al resto de la Administración del Estado; sus funciones principales poniendo énfasis en la potestad dictaminante y; se explicitará qué entendemos por jurisprudencia administrativa y cuáles son sus alcances. Luego, en el segundo capítulo, se expondrá la conceptualización de la Consulta Indígena en base a los dos reglamentos que se han dictado para su regulación y así entender su evolución. En el tercer capítulo, se explicitará el marco normativo pertinente para el análisis de los dictámenes que forman parte del estudio y que dicen relación con la Consulta.

Una vez determinado el marco teórico de esta investigación, se procederá al análisis en concreto del universo de dictámenes relevantes para esta memoria, separándolos en cuatro capítulos en razón de las materias abordadas en ellas. De este modo, el cuarto capítulo abordará los dictámenes relativos a la definición de la aplicación de la Consulta Indígena ante la incertidumbre que generó para los Órganos de la Administración del Estado la incorporación de ésta a nuestro ordenamiento jurídico, como también la dictación de los reglamentos que la regulan respecto de los órganos competentes y la oportunidad para llevarla a cabo, entre otras materias. En el quinto capítulo, se tratará la aplicación de la Consulta para la creación de los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT). El sexto capítulo se referirá a la dictaminación que ha hecho la CGR respecto de la obligatoriedad de la Consulta en la generación de políticas públicas y, por último, en el capítulo séptimo se analizarán los criterios empleados por el órgano contralor para su aplicación en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

CAPÍTULO I: LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Para una adecuada comprensión del alcance de los dictámenes que son objeto del presente trabajo, resulta necesario, antes de entrar de lleno al análisis de los mismos, referirse al órgano encargado de dictarlos. En razón de ello, en este primer capítulo se presentará al lector la posición jurídica, funciones y conceptos claves para entender la labor de la Contraloría General de la República, así como los efectos y alcances que tienen los dictámenes que emite dicho órgano de control.

1. Posición Jurídica frente a la Administración

La CGR es una institución prácticamente fundante del Estado de Derecho nacional, dado que durante el siglo XX buena parte del desarrollo de la teoría legal en el Derecho Administrativo se construyó desde este órgano de control². Ella tiene su antecedente en el Tribunal Mayor de cuentas, creado en 1820, y que fue objeto de una serie de cambios de nomenclatura y estructura por medio de modificaciones y derogaciones legales, siendo las principales las de los años 1828, 1839, 1875, 1888 y 1927, constituyéndose tras esta última propiamente como Contraloría General de la República, sin perjuicio de que su estructura definitiva hubiese sido establecida en forma casi igual a la actual por el DFL N° 258 de 26 de junio de 1932³.

En la actualidad, la CGR se encuentra regulada por los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) y por su Ley Orgánica Constitucional N° 10.336 de 1952 (en adelante LOCCGR), cuyo texto fue refundido y sistematizado en 1964.

² CORDERO, Luis. La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias. En: Revista de Derecho Público, Vol. 69, Segunda Sección. Santiago, Universidad Diego Portales, 2007, pp. 153-154 Nota al pie.

³ En lo relativo a la evolución histórica de la CGR, ver: REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016, pp. 13-21 y

Según lo establecido en los artículos 98 de la CPR y 1° de la LOCCGR la CGR es un órgano administrativo ***“independiente de todos los ministerios, autoridades y oficinas del Estado, que tiene como objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de la Beneficencia Pública; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas que tengan a su cargo fondos o bienes de las entidades indicadas y de los demás servicios o instituciones sometidos por ley a su fiscalización y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en lo futuro, que le den intervención”*** (énfasis añadido).

Así, en primer lugar, debe destacarse la posición en la que se encuentra la Contraloría dentro de la Administración del Estado, donde resaltan una serie de particularidades.

1. Órgano constitucional: regulado en los artículos 98 y 99 de la CPR, y por mandato de ésta en la LOCCGR, lo que implica que será la Constitución donde se establecerán sus competencias públicas, que por ese hecho se transforman en únicas, exclusivas y excluyentes.⁴
2. Constitucionalmente autónomo: sólo existirá sumisión de la CGR a lo que dicta la Constitución y a la ley, que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones. Los órganos constitucionalmente autónomos no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, lo que en definitiva deriva en que sean órganos acentralizados⁵.
3. En principio, la totalidad de la Administración Pública está sujeta a su control, incluyendo privados. Si bien ha existido una tendencia a excluir ciertos órganos del control de la Contraloría, de todas formas, el control persiste incluso en aquellos órganos privados que reciban fondos públicos.

⁴ CORDERO, Luis. El Principio del Control Público en el Derecho Administrativo Chileno. Apunte de clases. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Segundo semestre de 2006, p.57. Citado en: REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016, p. 22

⁵ Ibid.

4. No puede ejercer su competencia mientras existan asuntos litigiosos.⁶⁻⁷

2. Funciones de la CGR

Respecto de las funciones de la Contraloría, podemos identificar dentro de sus objetivos una primera labor correspondiente a la fiscalización de las finanzas del fisco, debiendo analizar las cuentas que corresponde rendir a cada uno de los Órganos de la Administración del Estado en razón del empleo de los fondos públicos en el desempeño de sus funciones y, además llevar la contabilidad general del País. En el presente trabajo no se ahondará en esta primera función por alejarse del objetivo del mismo.

La segunda función que le entrega la Constitución y la ley -de mayor relevancia para los efectos de esta tesis- corresponde al **control de legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos** y, en general, la **fiscalización de los demás órganos administrativos en el cumplimiento de sus funciones** y del Estatuto Administrativo.

Siguiendo a los autores Isaura Reyes y Camilo Vallet, la CGR, "desde su creación se transformó en protagonista del control de legalidad y constitucionalidad de la Administración por dos vías: (a) por el control preventivo en la toma de razón y; (b) por la potestad para interpretar la ley aplicable a la Administración"⁸. Estas dos vías para el ejercicio de su función, sin embargo, no pueden ser entendidas sin hacer referencia a la potestad dictaminante de este órgano de control, pues es a través de sus dictámenes que se crea la Jurisprudencia Administrativa y le permite intervenir (i) "interpretando dando sentido y alcance a las normas administrativas de forma vinculante para la Administración sometida a su control, lo que permite adaptar al Derecho Administrativo a los constantes cambios de la realidad; [(ii)] adjudicando, esto es, resolviendo controversias entre particulares y la Administración cuando estos se susciten y sean puestos en su conocimiento, resolviendo nuevamente con efectos vinculantes para la

⁶ Ob. Cit. REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo, p.23

⁷ Con el objetivo de evitar interferencia de los poderes del Estado.

⁸ CORDERO, Luis. La Jurisprudencia Administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después En: Revista de Derecho Público UDP, N° 1. Santiago, Universidad Diego Portales, 2010, p. 180.

Administración, disciplinando a ésta; e [(iii)] implementando, es decir, vigilando que la aplicación de la norma se aproxime a las intenciones pretendidas por el Legislador"⁹ ¹⁰.

i. La Toma de Razón y la potestad dictaminante de la CGR

Antes de comenzar a tratar esta materia, se hace necesario aclarar que si bien, el trámite de toma de razón no corresponde estrictamente a lo que se ha entendido como la potestad dictaminante de la CGR, se tratarán ambas materias en miras al acto administrativo decisorio que surge como resultado de una y otra: el dictamen.

a. Naturaleza Jurídica de los dictámenes

La primera cuestión a establecer sobre esta materia es la naturaleza jurídica de los dictámenes emitidos por la Contraloría. Al respecto, debemos afirmar que se trata de un acto administrativo, como lo señala el art. 3° inciso 6° de la ley N° 19.880, al sostener que *“constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”*.

Dicho esto, debemos agregar también que se trata de un acto administrativo *decisorio*, pues por medio de éste se resuelven diversas materias con carácter vinculante y obligatorio, como puede extraerse de la interpretación armónica de los artículos 5°, 6°, 9° inciso final, 16 y 19 de la LOCCGR. Los efectos del dictamen de la Contraloría no sólo se producen en la Administración, sino que se proyectan también en la esfera subjetiva de los particulares, pudiendo crear, modificar o extinguir una situación jurídica¹¹.

Corresponde ahora referirse a los elementos esenciales del dictamen como acto administrativo donde, en primer lugar, se trata de una declaración de voluntad o decisión, por cuanto el dictamen decide una cuestión concreta o resuelve un procedimiento, lo cual debe distinguirse de una declaración de “juicio” u “opinión”, surtiendo efectos desde el momento de su pronunciamiento¹².

⁹ Ob. Cit. REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo, p. 97.

¹⁰ Para mayor detalle respecto de estas formas de intervención, ver: REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Ob. Cit. pp. 63-95

¹¹ TOGNARELLI, Giuliano y NAVARRETE, Javier. El Devenir de la Facultad Dictaminante de la Contraloría General de la República en un Mecanismo de Solución de Controversias Jurídicas, ante las Carencias del Diseño Institucional Chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013, p. 159.

¹² Ibid. 160

En segundo lugar, corresponde a una declaración de voluntad “orgánica y administrativa” y no una simple declaración psicológica de otro tipo, por tratarse de una expresión de la voluntad del órgano Contralor en su función de control y en su posición como cabeza de la Administración del Estado, después del/la Presidente/a¹³.

En tercer lugar, corresponde a un acto unilateral y potestativo, pues la declaración de voluntad proviene de una sola parte, la Administración, y va encaminada hacia el sometimiento de los sujetos a su voluntad¹⁴.

b. La Toma de Razón

La Carta fundamental le entregó a la CGR la facultad de ejercer el control de legalidad de los actos administrativos, como lo señala su artículo 98. La forma de ejercicio de esta función es señalada en el artículo 99, al establecer que “[e]n el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer”.

Por su parte, la LOCCGR establece en su artículo 10 la competencia del Contralor General para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones, mientras que la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado señala que, la toma de razón de los actos de la Administración del Estado, se regirán por lo dispuesto en la Constitución y en la LOCCGR.

A esto se añade que el Tribunal Constitucional ha sostenido en su resolución de 15 de julio de 2002 que el Órgano Contralor tiene facultades amplias para representar la inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos de la Administración y la improcedencia del decreto de insistencia si se ha objetado la constitucionalidad del mismo¹⁵.

Así, podemos apreciar que la CGR tiene a su cargo analizar la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración del Estado, dando cumplimiento a los principios de supremacía constitucional y de legalidad consagrados en los arts. 6° y 7° de la CPR, pudiendo controlar incluso los actos emanados de la cabeza de la Administración, es decir, la presidencia de la república y ello se basa, como se indicó

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid. 161

¹⁵ NAVARRO, Enrique. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría. En: Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012). Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012, p. 179

previamente, en la autonomía de que goza el Órgano Contralor para poder ejercer la supervigilancia de tales actos.

b.1. Características de la Toma de Razón

La Toma de Razón ha sido definida como aquel trámite de control preventivo que se inserta dentro de un procedimiento administrativo una vez dictado el acto administrativo, que efectúa la CGR y en el cual se examina la juridicidad de la actuación administrativa, pudiendo tener como resultado la representación de un decreto o una resolución, por su ilegalidad o inconstitucionalidad¹⁶.

Al respecto cabe señalarse que:

- a) Es un control preventivo: opera antes de la existencia del acto administrativo, según algunos - como una fase de su elaboración-, mientras que para otros constituye solo un trámite necesario para su eficacia. Sin perjuicio de ello, en ambas posiciones se entiende como un control previo, salvo en el caso de los llamados actos de aplicación inmediata.
- b) General y obligatorio: la CPR lo extiende a los actos de la Administración y a los DFL, tal como lo hace el artículo 17 del DFL. 7912 [que Organiza las Secretarías del Estado], o Ley de Ministerios, en el caso de los Decretos Supremos¹⁷.

Solo se excluyen las instrucciones, oficios, órdenes ministeriales o dictámenes que no sean resoluciones ni decretos, actos exentos en virtud de leyes especiales, o resoluciones de la propia CGR¹⁸.

Frente al acto administrativo sometido a Toma de Razón, la CGR deberá emitir un pronunciamiento dentro del plazo de 15 días, prorrogables por otros 15 días adicionales, según establece el art. 10, inciso 1° de la LOCCGR. En dicho pronunciamiento puede adoptar cuatro actitudes:

- a) **Tomar razón sin más:** verifica la legalidad del acto;
- b) **Tomar razón con alcance:** añade a la toma de razón una observación sobre el contenido del acto llamada “alcance”, complementándolo o rectificándolo, debiendo ser respetada en su interpretación y aplicación;

¹⁶ BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Tercera Edición Actualizada. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, p. 498.

¹⁷ RAJEVIC, Enrique y GARCÉS, María Fernanda. Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón. En: Un mejor Estado para Chile: propuestas de modernización y reforma. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, p. 613

¹⁸ Ibid. 614

- c) **Representar el acto:** se niega a tomar razón del acto sometido a su conocimiento por estimar que es ilegal o inconstitucional. El/la Presidente/a de la República puede forzar la toma de razón a través del “decreto de insistencia”, salvo en algunas materias donde su única opción es recurrir al TC;
- d) **Observar el acto:** señalar al organismo respectivo que tiene reparos sobre su constitucionalidad y legalidad abriéndose un espacio de diálogo con la Administración, donde ésta puede hacer cambiar de opinión a la CGR o, ser convencida y modificar el acto¹⁹.

Tras la decisión que adopte la CGR, materializada en un dictamen, la toma de razón produce algunos de los siguientes efectos:

- a) Permite seguir el procedimiento de dictación del acto con su notificación o publicación, que le dará eficacia respecto de terceros;
- b) Provoca el desasimio de la CGR, que no podrá volver sobre la materia resuelta ni revocar o invalidar lo decidido para el caso concreto.
- c) Reafirma la presunción de legalidad del acto concreto que exige a los órganos públicos darles cumplimiento. Tal presunción puede, sin embargo, ser destruida por una sentencia judicial que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo, constituyendo un desplazamiento de la carga de la prueba contra el particular²⁰.

Si bien no existe discusión respecto de la naturaleza y utilidad de la toma de razón, sí existe debate respecto de (i) el rol que cumple dicha forma de control respecto de la creación del acto administrativo y; (ii) qué debe controlar la CGR al momento de tomar razón. Sobre lo primero, en opinión de Reyes y Vallet, el rol que cumple consiste en otorgar validez al acto examinado, no siendo un requisito de existencia; sobre lo segundo, que para resolver la controversia deberá estarse a lo que señala el artículo 21 B, al establecer que “[l]a Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, **no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas**”²¹. Esto resulta lógico y armónico con la función otorgada a la CGR por la Constitución y las leyes, toda vez que el control que debe ejercer corresponde a la legalidad y constitucionalidad estricta del acto que se somete

¹⁹ Este procedimiento, sin embargo, no se encuentra regulado, lo que permite explicar algunos casos de demoras en las tomas de razón. Ver: Op. Cit. RAJEVIC, Enrique y GARCÉS, María Fernanda. Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón, pp. 614-615

²⁰ Ibid. 615.

²¹ Incorporado por la ley N° 19.817, de 2002, a la N° 10.336.

a su conocimiento, evitando referirse al mérito respetando la especialidad técnica del órgano que dicta el acto²².

c. El derecho de petición

Establecido lo anterior, debemos referirnos a la forma en que se da origen a la dictaminación por parte de la Contraloría. Respecto de este punto, debemos comenzar señalando que el dictamen tiene dos fuentes principales, cuales son: (i) la conclusión del trámite de la toma de razón, analizado en el punto anterior, y; (ii) el derecho de petición, que será analizado en este punto.

Respecto de este último, el artículo 19 N° 14 de la CPR autoriza a cualquier persona a *“presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”*. A esta garantía constitucional se le ha denominado tradicionalmente *“derecho de petición”*.

Del mismo modo la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 consagra en su artículo 8° que *“los órganos de la administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones o, a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o cuando se haga uso del derecho de petición o reclamo”*. La LOCCGR, por su parte, establece en el artículo 5° la posibilidad de emitir dictámenes *“a petición de parte o de jefaturas de servicios o de otras autoridades”*.

Así observamos que la facultad de emitir dictámenes en base a solicitudes puede ejercerse bajo dos supuestos:

- 1) A solicitud de uno o varios particulares o funcionarios, cuando éstos se vean agraviados por un acto administrativo susceptible de ser controlado por la CGR;
- 2) A solicitud de un Ministerio o Jefe de Servicio sobre materias propias del control que corresponde a la misma²³.

De este modo, la ley faculta a los particulares para acudir a la CGR y solicitar su pronunciamiento respecto de alguna actuación administrativa que les cause agravio, debiendo éstos fundamentar su

²² Para mayor detalle sobre las discusiones señaladas, ver: REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Ob. Cit. 36-39.

²³ Ob. Cit. NAVARRO, Enrique. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría, 185.

petición, con el objeto de que el Órgano Contralor resuelva y ordene corregir, de ser procedente, el actuar de la autoridad administrativa a cargo del acto cuestionado.

Igualmente, pueden los Ministerios o Jefes de Servicio solicitar un pronunciamiento de la CGR para que ésta interprete la ley y aclare el contenido y alcances de las disposiciones que deben aplicar, siendo usual que se emplee la solicitud a la CGR para resolver las cuestiones relativas a la competencia de los distintos Órganos de la Administración en los trámites que la ley establece para la realización de procedimientos administrativos que exigen la participación de más de un órgano²⁴.

Además de las ya descritas, existe otra posibilidad de dar origen a un dictamen, la que consiste en la emisión de dictámenes de oficio por parte de la Contraloría. Lo anterior encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 8° de la LOCBGAE, de modo que la CGR puede actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones (en este caso, efectuar el denominado control de legalidad *a posteriori* de los actos de la Administración)²⁵.

En síntesis, encontramos 4 posibilidades para dar origen a un dictamen de la Contraloría, cuales serían:

1. En virtud del trámite de Toma de Razón;
2. A solicitud de uno o varios particulares o funcionarios;
3. A solicitud de un Ministerio o Jefe de Servicio sobre materias propias del control que le corresponden;
4. Actuando la CGR de oficio, en un control de legalidad *a posteriori*.

3. La Jurisprudencia Administrativa

Habiéndose explicado lo anterior en relación a la CGR y su potestad dictaminante, corresponde definir qué se entiende por Jurisprudencia Administrativa y cuáles son las consecuencias de su conformación.

²⁴ Ejemplo claro de ello se encuentra en materia ambiental donde, en el proceso de evaluación participan variados Ministerios y Servicios Públicos, además en dicha área el reciente cambio de legislación dio lugar a variadas dudas respecto de su aplicación, la cual se ha ido resolviendo en la práctica, con modificaciones legislativas, desarrollo doctrinal, jurisprudencia de los tribunales y jurisprudencia administrativa.

²⁵ REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Ob. Cit. 48

La doctrina nacional la ha definido como “la serie de dictámenes emanados del organismo administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas”²⁶. De este modo, la dictaminación que haga la CGR tiene un carácter obligatorio para los Órganos de la Administración, quienes deberán obedecer y dar cumplimiento a la interpretación que ésta haga para el caso concreto y corregir su actuar en el caso de que se trate de una solicitud por parte de los particulares o funcionarios en defensa de sus derechos subjetivos. De igual manera, el criterio que se emplee servirá de base para las actuaciones futuras de dichos órganos, como se expondrá a continuación.

i. Efectos de la Jurisprudencia Administrativa

a. Respetto de los Tribunales de Justicia y los particulares

La obligatoriedad de los dictámenes de la CGR, como se ha venido diciendo, aplica para los Órganos de la Administración del Estado, sin embargo, resulta pertinente preguntarnos si ello tiene algún efecto respecto de los Tribunales de Justicia y los particulares.

Sobre los primeros, existe acuerdo en que no se encuentran obligados por la Jurisprudencia Administrativa, teniendo ésta un carácter ilustrativo, de modo que los Tribunales no tienen el deber de aplicar la ley en base a los criterios empleados por la CGR, de modo que podrían hacerlo de manera incompatible con ella o de igual manera, pero ello basado en un razonamiento y deliberación que los lleve a la misma conclusión²⁷.

Si se entendiera en sentido inverso, es decir, que los criterios adoptados por la Jurisprudencia Administrativa tienen fuerza vinculante respecto de los Tribunales, la CGR estaría cumpliendo las labores propias del legislador, lo cual no sería armónico con el resto del ordenamiento jurídico, sobre todo, considerando que existe una serie de posibilidades para impugnar actos de la Administración, lo que incluye a los dictámenes²⁸.

Respetto de los particulares, la situación es similar, pues si bien pueden verse afectados por la decisión contenida en un dictamen, ellos no se encuentran obligados a acatar dicha decisión al no existir

²⁶ CORDERO, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda Edición Corregida. Santiago, Legal Publishing Chile, 2015, pp. 169-170.

²⁷ REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Ob. Cit.50.

²⁸ GUZMÁN, Alejandro. La interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, p. 175 y ss.

sanción alguna aplicable en tal caso y, además, se le permite impugnar la decisión del Órgano Contralor ante los Tribunales de Justicia en caso de causar agravio, lo cual es concordante con lo anterior²⁹.

b. Respecto de la Administración

Los efectos que produce la Jurisprudencia Administrativa respecto de los Órganos de la Administración emanan principalmente de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 9° y 19° de la LOCCGR.

La vinculatoriedad de las decisiones de la CGR se extrae de los artículos 9° y 19, al establecer que los dictámenes e informes emanados de ella serán obligatorios para los funcionarios correspondientes en los casos concretos de que se trate y, que los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las oficinas de la Administración Pública o instituciones que no tienen o tengan a su cargo la defensa judicial quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por ellos.

Además de ello, es de vital relevancia para entender la aplicación de la Jurisprudencia Administrativa su carácter de “obligatoriedad general”. Entendemos por esto que la jurisprudencia de la CGR, si bien resuelve casos concretos, puede ser invocada en otros asuntos semejantes, trascendiendo el caso concreto de modo tal que ella puede fundar su aplicación a otro caso. Para los funcionarios, al ser obligatoria, deben aplicarla a los casos que resuelvan^{30 31}. De este modo, la CGR está entregando un criterio decisorio en cada uno de los dictámenes que pronuncie, el que deberá ser acatado por la Administración en todos los casos análogos a aquél en que el dictamen se produjo, pasando la interpretación que haga el Órgano Contralor a ser parte de un “todo obligatorio” para la Administración³².

Así, a raíz de la obligatoriedad general de los dictámenes de la CGR, aparece el llamado “precedente vinculante” de los mismos, entendido como la aplicación constante y uniforme de los criterios seguidos en las decisiones del Órgano Contralor. Esto, sin embargo, no implica la invariabilidad de la Jurisprudencia Administrativa, pues se contempla una serie de hipótesis en las cuales se puede apartar del precedente dando curso a otra línea de interpretación, cuando ello se vea justificado. Para ello las hipótesis

²⁹ Ver: REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Ob. Cit.51.

³⁰ CARMONA, Carlos. Las Formas de actuación de la Administración. 3. Las Normas Administrativas. Apunte de clases. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Segundo semestre de 2014, p. 257

³¹ La CGR ha señalado que la Jurisprudencia Administrativa cumple un triple rol: dando coherencia y unidad al actuar administrativo; otorgando previsibilidad a su actuar; complementando la labor normativa del Congreso y el Presidente de la República. Para mayor detalle ver: Dictamen N° 61.817, de 26 de diciembre de 2016.

³² REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo. Ob. Cit.54.

identificadas son (i) la existencia de antecedentes fácticos diferentes al nuevo caso; (ii) cambio de la ley interpretada; (iii) fundamento racional del cambio jurisprudencial y; (iv) ilegalidad del acto anterior³³.

Por último, parece necesario hacer presente que la posibilidad de la CGR para intervenir puede verse limitada en algunos casos, tal como lo expone el artículo 6° inc. 3° de la LOCCGR al señalar que deberá abstenerse de emitir dictamen en los casos sometidos a su conocimiento que “por su naturaleza sean de carácter propiamente litigioso, o que estén sometidos a los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado”. Ello ocurre en razón de la debida coordinación que debe existir entre los Órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones y así evitar también la aparición de decisiones contradictorias y conflictos de competencia.

Habiéndose explicado el funcionamiento de la Contraloría, su naturaleza y funciones, así como la importancia de la Jurisprudencia Administrativa y forma de producción de la misma, corresponde referirnos a la conceptualización de la Consulta Indígena y su evolución.

³³ Ibid., 56

CAPÍTULO II: HISTORIA Y CONCEPTO DE LA CONSULTA INDÍGENA

1. Conceptualización en el Convenio N° 169 de la OIT

Como se indicó precedentemente, en el año 1989 la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, el que constituye en la actualidad el principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas y que fue ratificado por nuestro país el año 2008, para entrar finalmente en vigencia en septiembre del año siguiente.

El Convenio está conformado por 44 artículos destinados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas en variados ámbitos. En lo relevante para esta memoria, 6 de los artículos del señalado instrumento internacional se refieren al deber de consulta de los Estados, sin embargo, en nuestro país sólo se ha considerado para el establecimiento del deber de consulta los artículos 6 N° 1, letra a) y N° 2 y el artículo 7 N° 1, oración segunda. Ello se debe a que, como se explicará en mayor detalle más adelante, ante un requerimiento de constitucionalidad efectuado al Tribunal Constitucional, éste determinó que sólo se puede haber aplicación de los señalados artículos por ser éstos los únicos autoejecutables.

En razón de lo anterior, la conceptualización de la Consulta Indígena aplicable a nuestro país en base al Convenio debe hacerse en consideración a esas disposiciones. Así, debe entenderse como *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, debiendo 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, permitiendo a los pueblos participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*³⁴.

³⁴ El concepto aquí desarrollado surge de la integración del contenido de los artículos señalados

Sin embargo, la aplicación de este concepto no contemplaba un procedimiento específico, por lo que para la aplicación de la Consulta Indígena se dictó el Decreto Supremo N° 124, de 2009, con la finalidad de reglamentarla.

2. Entre los años 2009 y 2013

Ante la incertidumbre que generó la incorporación del deber de Consulta Indígena a nuestro ordenamiento jurídico, producto de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, las autoridades de nuestro país entendieron que dicha obligación se encontraba contenida en el artículo 34 de la Ley N° 19.253 de 1993 en el cual se establece la obligación de *“escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones que dicha ley reconoce”* cuando se traten materias que tengan injerencia o relación en temas indígenas y ésta debía ser regulada. Con esa finalidad, en septiembre de 2009, se dictó el Decreto Supremo N°124, del Ministerio de Desarrollo y Planificación, que consistió en un mecanismo transitorio para cumplir con la obligación de consulta.

Dicho decreto, desde su dictación, fue “objeto de críticas tanto de los líderes indígenas como de actores de la sociedad civil. [...] [S]e ha argumentado que este no cumple con los estándares internacionales que obligan a Chile por varias razones: en primer lugar, porque se trata de un acto de la administración inconsulto; en segundo lugar, porque su objetivo explícito es la reglamentación del derecho establecido en el artículo 34° de la Ley indígena que asegura el derecho de oír y considerar la opinión de los pueblos– y no de los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT –que ciertamente fija un estándar de consulta más elevado– y, en tercer lugar, porque su contenido mismo no satisface los estándares fijados en torno a la consulta y participación.”³⁵

En efecto, por medio del Decreto 124 que pretendió regular la Consulta Indígena se tuvo una primera regulación al respecto, sin embargo, ella no se hizo respecto de las materias contenidas en los artículos 6° y 7° del Convenio, sino que fue en relación al artículo 34 de la Ley 19.253, cuerpo legal que fue dictado el año 1993, es decir, casi 20 años antes de que entrara en vigencia el referido instrumento internacional y que en la práctica no se hacía cargo propiamente de las materias reguladas por éste. Además de ello,

³⁵ ÁLVAREZ, Alejandro, OTERO, Alejandra, MAQUILÓN, Diana. *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. En: Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012. pp.169-170.

tratándose justamente de una regulación del deber de consulta, consistió en una decisión administrativa no consultada con las organizaciones indígenas sobre la aplicación de ésta y cuya obligatoriedad no era extensiva para todos los órganos, quedando fuera los autónomos³⁶.

El Decreto 124 conceptualizó la consulta como “el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados [...] en este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas” (art. 2), concepto que dista de ser una forma adecuada de entender la consulta en la forma en que pretende que se haga el Convenio 169. “En opinión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, este mecanismo lleva adelante ‘negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y [que] se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no [como] consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones’”³⁷

3. Desde el año 2014 en adelante

El 4 de marzo del año 2014, se publicó el Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Desarrollo Social, que reglamenta la Consulta Indígena hasta la actualidad, como resultado de un proceso al que se le denominó “la consulta de la consulta”, pues en el reglamento anterior se explicitó que se elaboraría un reglamento definitivo sobre esta obligación una vez que se hubiera llevado a cabo un procedimiento de Consulta Indígena, para asegurar la participación de los pueblos en su reglamentación.

En el caso de este reglamento, sí se abordaron propiamente los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT para la generación del reglamento, lo que resuelve uno de los puntos más criticados del DS N° 124. Con esta nueva reglamentación de la Consulta Indígena, se definió esta obligación como “*un deber de los*

³⁶ Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Op. Cit. p. 170

³⁷ CONTESSÉ SINGH, Jorge, LOVERA, Domingo, El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. En: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2011. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales. 1ª Ed. 2011. p. 130

órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios” (art. 2°) de buena fe, procedimiento apropiado y carácter previo³⁸.

De este modo, como veremos en el siguiente capítulo, con el análisis del marco normativo, existen diferencias conceptuales entre uno y otro reglamento, lo que podrá incidir en los criterios considerados por la CGR al momento de decidir materias sometidas a su conocimiento relativas a la consulta indígena, produciendo la falta de uniformidad de la jurisprudencia administrativa sobre este punto.

³⁸ Artículos 9°, 10 y 11, respectivamente.

CAPÍTULO III: MARCO NORMATIVO

La regulación de la Consulta Indígena en nuestra legislación no se encuentra concentrada en un solo cuerpo normativo, sino que, por el contrario, la encontramos repartida en distintas leyes y reglamentos que contienen preceptos relativos a ella. Ello se debe, en gran medida, al hecho de que la obligación de consulta resulta aplicable en diversos ámbitos y por distintas autoridades.

1. Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales

El Convenio 169 fue ratificado por nuestro país el año 2008, y entró en vigencia el 2009. Por medio de este tratado internacional nuestro país asume la obligación de llevar a cabo la consulta indígena de conformidad con lo que señala dicho tratado, siendo éste la base sobre la cual se construye la normativa para definir su forma de aplicación.

El Convenio se refiere a diversas materias, contemplando como herramientas principales para la protección de las comunidades indígenas el reconocimiento de éstos como sujetos colectivos de derechos; la consagración de derechos políticos como la participación en el Estado, la consulta y la autogestión; el reconocimiento de derechos territoriales como derecho de propiedad, posesión de las tierras, posesión de territorios y recursos naturales y; reconocimiento de derechos culturales que incluyen aquellos consuetudinarios, derechos a la educación y salud, entre otros³⁹.

Particularmente, la Consulta se encuentra consagrada en el Convenio 169 en sus artículos 6 N° 1, letra a) y N° 2, que establecen la obligación de consultar a los pueblos indígenas para dar aplicación a las disposiciones del Convenio; 15 N° 2, relativo a las medidas que se pretenda implementar que tengan incidencia en los recursos naturales presentes en las tierras indígenas; 17 N° 2, que establece la consulta

³⁹ CORVALÁN SAN MARTÍN, Claudia *LA IMPLEMENTACIÓN DE "LA CONSULTA" DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN CHILE: LAS IMPLICANCIAS PARA LA GRAN MINERÍA*. Tesis para optar al grado académico de Magíster en Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Santiago, 2015 (pp. 16-17)

en casos de enajenación de tierras; 22 N° 3, que versa sobre el desarrollo de programas especiales de formación profesional y; 28 N° 1, relativo a la enseñanza de la lectura y escritura en su propia lengua.

Dentro de los artículos relevantes del Convenio puedo destacar:

“Artículo 6

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

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]

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 precitado se pueden observar una serie de cuestiones relevantes para la implementación de la Consulta, a saber:

- a) Se señala que la Consulta deberá llevarse a cabo “mediante procedimientos apropiados”, sin establecerse un procedimiento estándar o que sirva de base mínima para desarrollar un procedimiento *ad-hoc* a cada país, por lo que queda entregado a cada uno de los Estados que ratificaron el Convenio la creación de un procedimiento que permita dar cumplimiento a esta obligación.
- b) Debe hacerse a través de las instituciones representativas que tenga cada uno de los pueblos.
- c) Debe llevarse a cabo un proceso de consulta cada vez que se prevean medidas **legislativas o administrativas** “susceptibles de afectarles directamente”, quedando excluidas las medidas judiciales⁴⁰.

⁴⁰ Al respecto, resulta interesante el hecho de que en el fallo de casación Rol 6628-2015 de la Corte Suprema relativo a la constitución de una servidumbre minera que se pretendía establecer en parte de una Área de Desarrollo Indígena (ADI) y que acaba rechazando la servidumbre, el voto de minoría sostenido por la ministra Andrea Muñoz y la abogada integrante Leonor Etcheberry haya considerado que debía anularse todo lo obrado y retrotraer la causa al estado previo a la dictación de la sentencia, para que se practicara un proceso de Consulta Indígena. Lo destacable de ello radica en que la constitución de servidumbres mineras en terrenos fiscales debe llevarse a cabo mediante una demanda contra el Fisco, por lo tanto, corresponde a una medida judicial y no administrativa ni legislativa.

- d) Es el concepto de “susceptibilidad de afectación directa” el que hace exigible la realización de la Consulta, por lo que la determinación de dicho concepto resultará fundamental para dirimir si corresponde o no aplicarla.
- e) Las consultas deben llevarse a cabo de buena fe apuntando a lograr acuerdos con las comunidades involucradas.

“Artículo 7

*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.**” (énfasis añadido)*

El artículo 7, establece la obligación del Estado de permitir a los pueblos indígenas participar en los procesos de desarrollo de planes y programas de desarrollo nacional y regional que pudieran afectarles directamente.

En el artículo 15, se contempla específicamente el ámbito de la protección de los recursos naturales existentes en las tierras que habitan las comunidades indígenas, obligando a los gobiernos a efectuar una consulta cuando se pretenda llevar a cabo la explotación de dichos recursos y además establece que, de ser posible, las comunidades afectadas deberán participar de las ganancias que tal actividad reporte, así como percibir una indemnización por los daños que pudieren sufrir a causa de ella.

En el caso del artículo 22, se establecen obligaciones a los Estados que apuntan al desarrollo social y capacitación de los pueblos indígenas relativas a la promoción de programas de formación profesional voluntarios para los pueblos interesados y una adecuación, generando programas especiales de formación, para dichos pueblos considerando las condiciones sociales, culturales y las necesidades concretas de cada pueblo, consultándolos respecto de su organización y funcionamiento.

Del mismo modo que el artículo revisado en forma precedente, en el artículo 27 se establece la obligación de prestación de servicios adecuándose a las características particulares de cada uno de los pueblos involucrados, pero en este caso en el ámbito de su educación estableciéndose que debe llevarse

a cabo una consulta a los pueblos indígenas para la determinación de las normas mínimas que deberán satisfacerse para la creación de instituciones y medios propios de educación de cada pueblo.

Por último, encontramos en el artículo 28 una obligación de consulta en los casos en que no sea viable enseñar a leer y escribir en su propia lengua a los niños de los pueblos interesados, debiendo llevarse a cabo a modo de lograr determinar los medios a adoptar para lograr tal objetivo.

Sin embargo, pese a que el Convenio 169 contiene todos los artículos señalados que establecen obligaciones para los Estados respecto de la realización de procesos de Consulta Indígena y otros tantos relativos a la participación de los pueblos, en nuestro país sólo se han desarrollado reglamentos relativos a la consulta y participación sobre la base del artículo 34 de la Ley N° 19.253 en una primera instancia y los artículos 6° y 7° del Convenio, en forma posterior⁴¹, excluyéndose toda la regulación relativa a los demás artículos que tratan dichas materias, así como las demás obligaciones que establece el Convenio, por lo que en la práctica su ratificación fue más bien la ratificación de obligarse a la consulta y participación indígena de modo restringido y no a la totalidad de las disposiciones del mismo.

La explicación de la inaplicación del resto del Convenio está dada por la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional (TC) de 4 de agosto de 2000, Rol 309, donde un grupo de parlamentarios interpusieron un requerimiento de inconstitucionalidad sobre las normas contenidas en él, por considerar que con ellas se entraba a modificar leyes orgánicas constitucionales, debiendo concluirse la inconstitucionalidad del mismo.

El TC concluyó que para resolver la materia debía hacerse la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables, donde las primeras corresponderían a aquellas normas que están redactadas de manera autosuficiente, completa y precisa, de modo que se puede hacer aplicación directa de ellas una vez aprobado el tratado que busca incorporarlas; las segundas, por su parte, “requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente de derecho interno”⁴².

En base a la distinción señalada entre disposiciones de uno y otro tipo, el TC resolvió que el derecho a la consulta tiene carácter autoejecutable en 2 hipótesis, a saber: i) aquella contenida en los artículos 6 N° 1, letra a) y ii) N° 2; y 7 N° 1, oración segunda. Respecto de las demás disposiciones del Convenio, señaló que constituyen disposiciones de carácter programático, por lo que el control de

⁴¹ DS N° 124, de 2009 y DS N° 66, de 2013, respectivamente.

⁴² STC Rol 309-00. Considerando 48°

constitucionalidad de ellas corresponderá hacerlo al momento de la aprobación de las leyes que pretendan darles aplicación en nuestro ordenamiento.

ii. Ley N° 19.253 o “Ley Indígena”

La ley 19.253, de 1993 o también llamada “Ley Indígena”, constituye una de las principales promesas contraídas por la Concertación de Partidos por la Democracia para con los pueblos indígenas en los años previos al fin de la Dictadura Militar. El texto original de esta ley había sido el producto de una amplia participación indígena por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) con el gobierno, sin embargo “sufrió diversas modificaciones antes de presentarse como proyecto de ley, aparentemente realizadas a nivel central y no por la propia CEPI”⁴³. Pese a lo anterior, la ley 19.253 fue el principal instrumento de protección de los pueblos indígenas en nuestro país antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y, aunque no comprende propiamente la consulta indígena, dentro de su articulado podemos encontrar normas de relevancia para la aplicación de ésta y que han servido de base para su regulación posterior.

Así las cosas, corresponde ahora analizar los artículos que resultan relevantes sobre la regulación de aspectos clave para la implementación de la consulta.

El artículo 1° contiene los principios generales de la ley y en su inciso 2° determina las etnias principales que son reconocidas por el Estado de Chile:

“El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.” (Énfasis añadido).

⁴³ Entrevista a Jorge Sanderson, Temuco, 23-24 de septiembre del 2003. Citado en: VERGARA DEL SOLAR, Jorge Iván, GUNDERMANN KRÖLL, Hans, FOERSTER GONZÁLEZ, Rolf. *Estado, conflicto étnico y cultura*. 1ª ed. Antofagasta, Chile, QUILLQA, 2013. p. 81

Esta identificación de pueblos reconocidos por el Estado será importante, como veremos más adelante, para determinar la aplicación de las normas relativas a la consulta indígena en el sentido de establecer su sujeto pasivo.

El artículo 2°, en el mismo sentido que el artículo anterior, será de suma relevancia para identificar al sujeto pasivo de la consulta, puesto que en él se establece a quiénes se les reconocerá la calidad de indígena.

*“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 descendan 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.” (Énfasis añadido)***

De la lectura del artículo citado se puede extraer que además de la pertenencia propiamente tal a una de las etnias reconocidas por el Estado, existen causales que permiten la atribución a una persona de la calidad de indígena, tales como la filiación natural o por medio del acto jurídico de la adopción; tener al menos un apellido indígena o uno no indígena cuando se acredite su procedencia y; quienes mantengan los rasgos culturales de alguna etnia reconocida.

De este modo, se amplía la determinación de la calidad de indígena a los casos señalados en forma precedente permitiendo que las comunidades actuales, que naturalmente han ido sufriendo

modificaciones en su conformación a lo largo del tiempo, puedan verse amparadas por la legislación que regula a los pueblos reconocidos por nuestro país.⁴⁴

Para poder acceder a la calidad de indígena no basta el hecho de encontrarse en alguno de los casos establecidos en el artículo 2°, sino que además de ello deberá acreditarse dicha condición por medio de un certificado otorgado por CONADI, como señala el artículo 3°.

Luego, el artículo 9° establece las cuatro situaciones que constituyen el concepto de “Comunidad Indígena”:

“Artículo 9°.- 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**⁴⁵, y*
- d) **Provenzan de un mismo poblado antiguo.**” (Énfasis añadido)*

Esta determinación de lo que se entenderá por comunidad indígena es sumamente relevante para efectos de la aplicación del procedimiento de consulta, como se explicará más adelante.

Además, resulta necesario para el reconocimiento de las comunidades llevar a cabo un trámite formal ante un notario, oficial del Registro Civil o un secretario municipal, donde se aprobarán los estatutos de la organización y se elegirá su directiva, dejando un acta de lo obrado con la individualización de los miembros asistentes mayores de edad, quedando una copia autorizada de esta en la respectiva Subdirección Nacional, Dirección Regional o Jefe de la Oficina, para su inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas, informando a la Municipalidad respectiva. (art. 10)

⁴⁴ Desde el año 1994 -año en que comenzó a regir la ley 19.253- hasta mayo de 2016, un total de 15.485 personas recibieron la calidad de indígenas, pese a no tener ascendencia de pueblos originarios (Fuente: *La Araucanía concentra el 34% de personas con calidad de indígena por "gracia"*, La Tercera, 30 de mayo de 2016 [en línea] <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/05/680-682853-9-la-araucania-concentra-el-34-de-personas-con-calidad-de-indigena-por-gracia.shtml>>

⁴⁵ Respecto de este literal, el artículo 12 de la misma ley establece qué se entenderá como tierras indígenas.

Más adelante, encontramos el Título V de la ley: “Sobre la participación”. Bajo su párrafo 1°, el artículo 34 reza como sigue:

*“Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, **cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.***

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.” (Énfasis añadido)

Por el presente artículo se establece la obligación de los órganos del Estado a “escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas”, lo cual es el núcleo de lo que esta ley entiende como derecho de participación, el cual, junto a la consulta, se encuentra recogido por el Convenio 169 y que son lo único reconocido en la práctica en nuestro país del referido convenio. Este artículo cobrará especial relevancia, como se verá, al momento de la dictación del DS 124.

En el artículo 35, se establece el derecho de la participación de los pueblos indígenas respecto de la administración de las áreas silvestres existentes en las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), sin embargo, no se establece una forma de participación específica para que las comunidades ejerzan su derecho, sino que se entrega a la CONAF, al SAG y a CONADI la determinación casuística de la forma y alcance de ésta, entregándoles discrecionalidad para resolver.

En su párrafo 2°, se regulan las Asociaciones Indígenas, señalando que *“consisten en la agrupación voluntaria y funcional integrada por a lo menos, veinticinco indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común”*. Se señala además que éstas *“no podrán atribuirse la representación de las Comunidades Indígenas”* y que éstas gozan de personalidad jurídica al momento de su constitución.

Además de los conceptos precisados anteriormente, la Ley 19.253 se refiere a otras materias, que no serán comentadas en el presente trabajo, tales como fondos orientados desarrollo indígena, así como la obtención de tierras y agua; regulación relativa a las ADI; cultura y educación indígena; normas particulares para algunos pueblos y la creación de la CONADI, la cual constituye en la actualidad el

principal organismo de la administración dedicado a atender las cuestiones indígenas en nuestro país, apuntando al desarrollo de estos pueblos y velar por su bienestar⁴⁶.

iii. Ley N° 20.249 o de “Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios” (ECMPO)

Esta ley, que popularmente se ha conocido como la “Ley Lafkenche” tuvo su entrada en vigencia en febrero del año 2008. El objetivo, según señala el mensaje del ejecutivo, consiste en la creación de una nueva categoría jurídica denominada espacio costero marino de pueblos originarios, el que *“deberá comprender una porción de agua y fondo, playa y terrenos de playa fiscales, que han utilizado las comunidades indígenas ancestralmente [...] [Para su delimitación] se atenderá al uso consuetudinario que se invoque para solicitar su declaración [, así como] al uso que se pretende dar a dicho espacio por parte de la asociación de comunidades o comunidad solicitante”*⁴⁷.

En este contexto, la Ley ECMPO contiene dentro de su articulado preceptos relativos a la consulta indígena, que resultará útil tener en cuenta para el desarrollo posterior del presente trabajo.

En el artículo 2° de la ley se contienen las definiciones de los conceptos empleados para su aplicación, dentro de las cuales nos interesan:

“a) Asociación de comunidades indígenas: agrupación de dos o más comunidades indígenas constituidas de conformidad con la ley N° 19.253, todas las cuales, a través de sus representantes deberán, suscribir una misma solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios. [...]

c) Comunidad indígena o comunidad: las comunidades indígenas constituidas de conformidad con la ley N° 19.253”

⁴⁶ En la actualidad, sin embargo, se está tramitando en el Congreso Nacional el Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas, el cual comprende además el reemplazo de la CONADI por el Servicio Nacional de Pueblos Indígenas (SENAPI)

⁴⁷ Historia de la Ley N° 20.249 (2008). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Mensaje de S. E. la Presidenta de la República.

Como se ve, esta ley contempla un nuevo concepto, que corresponde al de “asociación de comunidades indígenas”⁴⁸ -que será la encargada de efectuar la solicitud de espacio costero marino de Pueblos Originarios⁴⁹-, a la vez que mantiene el concepto de “comunidad indígena” contenido en la Ley 19.253.

Por su parte, el artículo 8° se refiere al informe sobre uso consuetudinario y consultas determinando que, una vez que la CONADI hubiese establecido que efectivamente existe un uso consuetudinario por parte de la asociación solicitante, o se hubiese acogido el recurso de reclamación en contra de la resolución que lo negase, existe una obligación de llevar a cabo un proceso de consulta a las comunidades que se ubiquen próximas a la zona donde se pretende establecer el ECMPO, con la finalidad de que puedan hacer observaciones y participar en el proceso para su establecimiento haciendo valer sus derechos. De este modo se permite que participen de la administración del espacio comunidades que no hubieren formado parte originalmente de la asociación de comunidades indígenas constituida al efecto.

iv. Decreto Supremo 124 del MIDEPLAN

El Decreto Supremo 124 de septiembre de 2009, tuvo como finalidad establecer un procedimiento reglado para la aplicación de la consulta y participación de los pueblos indígenas dentro del territorio nacional a consecuencia de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, “[desde su dictación fue] objeto de críticas tanto de líderes indígenas como de actores de la sociedad civil. [...] [S]e ha argumentado que éste no cumple con los estándares internacionales que obligan a Chile por varias razones: en primer lugar, porque se trata de un acto de la administración inconsulto; en segundo lugar, porque su objetivo explícito es la reglamentación del derecho establecido en el artículo 34° de la Ley indígena [...] y no de los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT -que ciertamente fija un estándar de consulta más elevado-: y, en tercer lugar, porque su contenido mismo no satisface los estándares fijados en torno a la consulta y participación”⁵⁰.

⁴⁸ Distinto del concepto de “asociaciones indígenas”, contenido en la ley 19.253

⁴⁹ Sin perjuicio de lo señalado en el art. 5° inciso 3°, al permitir la posibilidad de que una comunidad indígena pudiese solicitarlo en tanto se constate que sólo ella ha realizado el uso consuetudinario y no hay otras comunidades vinculadas a él.

⁵⁰ ÁLVAREZ, Alexandro, OTERO, Alejandra, MAQUILÓN, Diana. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. En: Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012. Pp 169-170

Se ha señalado a su vez que el DS 124 restringe i) el criterio de afectación aplicable; ii) los órganos obligados a la misma, por dejar fuera a los órganos autónomos; iii) el ámbito de aplicación, por restringir el concepto de “medida legislativa y administrativa”; iv) el establecimiento de un procedimiento con plazos estandarizados y únicos, violando la norma que obliga a procedimientos adecuados y, además, v) la norma que regula el derecho a consulta y participación de los pueblos indígenas debería corresponder a una medida legislativa y no administrativa⁵¹.

Sin perjuicio de que el DS 124 fue objeto de todas estas críticas y hubiese regulado una consulta indígena distinta de la contenida en el Convenio 169, fue un reglamento que se aplicó en la práctica y definió la forma de implementación de la consulta indígena desde su dictación hasta su derogación el año 2014, por lo que corresponde abordar su contenido.

El Reglamento constaba de 23 artículos y 1 artículo transitorio, el cual establecía que habiendo el convenio 169 entrado en vigencia, se daría inicio a un proceso de consulta indígena relativo al procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y participación de los pueblos, *en conformidad a lo establecido en el artículo 34 de la ley N° 19.253 y en los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo*.

En su artículo 1° se señalaba el objeto del reglamento, el cual consistía en regular “[...]la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la Ley N° 19.253”.

Si bien, en su inciso segundo se incluyó una referencia a los artículos del Convenio sobre la materia, su inciso primero era claro al señalar que la materia regulada por el Reglamento correspondía al artículo 34 de la Ley Indígena y no propiamente la obligación contenida el Convenio.

Al respecto resulta necesario hacer presente que el mencionado artículo 34 contemplaba la obligación de “escuchar y considerar” y no propiamente consultar, como lo exige el Convenio y se ha criticado que este reglamento pretendía someter al Convenio a una norma y estándar inferior, de recabar meras opiniones⁵².

⁵¹ Ibídem. p. 170

⁵² Centro de Políticas Públicas, *Texto comentado del Decreto 124 de 'Reglamento de consulta y Participación de los pueblos indígenas en Chile'*. Art. 1°. Documento en línea, disponible en: <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/decreto-124-comentado.html>>

Su artículo 2° definía el concepto de “consulta” como *“el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas. (Énfasis añadido)*

En el mismo sentido que lo señalado respecto del artículo anterior, se criticó que estaría desvirtuando la consulta en tanto “una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”, particularmente a la vista del establecimiento de un “diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.⁵³

El artículo 4° señalaba los órganos que se encontraban sujetos a las disposiciones contenidas en el reglamento, siendo éstos los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Al respecto, se efectuaron críticas en contra de esta disposición por no contemplar a los órganos autónomos y sólo señalar que “podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento”.

Artículo 5º.- Proyectos de inversión. Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley Nº 19.253, cuando corresponda, serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la administración del Estado competente podrá, además, aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento. En este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial. (Énfasis añadido)

En este artículo resulta relevante hacer presente, respecto de la parte destacada, la preocupación que manifiesta el Relator Especial de la ONU, James Anaya, al señalar que “algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones

⁵³ OIT, *PRINCIPIOS INTERNACIONALES APLICABLES A LA CONSULTA EN RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE*. Año 2009 [en línea] <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>>

importantes sobre el medio ambiente, como las presas, **solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno**. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, **el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares**, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales⁵⁴. Así, los observantes internacionales no veían con buenos ojos la manera en que se consideraba la aplicación de la consulta en materia de proyectos de inversión, puesto que sólo se consideraba la necesidad de llevarla a cabo cuando se tratase de proyectos que afectaran tierras indígenas reconocidas por el Estado o ADI.

En su artículo 6° el Reglamento señalaba que para su aplicación se entendería por “pueblos indígenas” a las *etnias*⁵⁵ indígenas reconocidas en el art. 1° de la ley 19.253, por lo que se mantenía la nomenclatura y contenido del concepto, facilitando la comprensión.

*Artículo 7°.- Criterios de afectación. Se entenderá que hay **afectación directa de los pueblos indígenas cuando la medida legislativa o administrativa o el respectivo plan o programa de desarrollo nacional o regional, según corresponda, diga relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N° 19.253, o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables.** (Énfasis añadido)*

El concepto de la “afectación directa” resulta crucial para la determinación de la pertinencia de llevar a cabo un proceso de consulta y es una de las principales temáticas abordadas por los dictámenes que analizaremos más adelante.

Justamente producto de su relevancia es que fue objeto de críticas por los sectores indígenas y defensores de Derechos Humanos, y de observaciones por parte de representantes de la ONU respecto de la territorialidad que se señala para su determinación, en el mismo sentido en que se explicó en el comentario al artículo 5° del presente reglamento (nota n° 54). A ello se agrega que “[l]a consulta prevista

⁵⁴ ANAYA, James, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. ONU Año 2009 [en línea] Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf?view=1>> (énfasis añadido)

⁵⁵ Algunos sectores han criticado el uso del vocablo *etnias* por considerar que es “una denominación impropia y discriminatoria”, toda vez que “la ratificación del Convenio 169 ha reemplazado la expresión “etnias” por “pueblos” en el ordenamiento jurídico chileno.” (Centro de Políticas públicas Op. Cit. art. 6°)

[...] procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no, título de propiedad sobre los mismos”⁵⁶, como ha señalado la OIT en el informe del Comité a cargo de la resolución de una reclamación de incumplimiento del Convenio por parte de Guatemala.

El Reglamento establecía además en su art. 8° que la CONADI debía prestar asesoría técnica a los órganos de la Administración señalados en el art. 4° durante el desarrollo de los procesos de consulta y participación.

En el artículo 9°, se determinó la manera de llevar a cabo la consulta en términos de establecer e identificar las formas organizacionales a través de las cuales se efectuaba a los pueblos, señalando que correspondía hacerlo a “*las organizaciones indígenas de carácter tradicional y de las comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253*”. En relación con esta disposición se ha señalado que invadía un ámbito privativo de los pueblos indígenas, pues son ellos los que deben definir sus instituciones representativas y no debe limitarse a formas establecidas por terceros para su reconocimiento.⁵⁷

En el título III se establecieron normas específicas para la consulta, donde en su párrafo 1° se contenían los principios que regulan la consulta, los cuales eran:

- Buena fe: implica respetar intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas, entregando la información relevante, absolver dudas y responder fundadamente las observaciones efectuadas. (Art. 10)
- Procedimiento Apropriado: implica la consideración de la realidad de los pueblos a ser consultados utilizando una metodología que permita la comprensión de la medida consultada, sus consecuencias y tengan la posibilidad de manifestar sus planteamientos. (Art. 11)

⁵⁶ OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC)*. Año 2007, N° 48. [en línea] Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507321,es:NO>

⁵⁷ Centro de Políticas públicas Ob. Cit. art. 9°

- Finalidad: Debe llevarse a cabo apuntando a lograr acuerdos o lograr consentimiento respecto de las medidas, que implica la voluntad de efectuar adecuaciones que sean razonables, posibles, necesarias u pertinentes a los pueblos indígenas, sin que ello impida su realización⁵⁸. (Art. 12)
- Representatividad: Debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos señaladas en el art. 9° (Art. 13)

En su párrafo 2°, se contenía la normativa que regulaba el procedimiento mismo de la consulta.

Al respecto se señalaba en el art. 14 que las medidas a ser consultadas eran las legislativas y administrativas, donde las primeras correspondían a *“las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos, que tengan su origen en los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados; mientras que las segundas corresponden a “las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21”, elaboradas por los órganos señalados en el art. 4º de este reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados.*

El artículo 15 se refería a la oportunidad de la consulta, abordando en su inciso 1° las medidas legislativas y en el 2°, las administrativas. Respecto de las medidas legislativas señalaba que la consulta de las ideas matrices de proyectos de reforma constitucional o proyectos de ley podía realizarse antes de su envío al Congreso o durante su tramitación, mientras que los reglamentos debían consultarse antes de su ingreso a la CGR, señalando que en ambos casos dependería de que *“la urgencia de la materia así lo permita”*.

Respecto de las medidas administrativas señalaba que debe efectuarse antes de la aplicación de las nuevas políticas, planes o programas, salvo que una emergencia o necesidades de buen funcionamiento del órgano respectivo fundamentase la decisión contraria.

En el artículo 16 se regulaba la pertinencia de la consulta, señalando que al órgano que le corresponda llevar a cabo la medida le correspondería evaluar con el MIDEPLAN, en coordinación con el MINSEGPRES, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta.

⁵⁸ Se ha criticado la frase final por considerarse que con ella se busca eludir la finalidad de la consulta, en tanto las medidas se realizarán de cualquier modo.

Además, el inciso 2° señalaba que cuando el órgano al que le correspondía llevar a cabo la consulta estimase que no correspondía iniciarla, el MIDEPLAN y MINSEGPRES podía recomendar su realización si consideraban que la medida cumplía los requisitos para ser consultada.

En cuanto al contenido de la consulta, el artículo 17 preceptuaba que el proceso de consulta debía permitir la adecuada información de los pueblos interesados en la medida y la recepción de observaciones.

En su inciso 2° señalaba que correspondía al órgano respectivo la determinación de instrumentos y modalidades idóneos para su cumplimiento, los cuales debían contemplar el objetivo del proceso, contenidos de la propuesta de medida consultada, el itinerario, los plazos y las actividades del proceso

El artículo 20 establecía que en caso de que la medida consultada se materializara en un proyecto de reforma constitucional, proyecto de ley o reglamento, o en una política, plan o programa, se debía dejar constancia en el correspondiente instrumento del hecho de haberse efectuado un proceso de consulta.

Del procedimiento de consulta contenido en el párrafo expuesto, se criticaba que en la práctica se traducía en una encuesta de opinión o un requisito de formalidad para la adopción de una medida, sin lograrse por su intermedio una incidencia real en los procesos legislativos o de elaboración de políticas, planes y programas.⁵⁹

Finalmente, disponía de un artículo transitorio que rezaba como sigue:

*Artículo transitorio: Una vez que entre en vigencia el presente reglamento, **se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta** y participación en conformidad a lo establecido en el artículo 34 de la ley N° 19.253 y en los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. (Énfasis añadido)*

El citado artículo daba cuenta de que la pretensión de este reglamento no era su aplicación a perpetuidad, sino que, buscaba servir de base para poder tener una reglamentación del contenido de la consulta indígena para poder aplicarla mientras se elaboraba un reglamento definitivo, por lo que debe considerársele como un reglamento de carácter transitorio. Este precepto contemplaba lo que por la

⁵⁹ Centro de Políticas públicas Op. Cit. arts. 14-20

doctrina recibió la denominación de “la consulta de la consulta”, sin embargo, dicho proceso tomó casi 5 años para culminar finalmente con la dictación del DS N°66 de 2014, que derogó al DS N° 124.

El DS 124 fue un reglamento sumamente criticado, como puede observarse de la lectura de lo expuesto, producto, entre otras cosas, de su falta de adecuación a los estándares internacionales que establecía la OIT para la aplicación del Convenio, al hecho de que la reglamentación contenida por éste corresponde al artículo 34 de la ley 19.253, principalmente, que establecía un estándar inferior de consulta y por la falta de consulta para su dictación. Asimismo, se criticó el hecho de que estableciera la “consulta de la consulta”, basada en un reglamento inconsulto como marco para llevarla a cabo.

v. Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente o Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA)

El proyecto de Reglamento del SEIA fue aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en su sesión del 28 de mayo de 2012. Para su elaboración, el SEA llevó a cabo numerosas audiencias y actividades de difusión del proyecto, sin embargo, ha sido objeto de críticas por algunos sectores por considerar que no se adecuó a los estándares internacionales de consulta y se alegó también que el DS N°40, en su versión final publicada con fecha 30 de octubre de 2012, era distinta a la aprobada por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, por lo que la consideran una versión inconsulta.⁶⁰

Sin perjuicio de las críticas, el SEA sostuvo que “el trabajo realizado cumple con el estándar impuesto, esto es que la propuesta reglamentaria fuera consultada a través de un procedimiento que cumpliera el estándar del Convenio 169”⁶¹.

Dicho esto, corresponde analizar la normativa que contiene este reglamento, que, sin ser propiamente un reglamento sobre la consulta indígena, contiene preceptos de suma relevancia para su implementación en una de las principales áreas de aplicación de ésta: la evaluación ambiental de los proyectos.

⁶⁰ Centro de Políticas Públicas. “Nueva versión (inconsulta) del ya inconsulto Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)”. [en línea] <<http://www.politicaspublicas.net/panel/eia/documentos/1665-reglamento-seia-enero2013.html>>

⁶¹ Servicio de Evaluación Ambiental. “SEA afirma que el Reglamento del SEIA cumple con la consulta indígena” [en línea] <<http://www.sea.gob.cl/noticias/sea-afirma-que-el-reglamento-del-seia-cumple-con-la-consulta-indigena>>

La primera cuestión relevante que encontramos en el RSEIA, para efectos de la consulta, se ubica en el artículo 2°, que contiene las definiciones de los conceptos que se aplicarán. Particularmente en su letra h), que define a los “pueblos indígenas” estableciendo que se mantendrá la definición y calificación contenida en la ley 19.253, agregando a su vez en el inciso 3° que además podrán constituir “grupos humanos”, en los términos contenidos en el artículo 7°, relativo al reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. Ello será importante para la determinación del sujeto pasivo de la consulta, pues no exige que los grupos humanos constituyan necesariamente comunidades o asociaciones indígenas, ampliándose así la legitimación pasiva, al señalarse que

“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.”

Además, es relevante el señalado artículo respecto de si es necesaria la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o bastará con una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). El reglamento contiene variados artículos relativos a la necesidad de llevar a cabo un EIA cuando el proyecto en evaluación sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas. A este respecto, encontramos disposiciones que lo establecen en los artículos 5° inciso final, en relación a la generación de un riesgo para la salud; el artículo 6°, relativo a la generación de efectos adversos significativos en la cantidad y calidad de los recursos naturales; el ya señalado artículo 7° sobre el reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, estableciéndose consideraciones especiales cuando se trate de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas; el artículo 8°, sobre la localización del proyecto 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; artículo 9°, en relación a la alteración significativa del valor paisajístico o turístico de la zona; y el artículo 10°, respecto de la alteración del patrimonio cultural.

En el mismo sentido de lo anterior, el artículo 27 contiene las normas relativas al análisis de ingreso por EIA por la susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Al igual que en otras normativas relativas a la consulta, el concepto de “susceptibilidad de

afectación directa” juega un rol fundamental para la determinación de la necesidad de llevar a cabo procesos de consulta indígena.

El señalado artículo establece en su inciso primero que es facultativo para el proponente dirigirse a la dirección del SEA para obtener la información que requiera en términos de requisitos jurídicos o técnicos para su evaluación y un eventual PCI. Además, resulta relevante el hecho de que sólo se considera este aspecto cuando se trata de un EIA y no una DIA.

El inciso segundo agrega que el SEA realizará reuniones con los grupos humanos de los pueblos indígenas para recabar opiniones y considerarlas en su pronunciamiento, reuniones que es necesario hacer presente que no son propiamente una consulta indígena, sino sólo reuniones para efectos de considerar correctamente la situación y dar una respuesta al proponente.

El artículo 61, relativo a la notificación de la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto, señala en su inciso segundo que se establece la obligación de informar a los participantes de una consulta indígena de las implicancias de la aprobación de un proyecto susceptible de afectarles directamente, explicarles la incidencia de sus observaciones e informar las vías de acción que pueden adoptar en contra de la resolución del proyecto.

Luego, encontramos concretamente la regulación de la Consulta Indígena en el proceso de evaluación de impacto ambiental en el artículo 85 del reglamento, bajo su título V: “De la participación de la comunidad en el proceso de evaluación de impacto ambiental”.

En primer lugar, es relevante destacar lo señalado en el inciso 1° en relación a los efectos, características y circunstancias que afecten directamente a pueblos indígenas que generan la obligación del SEA de llevar a cabo un proceso de consulta, pues se establece que corresponderá hacerlo en los casos de que se compruebe lo preceptuado en los artículos 7° (cuando genere reasentamiento), 8° (sobre la localización del proyecto en o próximo a poblaciones) y 10° (respecto de la alteración del patrimonio cultural y las costumbres), dejando fuera la generación de un riesgo para la salud (art. 5°), la generación de efectos adversos sobre los recursos naturales disponibles (art. 6°) y la alteración significativa del valor paisajístico. Ello además implica que sólo procederá respecto de proyectos que exijan EIA y no aquellos que ingresen por DIA.

En el mismo inciso, vemos lo que habíamos adelantado previamente respecto de la relevancia del concepto de afectación directa de los pueblos indígenas, pues establece que el proyecto deberá ser consultado “en la medida en que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a

pueblos indígenas”, por lo que la manera en que se precise si un proyecto afectará o no directamente a los pueblos indígenas interesados, por parte del SEA, será determinante para que se configure la obligación de llevar a cabo un proceso de consulta.

Luego, se establece que el proceso de consulta deberá ejecutarse de buena fe y que deberá contemplar las características propias de cada pueblo para definir los mecanismos que serán empleados para llevarla a cabo, que deben permitir la participación informada de sus integrantes, así como la capacidad de influir en el proceso de evaluación.

En su inciso 2°, establece la exclusividad de la legitimación pasiva a los pueblos afectados y no a cualquier pueblo que se ubique relativamente cerca del proyecto, y además dispone que la consulta debe desarrollarse con la finalidad de que se llegue a acuerdos o se genere el consentimiento, aunque ello no debe ser necesariamente alcanzado para que se entienda como llevada a cabo correctamente. Esto último ha sido objeto de críticas por considerarse que por ese medio se convierte a la consulta en un procedimiento formal para la aprobación de un proyecto y no como una obligación que genere una incidencia real en la evaluación.

Finalmente, el inciso 3° se hace cargo de la forma de acreditación de la calidad de indígena que posea un individuo, haciendo un reenvío a la ley 19.253 y a la normativa vigente.

El artículo 86, por su parte, se hace cargo de la “reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”, estableciendo que cuando se trate de un proyecto contemplado en el artículo anterior y que se emplace en tierras indígenas, ADIs o en cercanías de grupos humanos indígenas, el Director Regional o Director Ejecutivo del SEA se reunirá con los grupos humanos por un período de hasta 30 días, con la finalidad de *“recoger opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento”*. El artículo referido establece la obligación Director Regional o Director ejecutivo del SEA de declarar el término anticipado del procedimiento de evaluación, si se cumple la condición de que tras la recepción de los informes de los organismos sectoriales el Estudio carezca de información relevante o esencial para su evaluación, que no pueda ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones. De este modo, tras la recepción y ponderación de las observaciones que se hayan efectuado, podría llegar a ponerse fin de manera anticipada al proceso de evaluación rechazando el proyecto.

El inciso 2° del artículo 86, replica lo señalado en el primero, pero respecto de los proyectos que ingresan por DIA, reduciendo el plazo de las reuniones a 20 días y en base a ello se determinará la

aplicación del artículo 48 del Reglamento que igualmente establece la declaración por parte del Director regional o el Director ejecutivo del SEA del término anticipado del procedimiento si se determina que carece de información relevante o esencial para su evaluación, que no pueda ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones. Las consideraciones de esto último igualmente varían respecto del artículo 36.

En el inciso 3° del art. 86 se señala que las actas que deberán adoptarse de las reuniones podrán servir de motivación para las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48, o bien de la RCA según corresponda.

El artículo 92 contiene el derecho a participar cuando existan modificaciones al Estudio, donde se establece que cuando en un EIA (no una DIA) ha sido modificado el proyecto o actividad o sus impactos ambientales y éste ha sido objeto de un proceso de consulta indígena, existirá la obligación de llevar a cabo un nuevo proceso de consulta. Al respecto es importante acentuar el hecho de que esta obligación sólo tendrá lugar cuando las modificaciones a las que se hace referencia sean “sustantivas”, concepto que se encuentra definido en el inciso 3° del artículo, indicando que ello ocurrirá cuando *“es posible apreciar una alteración significativa en la ubicación de las partes, obras o acciones del proyecto o actividad y/o en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales generados”*.

vi. Decreto Supremo N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social

El DS N° 66/2013 corresponde al resultado de la llamada “consulta de la consulta”, para lo cual el 6 de septiembre de 2011, el Consejo de CONADI resolvió crear una comisión de consulta que prepararía un borrador de reglamento de consulta⁶². Al respecto, durante el proceso de consulta a la consulta, se cuestionó el hecho de que el Gobierno estableciera plazos acotados, por considerarse que “[l]a extensión del proceso depende de un conjunto de factores, donde el principal objetivo debería ser lograr el consentimiento de los pueblos para el establecimiento de un mecanismo de consulta. Contemplar desde el inicio un plazo tan breve respecto a un tema clave, que se posiciona como la piedra angular de los

⁶² ANAYA, James. *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6 ° y 7 ° del Convenio N° 169 de la OIT*. ONU Año 2012 [en línea] Disponible en: <<http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>>.

derechos de los pueblos indígenas, permite a lo menos mirar con recelo las intenciones del Estado de propiciar un diálogo y realizar las modificaciones necesarias para lograr el acuerdo con los pueblos indígenas involucrados”⁶³. Sumando y restando, el proceso tomó más de 2 años, finalizando en agosto de 2013 luego de realizar 298 encuentros, reuniones y talleres de difusión y diálogo con comunidades indígenas, y después de 2 propuestas formales del Gobierno y 11 contra propuestas de los pueblos indígenas, dándose inicio a una “Mesa de Consenso” el 12 de marzo de 2013, donde se contó con la participación de representantes de los pueblos indígenas que decidieron participar, representantes del Gobierno, el Sistema de Naciones Unidas y el Instituto de Derechos Humanos finalizando, luego de 5 meses, en agosto de 2013 y llevando finalmente a su promulgación el día 15 de noviembre de 2013, para ser publicado el 4 de marzo del año siguiente.

En las Mesas de Consenso se logró un acuerdo respecto de 17 de los 20 artículos del nuevo reglamento, siendo los puntos en disputa “el concepto de *susceptibilidad de afectación directa*, las medidas a ser consultadas y la consulta de los proyectos de inversión que ingresan al SEIA”⁶⁴.

Habiendo hecho una contextualización de lo que significó la elaboración del Nuevo Reglamento, corresponde analizar sus disposiciones:

La primera variación notoria respecto del reglamento anterior la encontramos en su artículo 1°, donde se establece como objeto del reglamento “*dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas, [...] de acuerdo al artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo*”

Recordemos que el DS 124 regulaba la obligación de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas, establecida en el artículo 34 de la ley 19.253. En este caso se pretende regular la obligación de consulta indígena, de acuerdo con el artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio 169 de la OIT, lo cual era una de las principales críticas del reglamento anterior. Además, contempla para darle ejecución a dicha obligación a los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia que se encuentren vigentes, lo cual, en principio, podría mejorar el ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas por medio de la consulta.

⁶³ ÁLVAREZ, Alejandro, OTERO, Alejandra, MAQUILÓN, Diana. Op. Cit. p. 174

⁶⁴ ANINAT S., Isabel, Los desafíos pendientes del Convenio 169 [en línea] Punto de Referencia, edición online, CEP Chile. N°369, abril de 2014 <http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304100553/pder369_IAninat.pdf> [consulta: 01 Junio de 2016]

Luego, en el artículo 2° se define la consulta como *“un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas [...]”*

Notamos aquí otra diferencia importante desde la caracterización de la consulta, entendiéndola como un deber del Estado, a la vez que un derecho de los pueblos, en circunstancias en que el DS N° 124 la entendía como un procedimiento a través del cual los pueblos indígenas podían expresar su opinión, sin referirse a la existencia ni de obligaciones ni derechos. Además, se incorporan en el mismo artículo el principio de buena fe, la finalidad de lograr acuerdo o consentimiento y el deber de realizarse conforme a los principios que se establecen en el propio reglamento.

En su artículo 3° se establece que se entenderá cumplido el deber de consulta cuando el órgano responsable realiza los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o consentimiento de los pueblos (obligación del órgano responsable) y ello se hace con observancia a los principios que se establecen para su implementación, sin que necesariamente se deba llegar a acuerdo.

A su respecto, es dable comentar el hecho de que la valoración de los “esfuerzos necesarios” podría llegar a entenderse como un concepto indeterminado y que podría servir como válvula de escape para eludir la adecuada aplicación del deber de consulta, pues no se establecen criterios para su determinación, dando lugar a la incertidumbre.

En el artículo 4°, se señalan los Órganos a los cuales se aplica el reglamento, siendo éstos *“los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”*, agregando en el inciso segundo que *“[p]ara los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente”*.

En comparación con el reglamento anterior podemos hacer las siguientes observaciones:

1. No se contempla aquí a las FF.AA. ni a las Fuerzas del Orden y Seguridad Públicas, así como tampoco al Consejo para la Transparencia, como sí lo hacía el DS 124.
2. Respecto de los órganos constitucionalmente autónomos se mantiene como una posibilidad la sujeción al presente reglamento, pero agrega que tienen el deber de consultar a los pueblos indígenas cuando la legislación vigente así lo establezca.

El artículo 5° se refiere al concepto de pueblos indígenas señalado, al igual que en el DS N° 124, que corresponde a los reconocidos en el artículo 1° de la Ley 19.253, pues pese a iniciar su redacción considerando a los definidos por el artículo 1° del Convenio 169, de su tenor literal al agregar a continuación “y que estén reconocidos en el artículo 1° de la Ley 19.253”, se da a entender que finalmente corresponderá a éstos últimos.

Agrega en su inciso 2° la manera en que se acredita la pertenencia a los pueblos indígenas, remitiéndose al artículo 2° de la Ley Indígena.

A continuación, el artículo 6° versa sobre los sujetos e instituciones representativas, innovando respecto del reglamento anterior sobre la consideración del alcance de la afectación que pudiera generar la medida consultada a los pueblos indígenas, pudiendo ser nacional, regional o local, en base a lo cual se determinará la o las instituciones representativas a través de las que se llevará a cabo la consulta. En su inciso segundo establece la libre determinación de las instituciones representativas, siempre y cuando se ciñan a la Ley Indígena, lo cual parece contradictorio, como se señaló en el comentario al artículo 9° del DS N° 124.

El artículo 7° contiene uno de los aspectos más relevantes, a la vez que críticos en lo que fue la discusión del DS N° 66: las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y el concepto de “susceptibilidad de afectación directa”.

Los órganos de la Administración tienen el deber de consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente:

1. Medidas legislativas: *“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 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.”*
2. Medidas Administrativas: *“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.” (Énfasis añadido)

Respecto de este punto, sobre el cual no pudo llegarse a acuerdo en las mesas de consenso, se 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. Para las medidas administrativas, además de la misma fórmula exigida para las medidas legislativas, se exige: 1) que sean actos formales; 2) que contengan una declaración de voluntad de la autoridad administrativa (y no sean, por ejemplo, actos de mera certificación), y 3) que sean actos donde se ejerza un margen de discrecionalidad, por su naturaleza no reglada⁶⁵.

A este respecto el relator especial de la ONU señaló respecto de las medidas legislativas que “tal como se plantea en el informe del Relator Especial de 2009 sobre principios de consulta, y como ha reafirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Sarayaku, ‘los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente **en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.**’”⁶⁶ (Énfasis añadido)

En el artículo 8°, se contiene otro elemento de suma relevancia para efectos de la implementación de la consulta, como lo son las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al SEIA, que fue otro punto sin consenso.

En dicho artículo se estableció una remisión a las disposiciones del RSEIA que regulan la consulta, haciendo presente que deberá respetarse lo dispuesto en el art. 16 del presente reglamento respecto de las etapas que debe contener, añadiendo la inclusión de las medidas de mitigación, compensación o reparación para hacerse cargo de los efectos del art. 11 de la ley 19.300 y además que se podrá requerir la colaboración de la CONADI en los términos del art. 14 del presente reglamento.

Luego comienza la determinación de los principios de la consulta que consisten en 3:

1. Buena fe (art. 9)

⁶⁵ ANINAT Op. Cit. pp. 3-4

⁶⁶ ANAYA (2012), Op. Cit. p.12 (el énfasis es agregado)

2. Procedimiento apropiado: deberá aplicarse con flexibilidad, ajustándose a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias, con consideración por parte de los órganos responsables de la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada. (art. 10)
3. Carácter previo de la consulta: debe entregar al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente. Siempre se realizará la consulta antes de la dictación de la medida administrativa y, en el caso de las medidas legislativas, deberá realizarse antes del envío al Congreso del mensaje del Presidente de la República, conforme a las etapas y plazos del procedimiento establecidos en el presente reglamento. (art. 11)

Posteriormente, se establecen disposiciones relativas al procedimiento de la consulta, comenzando con el artículo 12 que dispone que el órgano responsable de llevarla a cabo será aquél que deba adoptar la medida que será objeto de la misma.

El artículo 13 contiene la procedencia de la consulta. Al respecto se señala que:

1. El proceso de consulta debe realizarse de oficio cuando el órgano responsable prevea una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.
2. Cualquier persona interesada, natural o jurídica, o instituciones representativas pueden solicitar fundamentadamente al órgano responsable la realización de la consulta
3. El Consejo Nacional de CONADI también podrá solicitar al órgano responsable la procedencia de realizar la consulta, ante lo cual el órgano responsable deberá pronunciarse fundamentadamente sobre la solicitud, salvo que solicite informe a la Subsecretaría del Ministerio de Desarrollo Social
4. La decisión que se adopte deberá constar mediante resolución fundada
5. El requerimiento de impugnación de la decisión de no realizar la consulta debe especificar la procedencia explicando cómo se afecta directamente a los pueblos indígenas.

El artículo 14 especifica la obligación de CONADI de prestar asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración para la realización de procedimientos de consulta señalando que ella podrá consistir en:

a) La identificación de las comunidades, asociaciones e instituciones, representativas de los pueblos indígenas, que sean susceptibles de ser afectadas directamente, considerando como principal fuente de información aquella contenida en los registros que la Corporación mantiene de conformidad a la ley;

b) Prestar asesoría mediante el apoyo para que en dichos procesos se resguarden las características y particularidades de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, y

c) Cualquier otra acción de colaboración o apoyo que pueda brindar la Corporación dentro del ámbito de su competencia.

A continuación se reglamenta el inicio del proceso en el art. 15, el cual comenzará con la convocatoria a la primera reunión de planificación del mismo, a cargo del órgano responsable a los pueblos susceptibles de afectación directa, considerando las características del alcance de la afectación; la publicación en la página web del órgano responsable y de la CONADI; convocatoria a las Asociaciones registradas mediante carta certificada y mediante cualquier otro medio que facilite el conocimiento del inicio del proceso por parte de las comunidades que pudieran verse afectadas. Se establece además que deben estar en español y, de ser necesario en el idioma del pueblo afectado, señalando el órgano responsable, el motivo, hora y lugar de inicio de la etapa de planificación y un teléfono y correo electrónico de contacto para consultar respecto del proceso.

El artículo 16 contempla las etapas del mismo, considerando para ello las siguientes:

1. Planificación del proceso de consulta, entregando información preliminar de la medida; determinar roles y funciones de las comunidades y del órgano encargado; la determinación conjunta de la metodología y los medios que dejen constancia del proceso y la pertinencia de contar con observadores o ministros de fe. Debe contemplar 3 reuniones para entrega preliminar de información; para la determinación de intervinientes y la metodología; y para consensuarla con el órgano responsable, dejándose constancia en un acta suscrita por los intervinientes designados para ello.
2. Entrega de información y difusión del proceso de consulta: entregando los antecedentes y especificando los motivos, naturaleza, alcance e implicancias
3. Deliberación interna de los pueblos indígenas: para que analicen, estudien y determinen sus posiciones, para preparar el diálogo.
4. Diálogo: buscando la generación de acuerdos y respetando la cultura y métodos de decisión de cada uno de los pueblos

5. Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta: relatando de forma detallada el proceso, considerando la pertinencia, cada una de las etapas, los acuerdos y disensos con sus respectivos fundamentos, lo que debe constar en el informe final.

Los plazos del proceso se encuentran en el artículo 17, que distingue entre medidas legislativas y administrativas, sin perjuicio de que en ambos casos el órgano responsable pueda establecer plazos distintos durante la etapa de planificación, previo diálogo con las instituciones representativas.

Además, se contempla en el proceso, en el artículo 18 la posibilidad de suspenderlo cuando existan circunstancias ajenas a las partes que impidan u obstaculicen alguna de las etapas del proceso, lo cual será determinado por el órgano responsable de manera fundada o a petición de los pueblos involucrados, también de manera fundada.

Finalmente, el artículo 19 establece la necesidad de que el proceso conste en un expediente escrito en soporte físico o electrónico a cargo del órgano responsable, incorporando todas las actuaciones, documentación, registros audiovisuales y, en general, todos los aspectos relevantes que ha comprendido el proceso en cada una de sus etapas, así como las resoluciones y actuaciones del órgano responsable y, además, debe contener el informe final elaborado en la última etapa.

Agrega, además, que cualquier pueblo indígena susceptible de ser afectado por la medida podrá hacerse parte del proceso independientemente de la etapa en que se encuentre, respetando lo obrado, lo cual es de suma relevancia por el hecho de que por ese medio se permite que pueblos que no se hubieren enterado o hubiesen cambiado de parecer respecto de participar en el proceso de consulta, puedan entrar al proceso en la etapa de avance que éste lleve.

Finaliza la redacción del reglamento con la derogación del DS 124 y con un artículo transitorio que establece que los procesos de consulta que hayan iniciado con anterioridad al reglamento, luego de su entrada en vigencia se regirán por éste, debiendo homologar el estado del proceso a la etapa que corresponda del presente reglamento.

CAPÍTULO IV: DEFINICIÓN DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 el año 2009, o al menos de las disposiciones que se determinó eran autoejecutables y por ende susceptibles de ser implementadas desde la ratificación del mismo, existía gran incertidumbre respecto de su aplicación. Especialmente, no había claridad sobre la forma en la que correspondía llevar a cabo la consulta, así como cuáles eran los órganos competentes. En razón de lo anterior, se solicitó el pronunciamiento de la Contraloría General de la República para resolver algunas de estas materias.

En el presente Capítulo, se analizarán todos los dictámenes que ha emitido el órgano contralor desde la entrada en vigencia del Convenio hasta la actualidad diferenciando dos períodos históricos, que están marcados por los dos reglamentos que se han dictado hasta la fecha para regular la obligación de consulta, cuyo contenido ha sido analizado extensamente en los capítulos precedentes:

- I. Desde 2009 hasta 2012: Decreto Supremo N° 124.
- II. Desde 2012 hasta la fecha: Decreto Supremo N° 66.

1. Desde 2009 hasta 2012: Decreto Supremo N° 124

En esta primera sección, se hará un análisis de los dictámenes emitidos desde la entrada en vigencia del Convenio, incluyendo uno dictado con anterioridad a la dictación del DS 124: el dictamen N° 56.566/2009.

- a. **Dictamen N° 56.566/2009**

Este dictamen se dicta con fecha 14 de octubre de 2009. Un grupo de personas naturales y las comunidades mapuche lafkenche de la comuna de San José de la Mariquina se dirigieron a la CGR impugnando la legalidad de una consulta indígena en la que estiman que se habría incurrido en

irregularidades y faltas a la probidad administrativa, por lo que solicitan una investigación sobre el manejo de fondos públicos utilizados para dicho efecto.

Sostienen que no se reuniría los requisitos mínimos de participación y representatividad, pues los puntos consultados se establecieron sin la opinión de las organizaciones indígenas, añadiéndose el hecho de que sólo se consultó a las asociaciones indígenas que contaban con personalidad jurídica, excluyéndose las organizaciones e instituciones tradicionales regidas por su derecho consuetudinario.

Asimismo, señalan que muchas de las cartas que contenían la consulta no fueron enviadas, que se habrían arrendado inmuebles que no fueron utilizados, lo que daría cuenta de la deficiencia en la organización para su realización.

La CONADI indicó que el proceso se habría iniciado a solicitud del Comisionado presidencial para Asuntos Indígenas, el 7 de enero de 2009, como una de las medidas tendientes a garantizar el desarrollo de una “cultura” de implementación del Convenio 169, de acuerdo al Instructivo Presidencial N° 5, de 25 de julio de 2009.

En lo relevante para esta tesis, nos enfocaremos en la consulta propiamente y no en lo que respecta a la utilización de fondos públicos, ni a las fallas de coordinación.

La consulta referida se llevó a cabo desde enero hasta marzo de 2009 y versó sobre 3 temas: (i) participación de los indígenas en la Cámara de Diputados; (ii) en los Consejos Regionales y; (iii) la creación del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas.

“El Instructivo Presidencial N° 5, de 25 de junio de 2008 -anterior a la publicación del mencionado Convenio-, se refiere en sus numerales 21 y siguientes al establecimiento de mecanismos de información y consulta a los pueblos indígenas para el diseño de medidas legales o administrativas que puedan afectarles, entre otros fines, para favorecer paulatinamente ‘un escenario propicio para la implementación de las medidas específicas de participación que den pleno cumplimiento a los compromisos contenidos en el Convenio 169’.”

La CGR señaló, respecto del cuestionamiento de la legalidad del proceso que, por aplicación de las reglas del Convenio mismo, entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009, sin que hubiera otro instrumento jurídico que habilitara para exigir en nuestro país el cumplimiento de sus disposiciones antes de esta fecha.

En base a ello y a los arts. 34 y 39 de la Ley N° 19.253, al momento en que se llevó a cabo, la CONADI contaba con atribuciones para consultar a los pueblos sobre materias susceptibles de afectarlos pudiendo utilizar los procedimientos que estimara apropiados para tal fin, pues aún no había entrado en vigencia el señalado convenio, no habiendo ilegalidad en ello.

Agrega, además, que no habría tampoco una infracción al art. 18 de la Convención de Viena, relativo al deber de abstención de los Estados de efectuar actos que puedan frustrar las finalidades de un tratado suscrito, puesto que las materias en que recayó la consulta, las entidades y personas que participaron en ella se encuentran habilitadas para participar de los procedimientos respectivos, conforme a la legislación vigente, y de conformidad a las disposiciones del Convenio 169.

En el presente dictamen, nos encontramos en una situación excepcional respecto de los demás que analizaré, toda vez que, al iniciarse el PCI, el Convenio aun no entraba en vigencia, ni mucho menos el DS N° 124, de modo tal que la CGR estimó que la CONADI tenía la facultad de llevar a cabo el proceso del modo que estimara conveniente, en la medida en que ello no fuera en contra de los fines del instrumento internacional referido.

b. Dictamen N° 72.801/2012

Este es el primer dictamen sobre Consulta Indígena relativo a la aplicación de la misma sobre alguna cuestión ocurrida con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio y su correspondiente reglamento.

En este caso, a requerimiento de un diputado, se solicita a la CGR el pronunciamiento sobre si corresponde aplicar la consulta en materia de planificación urbana, como lo es el caso de la actualización del Plan Regulador Comunal (PRC) de Lautaro.

La CGR señala que en su dictamen 53.841/2012, donde no se consultaba respecto de la procedencia de consulta, sino, como veremos a su turno, se solicitaba un pronunciamiento respecto de la procedencia de modificar una zona determinada de un PRC, ha entendido que los planes reguladores comunales pueden constituir medidas administrativas ante las cuales procede analizar la pertinencia de un PCI, en los términos del art. 2° del DS N° 124.

De los informes presentados por las distintas reparticiones, se extrae que sustentan distintos pareceres sobre su procedencia. La CGR sostiene que ante ello debe estarse al contenido del art. 16 del

DS N°124, que establece que el órgano administrativo al que corresponda la iniciativa de la medida legislativa o administrativa, deberá evaluar con el Ministerio de Desarrollo y Planificación (MIDEPLAN, actual Ministerio de Desarrollo Social) y en coordinación con el MINSEGPRES (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), la pertinencia de iniciar un PCI.

En caso de que el órgano respectivo determine que no corresponde iniciar un PCI, el MIDEPLAN y MINSEGPRES podrán, excepcionalmente, recomendar su realización cuando consideren que la medida reúne los requisitos para ello.

De lo anterior se extrae que, para la CGR y por aplicación del art. 16 del DS N° 124, ante la realización de una medida administrativa o legislativa, corresponderá al órgano a cargo de su realización la evaluación de si resulta pertinente llevar a cabo un PCI en conjunto con el MINSEGPRES y el MIDEPLAN, pudiendo estos últimos recomendar que se efectúe si consideran que reúne los requisitos para ello.

c. Dictamen N° 23.719/2013

Este dictamen corresponde a una toma de razón que hace la CGR respecto del decreto N° 35 de 2012, del Ministerio de Desarrollo Social, que “Establece Área de Desarrollo Indígena a espacio territorial que indica”.

En él, da curso al decreto por considerar que se ajusta a derecho, pero hace presente que, en adelante, el Ministerio señalado deberá cumplir con lo establecido en el art. 20 del DS 124, respecto de dejar constancia en el mismo acto administrativo de que se trate del hecho de haberse realizado el respectivo PCI.

En este caso la CGR, si bien aprueba la adopción de la medida pese a no haberse dejado expresa constancia del proceso en el instrumento respectivo como lo exige el artículo señalado, manifiesta que, a futuro ello no podrá ser pasado por alto y se exigirá el cumplimiento de la norma. Se establece así, como criterio de probidad y transparencia, la necesidad de explicitar los actos que hayan sido objeto de consulta.

d. Dictamen N° 10.855/2014

En este caso, la CGR se abstiene de dar curso al decreto N° 118 de 2013, del Ministerio de Bienes Nacionales, que crea el Parque Nacional “Yendegaia”, por no ajustarse a derecho.

En primer lugar, se critica la ausencia de consulta a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (SUBPESCA), puesto que existían cursos de agua dentro del territorio en el cual se pretende crear el parque, por lo que hace falta su informe para que procediera, según el art. 159 de la Ley 18.892.

En segundo lugar, entrando en lo que nos interesa en esta tesis, no consta que se hubiera realizado la consulta indígena ajustada al procedimiento que establece el DS N° 124, particularmente que se hubiera respetado el plazo de 30 días para recibir las observaciones de la comunidad interesada a que se refiere el art. 18.

Adicionalmente se señala que no se acompaña al decreto el acto administrativo que pone término a la destinación de un inmueble fiscal con el objeto de permitir la crianza de ganado y la declaración en los términos que se presentó no vincula al MOP, pues el ministro no la suscribió.

En razón de lo anterior, se representó el acto administrativo estudiado.

Se puede extraer del presente dictamen que, al momento de analizar la legalidad de una medida administrativa que requiera la realización de un PCI, para que esta se entienda ajustada a derecho, debe constar la forma en que se llevó a cabo dicho procedimiento, en este caso, el hecho de que se hubiera respetado el plazo para recibir indicaciones.

e. Dictamen N° 16.769/2014

El presente dictamen viene a completar la situación que vimos en el dictamen anterior. En este caso la CGR da curso al decreto N° 118, de 2013 del MOP, que crea el parque nacional “Yendegaia”, por considerar que en esta ocasión sí se ajustaba a derecho.

En este caso el MOP acompaña el Ord. N° 348/2014 de la SUBPESCA, donde informa que no tiene objeciones y apoya la creación del parque; el decreto exento N° 1.462 de 2013 del Ministerio de Bienes Nacionales, mediante el cual excluye la destinación señalada en el dictamen 10.855/2014.

Respecto de la consulta indígena, el Asesor Presidencial para Asuntos Indígenas del Ministerio del Desarrollo Social informó que al 17 de febrero de 2014 no había recibido observaciones ni comunicación alguna por parte de la comunidad indígena consultada, lo que tampoco había ocurrido en la Subsecretaría de Bienes Nacionales, según manifestó esta última en su oficio Ord. N° 106/2014, habiendo transcurrido el plazo de 30 días que establece el art. 18 del DS N° 124, vigente a la fecha de la consulta.

La CGR hace presente que, en adelante, la Administración del Estado “deberá dar estricto cumplimiento a las etapas de los Procesos de Consulta Indígena contemplados en el decreto N° 66, de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, instrumento que reemplazó el aludido decreto N° 124.

Se tuvieron por subsanadas las observaciones del dictamen 10.855/2014, por lo que se tomó razón del instrumento en examen.

Se cumplió con las exigencias de la CGR respecto de la necesidad de acreditar el respeto del procedimiento establecido, coherentemente con lo que había señalado en el dictamen que antecedió a este. A partir del presente dictamen, se hace presente por la CGR que corresponde a futuro la aplicación del DS N° 66, que vino a reemplazar al DS N° 124, debiendo respetarse las etapas que identifica en su texto.

2. Desde 2014 hasta la fecha: Decreto Supremo N° 66

El DS N°66 entró en vigencia con fecha 4 de marzo de 2014 y, como vimos en el último dictamen de la sección anterior, la CGR lo reconoció expresamente en dicha toma de razón. En esta segunda sección sobre la definición que ha hecho el órgano contralor de la aplicación de la consulta, analizaremos los dictámenes sobre medidas y actos adoptados con posterioridad a la entrada en vigencia del señalado Decreto Supremo.

a. Dictamen N°27.078/2014

El Consejo Nacional de Educación (CNED) solicitó que se precisara si la consulta a los pueblos indígenas debe realizarse antes de la presentación de las propuestas ministeriales de planes y programas de estudio o de bases curriculares referidas a la lengua indígenas, o si puede efectuarse con posterioridad.

Tanto el Ministerio de Desarrollo Social, como la Subsecretaría de Educación sostuvieron en sus respectivos informes que, a su parecer, el MINEDUC puede llevar a cabo la consulta antes o después del envío de las propuestas al CNED, pues las propuestas tienen aplicación sólo después de publicado el decreto correspondiente. El primero recomendó hacerla una vez que el CNED hubiera aprobado la solicitud. La segunda, hizo presente que se efectuó con anterioridad respecto de las bases curriculares de

la asignatura de lengua indígena y que tiene contemplado hacerlos de igual modo en el caso de los planes y programas a futuro.

La CONADI estimó que la oportunidad debía ser determinada por el órgano administrativo responsable de la dictación del acto, con una antelación tal que permitiera a los consultados poder incidir en él, contemplándose la posibilidad de modificarlo si la consulta así lo determinare.

La CGR hace presente que el Convenio 169 contiene en su parte VI, disposiciones relativas a educación y medios de comunicación, reiterando las directrices de participación sobre la materia, pero no regula la oportunidad de su realización, cuestión que tampoco aparece señalada en la Ley Indígena.

En base a lo dispuesto en el art. 11 del DS N°66, la consulta debe dar la posibilidad de influir de manera real y efectiva sobre la medida y que siempre deberá hacerse antes de la dictación de la misma.

La CGR concluye que resulta indiferente si la consulta se realiza antes o después del pronunciamiento del CNED, mientras se respete por parte de la Administración la exigencia de tener en consideración, de buena fe, la opinión de los pueblos involucrados. En razón de ello, si la participación de los pueblos indígenas da lugar a que el MINEDUC deba modificar el documento ya aprobado por el CNED, deberá ingresarlo nuevamente a éste, para su reevaluación y pronunciamiento al respecto.

Se puede extraer como criterio que la ocasión para llevar a cabo el PCI resulta indiferente, siempre y cuando su realización permita a los pueblos consultados influir en la decisión, lo cual implica que se lleve a cabo con la anticipación necesaria para que la medida pueda ser modificada.

b. Dictamen N°94.485/2014

El Intendente de la Región de Los Lagos se dirige a la CGR, consultando cuál es el órgano responsable de realizar la consulta indígena a las comunidades que podrían verse afectadas por el procedimiento de desafectación de las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura (AAA) en esa región.

La SUBPESCA solicitó a la respectiva Comisión Regional del Uso del Borde Costero (CRUBC) que realizara un PCI en la tramitación del procedimiento referido, no obstante, a juicio del Intendente esa comisión no cuenta con las atribuciones para ello.

El Ministerio de Defensa señaló que las AAA pueden ser modificadas o desafectadas mediante el mismo procedimiento por el cual fueron fijadas y que la determinación de si la medida en cuestión hace

procedente la consulta, corresponde a una atribución de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social.

La determinación de las concesiones de acuicultura debe ser fijada por medio de Decreto Supremo, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, correspondiéndole a la SUBPESCA elaborar estudios técnicos que son entregados al referido ministerio para la dictación de los Decretos correspondientes.

La CGR concluye que corresponde al Ministerio de Defensa fijar las AAA de especies hidrobiológicas, por lo que también la facultad de dictar los actos administrativos para su desafectación. En razón de ello, el órgano responsable de llevar a cabo el PCI es el señalado Ministerio y no la CRUBC, que sólo cuenta con funciones asesoras dada su naturaleza consultiva. En caso de que el Ministerio de Defensa tenga dudas sobre la procedencia del PCI, podrá solicitar un informe a la Subsecretaría de Servicios Sociales, el cual deberá ser evacuado en el plazo de 10 días.

Por medio de este dictamen se reafirma el criterio que se venía dando desde la entrada en vigencia del Convenio 169, respecto de que corresponde al órgano administrativo a cargo de la dictación del acto o medida llevar a cabo el respectivo PCI.

c. Dictamen N°100.973/2015

La SUBPESCA solicita la aclaración del dictamen N° 94.485/2014, en el sentido de considerar que, si la creación modificación o desafectación de una AAA se origina a propuesta de dicho organismo, correspondería que el PCI fuera llevado a cabo por éste y no por el Ministerio de Defensa.

En sus informes, la Subsecretaría de Servicios Sociales y la CONADI, consideran que la consulta corresponde realizarla al Ministerio de Defensa, como órgano encargado de la dictación del acto terminal mediante el DS que establece la correspondiente AAA, añadiendo que la distinción sobre quién origina el procedimiento no tendría sustento normativo.

El Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) sostiene que, por aplicación de la regla general, debiera ser el Ministerio de Defensa el encargado del PCI, sin perjuicio de estimar plausibles los argumentos de la SUBPESCA en su presentación.

La CGR hace presente que, con ocasión del dictamen consultado, tanto la SUBPESCA como el SERNAPESCA plantearon conclusiones diversas a las expresadas en esta presentación.

Además, señala que no se aprecia el sustento normativo de la tesis planteada por la SUBPESCA para hacer una diferenciación en razón de una proposición hecha por ella, respecto de la situación anteriormente discutida, que lleva a concluir que el PCI corresponde ser llevado a cabo por el Ministerio de Defensa y estima que los informes técnicos de la SUBPESCA no tienen una relevancia y significancia que importen una decisión de orden terminal, pues dicha calidad sólo la tiene el acto decisorio correspondiente al Decreto Supremo que corresponde dictar al Ministerio de Defensa.

Concluye que los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entienden comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o deban aplicar, como lo señala el inciso quinto del art. 7 del DS N°66, con la finalidad de evitar un retardo excesivo que importe una contravención a los principios de celeridad, conclusivo, de economía procedimental y de no formalización previstos en la Ley N° 19.880.

En razón de ello, la CGR desestima la petición de aclaración del dictamen, confirmándolo en todas sus partes.

En este caso, el criterio corresponde al mismo que en el dictamen respecto del cual se solicita aclaración, poniendo el énfasis en que la consulta debe hacerse respecto del acto terminal, correspondiendo llevarla a cabo al órgano del cual emana.

d. Dictamen N°3.391/2016

El Gobierno Regional de Aysén realiza una serie de consultas, consistentes en (1) si es el proceso de microzonificación del borde costero o la decisión final del mismo, una medida administrativa que deba someterse a un PCI; (2) cuál sería el órgano a cargo de realizarla y; (3) en qué momento debe realizarse la referida consulta: durante el proceso de microzonificación o a propósito del acto administrativo terminal.

Previamente, con ocasión de la elaboración de una propuesta de microzonificación de borde costero por la CRUBC pertinente, se consultó a la Subsecretaría de Servicios Sociales por la procedencia de efectuar la consulta, ante lo cual indicó que se debía hacer un PCI en los términos del DS N°66, con la debida antelación y con anterioridad a la remisión de la propuesta a la CRUBC, opinión que el servicio interesado no comparte, y que fue reiterada por la referida subsecretaría en su informe, precisando que la medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas sería el DS que pone término al proceso de zonificación y que la competencia para adoptar la decisión sobre la procedencia de un PCI es del órgano responsable de la medida.

La CONADI sostiene que, ante la duda respecto de la procedencia, debe consultarse a la Subsecretaría de Servicios Sociales, y que en el caso el órgano responsable de ella sería el Ministerio de Defensa, pues a él le corresponde la dictación del DS respectivo.

La Subpesca consideró que la medida en cuestión sería la microzonificación, por lo que la consulta debía hacerse antes de la adopción del DS.

La Subsecretaría para las Fuerzas Armadas fue del parecer que de considerarse como una medida administrativa que debe someterse a PCI, deberá realizarse en las fases iniciales por el organismo instructor del procedimiento, que en este caso sería el Gobierno Regional peticionario.

Tras analizar el procedimiento de microzonificación contenido en el reglamento interno de la CRUBC, se establece que su función principal es entregar a la Comisión Nacional de Uso de Borde Costero (CNUBC) la propuesta de acciones a realizar en la región, la política de uso de borde costero diseñada por el Gobierno, decidida por el Presidente de la República, a través de un DS emanado del Ministerio de Defensa.

En concordancia con los dictámenes N° 27.078/2014 y 94.485/2014, se señaló que, si bien la normativa no especifica el momento de realización del PCI, sí exige que debe permitir a la comunidad indígena afectada la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida y; que el órgano responsable es el Ministerio de Defensa, pues es el responsable de afectar y desafectar los sectores determinados vía Decreto Supremo.

En el presente caso se solicitó el informe a la Subsecretaría de Servicios Sociales, la cual concluyó que la medida administrativa a consultar era el DS del Ministerio de Defensa que establece la microzonificación, por lo cual corresponde a esa secretaría de Estado llevar a cabo el PCI.

Se concluye entonces (1) sobre si se debe consultar el proceso de microzonificación o la decisión final del mismo, se determina que la afectación responde a una medida administrativa o legislativa, y no al procedimiento que le preceda; (2) que la decisión de realizar un PCI corresponde exclusivamente a la entidad emisora del acto terminal y; (3) el PCI debe hacerse antes de la dictación del DS, con la suficiente antelación para que los pueblos consultados puedan incidir en la decisión.

Además, aconseja que antes de la propuesta al CNUBC, sea la comisión regional respectiva la instancia donde se lleve a cabo la consulta de que se trata, pues es en dicha oportunidad donde se representan los

intereses regionales. El Ministerio de Defensa deberá ejecutar y coordinar el PCI antes de que la CRUBC envíe su propuesta a la CNUBC, por lo que la comisión regional deberá actuar coordinadamente y conforme a los parámetros que el Ministerio de Defensa disponga.

Aquí se vienen a aplicar 2 de los dictámenes analizados de forma precedente, confirmando los criterios empleados en ellos, relativos al órgano a cargo de la realización del PCI, la oportunidad para llevarlo a cabo y a quién corresponde determinar la procedencia del PCI.

Si observamos los dictámenes analizados en el presente capítulo, se puede apreciar que respecto de la forma de aplicación de la Consulta Indígena y pese al cambio de reglamento, los criterios que se han venido empleando por la CGR para dicho fin son, en términos sustanciales, muy similares exceptuando las materias que fueron objeto de la modificación reglamentaria como lo es la variación de que la decisión de iniciar un PCI correspondía, bajo el primer reglamento, al órgano a cargo en conjunto con el MINSEGPRES y el MIDEPLAN, y bajo el segundo, sólo al órgano a cargo pudiendo consultar a la Subsecretaría de Servicios Sociales.

En ese sentido podemos considerar la existencia de uniformidad respecto de la aplicación de la consulta en los siguientes puntos:

- **Ante la realización de una medida administrativa o legislativa, corresponderá al órgano a cargo de su realización la evaluación de si resulta pertinente llevar a cabo un PCI (con las precisiones antes señaladas).**
- **Se debe dejar expresa constancia del proceso de Consulta en el instrumento respectivo, estableciendo así, como criterio de probidad y transparencia, la necesidad de explicitar los actos que hayan sido objeto de consulta.**
- **Debe constar la forma en que se llevó a cabo dicho procedimiento.**
- **La ocasión para llevar a cabo el PCI, si no se encuentra reglada, resulta indiferente, siempre y cuando su realización permita a los pueblos consultados influir en la decisión, lo cual implica que se lleve a cabo con la anticipación necesaria para que la medida pueda ser modificada.**
- **La consulta debe llevarse a cabo respecto de actos terminales y no de mero trámite.**

CAPÍTULO V: CONSULTA INDÍGENA EN INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL (IPT)

Habiéndose analizado los dictámenes que clarifican la debida aplicación de la consulta por parte de los órganos de la administración, según los reglamentos que tratan la materia, corresponde ahora tratar materias más específicas en las distintas áreas de aplicación que esta tiene.

En el presente capítulo se analizará la jurisprudencia de la CGR que trata específicamente su aplicación en IPT, donde se aborda el tema de la elaboración de Planes Reguladores en distintos lugares de nuestro país con presencia de comunidades indígenas.

Desde la entrada en vigencia de la obligación de consulta, la CGR ha emitido 26 dictámenes⁶⁷ relativos a IPT, sin embargo, sus pronunciamientos han sido bastante escuetos al tratar el punto relativo a la consulta incorporando en 21 de los 26 dictámenes una consideración casi idéntica en cada uno de ellos, que va en el siguiente tenor:

“No se aprecia que se hubiere analizado la pertinencia de efectuar la consulta indígena, de conformidad a lo dispuesto en artículo 13 del Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6° N° 1 letra a) y N°2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por el decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.” (de los 21 dictámenes, varía en el caso del N° 53.841/2012, por estar rigiendo en ese momento el decreto N° 124 y no el N° 66)

Así, el único criterio que resulta extraíble de ellos consiste en la existencia de una obligación por parte de las autoridades competentes de dejar constancia por escrito del hecho de haber analizado la pertinencia de efectuar el procedimiento de consulta indígena de conformidad con el reglamento que lo

⁶⁷ Dictámenes N° 53.841/2012; 49.868/2013; 12.557/2015; 13.247/2015; 31.587/2015; 32.310/2015; 40.374/2015; 76.796/2015; 89.751/2015; 30.349/2016; 11.000/2017; 10.365/2017; 25.744/2017; 43.011/2017; 43.291/2017; 44.051/2017; 597/2018; 4.300/2018; 5.823/2018; 13.574/2018; 14.007/2018; 14.937/2018; 18.744/2018; 19.149/2018; 22.680/2018; 23.509/2018. (Al 10/10/2018)

regula, de modo que, de no ser así, el acto administrativo deberá ser corregido llevando a cabo dicho análisis.

En el caso del dictamen N° 53.841/2012, relativo a la modificación del Plan Regulador Comunal (PRC) de Angol, se efectuó un trámite posterior de toma de razón⁶⁸ respecto de otra resolución que promulgaba dicha modificación, adoleciendo esta nueva versión del mismo vicio, razón por la que al igual que en la primera resolución sometida a control, esta fue representada por el órgano control. El PRC vigente en la actualidad para dicha comuna se modificó el año 2015, con la publicación del decreto N° 110 de 16 de diciembre de 2015 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, pese a que no se hace referencia alguna en relación a la pertinencia de la consulta en el texto del decreto sino únicamente que se deja sin efecto la última resolución controlada. Sin embargo, el 6 de enero de ese año se había publicado el dictamen N° 789/2015, en el cual se señala que la Subsecretaría de Servicios Sociales en su oficio N° 3.604, de 2014 sostuvo que no resulta del caso la realización de un proceso de consulta, toda vez que la modificación de la especie "no es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas".

En el caso de los dictámenes N° 12.557/2015, relativo al PRC de Gorbea, localidades de Quitratúe y Lastarria; 13.247/2015 correspondiente al PRC de Toltén, localidades de Nueva Toltén y Villa los Boldos y; 23.509/2018 al PRC de Licantén, no existe un plan regulador vigente para las localidades señaladas. Con los dictámenes N° 597/2018, relativo al PRC de Aysén; 18.744/2018, a Molina; N° 40.374/2015, correspondiente al PRC de Curacautín; 89.751/2015, correspondiente a Ancud; 25.744/2017, a Traiguén; 19.149/2018, a Coquimbo, localidades de Guanaqueros y Tongoy y; 22.680/2018, a Lebu, no se ha publicado un PRC posterior, por lo que mantienen su vigencia los anteriores PRC de esas comunas. Respecto del dictamen N° 31.587/2015 correspondiente al PRC de Lautaro y Pillanlelún, existe una enmienda del año 2017, sin embargo, ella no hace referencia a esta toma de razón. En el caso de los N° 32.310/2015, correspondiente a Lumaco; 43.291/2017, correspondiente a Cochrane; 44.051/2017, a Chile Chico; 4.300/2018, a Villa Alegre; 13.574/2018, a Longaví; 14.007/2018 a Hualañé; 14.937/2018, a Retiro, no se ha publicado un PRC, por lo que no tienen plan. Respecto del dictamen N° 10.365/2017, relativo al Plan Regulador Intercomunal (PRI) General Carrera, tampoco se publicó con posterioridad, quedando sin dicho plan. Respecto del dictamen N° 76.796/2015 relativo al PRI Costero Atacama, el último PRI vigente

⁶⁸ Dictamen N° 49.868/2013

es del año 2001, sin que se hubiese publicado a la fecha uno posterior; en el caso del 30.349/2016, se dejó sin efecto la resolución modificatoria del PRC de Tirúa, un año después se publicó una enmienda al PRC.

En el dictamen N° 43.011/2017, relativo a la modificación del PRC de Valdivia, la CGR conoce del asunto en virtud de una reclamación de comunidades indígenas, las cuales sostienen que en su elaboración no se habría contemplado un proceso de consulta y participación de pueblos originarios. A su turno, la I. Municipalidad de Valdivia argumentó una serie de razones por las cuales no era procedente que ello se llevara a cabo, razones que fueron desestimadas por la Contraloría Regional.

Sin perjuicio de lo anterior, la CGR hizo presente que el instrumento en cuestión no se encontraba en ese momento en trámite ante ella, pero que “lo expuesto por las recurrentes se tendrá en consideración, en caso de un eventual reingreso de la antedicha modificación”, para su eventual proceso de toma de razón.

Con posterioridad, la CGR emitió el dictamen N° 5.823/2018, relativo igualmente a una modificación del PRC de Valdivia. En lo pertinente, el ente contralor sostuvo que los argumentos señalados en el oficio de la Municipalidad de Valdivia, “no resultan suficientes para descartar la necesidad de una consulta indígena, ni se advierte la razón por la cual esa municipalidad no ha procedido en conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena”, por lo cual se resolvió representar el instrumento sometido a su control.

De este modo, no podemos concluir que a raíz de las observaciones efectuadas por la CGR se hubiera hecho las modificaciones correspondientes a los planes sometidos al trámite de toma de razón, sin embargo, permiten deducir ante la ausencia de planes posteriores en la mayoría de los casos, que las respectivas municipalidades se encuentran revisando dichos planes y subsanando las observaciones efectuadas a ellos para poder volver a someterlos al trámite.

Por último, encontramos el dictamen N° 11.000/2017, en el cual la Contraloría estimó conveniente impartir instrucciones sobre las materias atinentes a la Participación Ciudadana en el marco del procedimiento de elaboración y aprobación de los Planes Reguladores Comunales, y sus respectivas modificaciones. De este modo, elabora una serie de instrucciones para una adecuada aplicación de las leyes que regulan dicha materia, tratando en su apartado 2° “Sobre la participación ciudadana en los planos reguladores comunales (PRC)” letra e) “Otros procedimientos de participación ciudadana” la existencia de instancias participativas reguladas en leyes distintas a la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, a ser consideradas al momento

de la elaboración de un PRC o una modificación a este. Se refiere únicamente a dos instancias adicionales, cuales son la Evaluación Ambiental Estratégica para IPT y, lo que nos es relevante, dar cumplimiento al procedimiento de Consulta Indígena en los términos del decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

Concluye la CGR diciendo que las autoridades respectivas deben adoptar todas las medidas que procedan a fin de dar debida y oportuna publicidad a las instrucciones impartidas y que la ordenanza de participación ciudadana debe incluir las disposiciones que permitan dar cumplimiento a las mismas, haciendo presente la obligación por parte de las autoridades y jefaturas a ejercer un control jerárquico permanente con la finalidad de que las instrucciones se vean cumplidas.

De este modo, en lo relativo a la consulta, la Contraloría por medio de sus instrucciones simplemente cumple con recordar y hacer presente a las autoridades que debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta cuando corresponda según el reglamento, el cual es obligatorio para ellas.

Como se venía analizando, se observa que la CGR no ha dado un desarrollo muy amplio a la obligación de consulta en materia de IPT, estableciendo como único criterio y de forma absolutamente uniforme que:

- **Para la elaboración y aprobación de un plan regulador comunal o intercomunal, o sus modificaciones, debe dejarse constancia de haber analizado la pertinencia de llevar a cabo un PCI.**

CAPÍTULO VI: CONSULTA INDÍGENA EN POLÍTICAS PÚBLICAS

La siguiente materia a analizar corresponde a la aplicación que se le ha dado a la Consulta Indígena en la implementación de las políticas públicas. Al respecto, existen seis dictámenes, dentro de los cuales cuatro de ellos corresponden al área de la salud, uno a educación y uno a la creación del Parque Nacional Salar del Huasco.

a. Dictamen N° 50.452/2010

En este dictamen la CGR, en su función de fiscalizar los actos administrativos, le corresponde llevar el trámite de la toma de razón respecto de la dictación del decreto N° 462, de 2009, del Ministerio de Educación, que “Reglamenta el ejercicio de la función docente para el sector Lengua Indígena de los Educadores o Educadoras Tradicionales de los Pueblos Indígenas reconocidos por la ley N° 19.253”, concluyendo que debe abstenerse de dar curso a dicho decreto por no ajustarse a derecho.

La CGR para llegar a tal conclusión, reproduce el artículo 6, N° 1, letra a), relativo a la obligación de los gobiernos de consultar por medios apropiados a las instituciones representativas de los pueblos indígenas cuando se los pudiera afectar. Asimismo, reproduce el artículo 34 de la Ley Indígena y expone sobre el procedimiento de consulta regulado en los arts. 14 al 20 del decreto N° 124, de 2009 del MIDEPLAN, señalando que debe contemplarse una etapa de observaciones por parte de los pueblos interesados sobre la medida legislativa o administrativa, fijándose un plazo y ordenando al órgano administrativo correspondiente que una vez vencido tal plazo, se sistematicen, analicen y ponderen las observaciones elaborando un informe final del proceso. Añádase a ello lo dispuesto en el art. 20 del referido reglamento, que establece que en caso de que la medida sometida a consulta se materialice en un reglamento -como es el caso- se deberá dejar expresa constancia en el correspondiente instrumento del hecho de haberse realizado la consulta.

En el caso del decreto en estudio, que regula una materia relacionada a los pueblos indígenas, no hay constancia alguna de que se haya dado cumplimiento a dichas exigencias, por lo cual la CGR no puede dar

curso al acto, por no aportarse los documentos relativos a las posibles observaciones, el informe final del proceso, ni se dejó constancia en el reglamento analizado de que la consulta se hubiera llevado a cabo.⁶⁹

De lo anterior se puede extraer que, al momento de llevarse a cabo un PCI, se debe dar estricto cumplimiento a cada una de las etapas del procedimiento contemplado en el Reglamento de la consulta, las cuales deben constar en el Informe Final y que, además, en caso de que la medida consultada vaya a tener como finalidad la creación de un reglamento, se deberá dejar expresa constancia de haberse llevado a cabo el PCI correspondiente, en el instrumento que lo contenga.

b. Dictamen N° 7.631/2014

Patricia Albornoz Guzmán, en representación de un grupo de familias pertenecientes a la Asociación Indígena Aymara Laguna de Huasco, se dirige a la CGR, sosteniendo que el Ministerio de Bienes Nacionales no se ha pronunciado sobre su solicitud de invalidación del decreto N° 7, de 2010, dictado por ese ministerio, que crea el Parque Nacional Salar de Huasco. La solicitud de invalidación se presentó porque, a juicio de la Asociación, dicha medida se dictó sin respetar el Convenio 169, en lo relacionado a la consulta indígena. Pese a haber efectuado diversas presentaciones, no recibieron una respuesta concreta.

La Subsecretaría de Bienes Nacionales señaló que el acto impugnado se llevó a cabo conforme a derecho, habiéndose realizado una consulta acorde con las exigencias del Convenio, donde participaron los recurrentes, acto que fue tomado de razón por la Contraloría.

CONAF, a su vez, sostuvo que el acto se ajusta a derecho al existir “un proceso de intercambio con las comunidades indígenas de la zona”, habiéndose celebrado reuniones entre estas y CONADI, junto a otros órganos públicos como el GORE y la SEREMI de Bienes Nacionales del Tarapacá, agregando que se contempla una administración participativa de esa área protegida, considerando la asesoría de un Comité Consultivo de Participación, integrando a los diferentes actores territoriales.

La Subdirección Nacional de Iquique de la CONADI, adjuntó su oficio N° 26, de 2013, en que informa del proyecto “Centro de Administración y Fiscalización Ambiental Parque Nacional Salar del Huasco”, en su ingreso al SEIA. Hace presente en éste que la zona en que se emplazaría el proyecto se encuentra

⁶⁹ A lo anterior se suma una serie de consideraciones adicionales relativas a aspectos constitucionales y formales del ejercicio de la profesión del educador y la indeterminación de algunas de las disposiciones del reglamento, materias que no son propiamente relevantes para el fin del presente trabajo, por lo que no serán consideradas en el análisis.

dentro del Área de Desarrollo Indígena (ADI) Jiwasa Oraje, por lo que corresponde verificar la existencia de superposición a tierras indígenas inscritas por la asociación recurrente y aquellas reclamadas históricamente. Agrega que cuentan con derechos de aprovechamiento de aguas a su nombre.

Los miembros de la Asociación reclamante, han usado y aprovechado las aguas de las vertientes y acuíferos, así como tierras aledañas al salar conforme a sus costumbres, desarrollando actividades propias de su cultura.

La CGR sostiene que para el Convenio 169, no basta con escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones indígenas, sino que requiere el uso de procedimientos apropiados para incorporar sus observaciones a las medidas propuestas.

En los antecedentes consta que se llevó a cabo un proceso de participación donde se sostuvieron reuniones informativas abiertas a la comunidad donde participaron miembros de la Asociación, y posteriormente una etapa consultiva donde se recibieron observaciones vía e-mail, y otra final que consolidó tales observaciones. Posteriormente se habrían realizado otras 3 sesiones convocadas por el GORE del Tarapacá y el Comisionado Presidencial de Asuntos Indígenas, a las que asistieron 9 miembros de dicha asociación, donde se concluyó que las demandas territoriales planteadas se remitirían a los organismos competentes, quienes resolverían tal situación, concluyendo así la consulta con el informe final de 2 de septiembre de 2009, remitido por oficio N° 522, de ese mismo mes, de la Dirección Nacional de CONADI, al MINSEGPRES, Coordinador de Asuntos Indígenas.

La Contraloría consideró que el estándar exigido por el Convenio no se alcanzó en las reuniones, puesto que ante las solicitudes de los miembros de la asociación para clarificar la situación jurídica en que quedarían las tierras reclamadas afectadas por la creación del parque, así como la solicitud de ampliar el plazo para analizar los antecedentes no fueron resueltas durante el proceso de consulta ciudadana.

Además, conforme a un acta de reunión de septiembre de 2009, el GORE del Tarapacá aclaró que la consulta no se realizó de conformidad al Convenio, sino que al Instructivo presidencial N° 5, de 2008, "Reconocer: Pacto social por la Multiculturalidad", documento emitido con anterioridad a la promulgación del Convenio 169.

El art. 53 de la ley N° 18.880 da un plazo de 2 años a la autoridad administrativa para invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, desde la notificación o publicación del acto. En el presente caso, la solicitud de invalidación se presentó dentro de plazo, sin que el Ministerio de Bienes Nacionales se hubiera pronunciado tras cumplirse dicho plazo. En razón de ello, el plazo de caducidad se

debió a la inactividad de la administración, por lo que no corresponde a los recurrentes asumir las consecuencias de ese error administrativo.

Se hace referencia a la necesidad de la administración de cumplir con el principio de celeridad y además, se hace presente que en este caso al ser el Salar de Huasco una zona lacustre, debió consultarse previamente a la Subpesca, cuestión que no consta.

La CGR concluye que el Ministerio de Bienes Nacionales deberá resolver la solicitud de invalidación, subsanar los vicios indicados y regularizar la declaración del parque nacional, efectuando el PCI de conformidad con lo previsto en el Convenio 169, y solicitando el respectivo informe a la Subpesca.

Llama la atención del presente dictamen el hecho de que la CGR no hubiese hecho mención alguna de la Ley 19.253, ni del Reglamento de Consulta Indígena contenido en el DS N° 124 y se hubiera remitido exclusivamente al Convenio 169 y sus estándares. Para su aplicación en nuestro país, como se ha visto en los dictámenes analizados previamente, se tiende a explicar el Convenio y sus estándares a través del art. 34 de la mencionada ley y el reglamento que establece los procedimientos que se entienden satisfactorios de los estándares exigidos, lo que sería adecuado para explicitar la correcta realización del PCI.

A juicio del autor, esto podría deberse al hecho de que en esa época se estaría preparando el nuevo reglamento de consulta, contenido en el DS N° 66, de 2014, tras las amplias críticas de diversos sectores al reglamento del DS N° 124.

Del presente dictamen, podemos extraer que para el Convenio 169, no basta con escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones indígenas, sino que requiere el uso de procedimientos apropiados para incorporar sus observaciones a las medidas propuestas y que, asimismo, se deberá responder adecuadamente a las inquietudes por ellas presentadas en el tiempo y forma establecido por las leyes e instrumentos relacionados que rigen la consulta, así como también los procedimientos administrativos, cuando corresponda.

c. Dictamen N° 80.521/2015

En el caso de este dictamen, la CGR debió analizar un instrumento que modificaba el decreto N° 6, de 2009, del Ministerio de Salud que aprobó el Reglamento sobre Residuos de Establecimientos de Atención de Salud. Con la modificación de dicho reglamento se permite la entrega de la placenta producto de un

parto “a requerimiento de la mujer que sea ella misma, su cónyuge o el padre del niño/a, perteneciente a un pueblo indígena”, en la medida que se cumplan los demás requisitos que allí se indican.

Como se puede apreciar, se trata de una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin embargo, no hay constancia alguna del hecho de haberse llevado a cabo un PCI de acuerdo a las normas del Convenio 169, el art. 34 de la Ley 19.253 y el reglamento contenido en el decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

En razón de ello, la CGR resuelve representar el decreto, puesto que su tramitación no se ajustó a derecho por no llevarse a cabo un PCI o no haber dejado constancia de tal hecho.

Además, agrega que la determinación de la calidad indígena de una persona debe hacerse en base a lo dispuesto en los art. 2° y 3° de la ley N° 19.253, cuestión que tampoco se encuentra satisfecha por el instrumento analizado.

Del presente dictamen sólo resulta posible extraer la necesidad, como requisito de legalidad, de la realización de un PCI para la dictación de un instrumento que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y dejar constancia expresa del hecho de haberse llevado a cabo.

d. Dictamen N° 80.522/2015

La CGR debió representar el instrumento mediante el cual se modificaría el decreto N° 977, de 1996, del Ministerio de Salud, que aprobó el reglamento sanitario de los alimentos, porque este no se ajustaba a derecho.

A través de la modificación, se pretendía incorporar al señalado reglamento una disposición que previene que la evaluación por parte de las SEREMIS de Salud de las condiciones de inocuidad de los alimentos característicos de las prácticas culturales de los pueblos, comunidades, asociaciones y personas indígenas se regiría por los procedimientos señalados en la norma técnica que dicte el Ministerio de Salud para tal fin, aprobada por resolución.

Por tratarse en este caso de los alimentos propios de las prácticas culturales de los pueblos indígenas, este acto administrativo es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin embargo, no existe constancia de haberse realizado el PCI correspondiente.

En razón de ello, la Contraloría resolvió representar el decreto en estudio por faltar este trámite.

Al igual que en el caso anterior, se resalta la necesidad de llevar a cabo un PCI cada vez que se pretenda llevar a cabo un acto administrativo que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

e. Dictamen N° 39.884/2016

Samuel Melinao y Marcela Lincovil solicitan que se precise si el decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, debe aplicarse respecto del proyecto de reglamento del art. 7 de la ley N° 20.584, que consagra el derecho de las personas pertenecientes a pueblos indígenas a recibir atención de salud con pertinencia cultural.

Señalan que, con motivo de dicho proyecto, durante el segundo semestre del año 2015, el Ministerio de Salud inició un PCI dentro del cual sostenía que éste no se regiría por el decreto N° 66, de 2013, por lo que consideran que existe una ilegalidad respecto de su realización, dada la inobservancia de lo establecido en el reglamento y con ello de las garantías mínimas del proceso en él contenido.

La Subsecretaría de Salud Pública señaló en su informe que Chile no tiene un procedimiento reglado ni regulado para la participación indígena del Convenio 169, sino sólo para efectos de la consulta, por lo que el Ministerio habría implementado un “mecanismo participativo que combina estos dos procedimientos de participación y consulta”.

Luego de una transcripción de disposiciones pertinentes sobre la materia, contenidas en el señalado Convenio, la Ley N° 19.253 y el decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, la CGR señala que el Ministerio de Salud tiene el deber de desarrollar una consulta indígena, cuando la medida que pretenda adoptar pudiera afectar directamente a los pueblos indígenas, debiendo ajustarse este a los principios y procedimiento contemplados en el señalado decreto N° 66.

Agrega que el PCI constituye un mecanismo destinado a permitir la participación de los pueblos indígenas previo a la adopción de una medida administrativa susceptible de afectarlos directamente.

En concreto, toca referirse al proyecto de reglamento del art. 7° de la Ley N° 20.584. Dicho artículo previene que “En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación

de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura”.

En la citada disposición, se fija una regla especial en cuanto a la atención de salud que tienen derecho a recibir las personas pertenecientes a pueblos originarios, en atención a su calidad de indígenas y en respeto a su cultura y tradiciones, siendo de este modo, el proyecto de reglamento, una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

En razón de lo anterior y en consideración al principio de juridicidad contemplado en los arts. 6° y 7° de la CPR y 2° de la ley N° 18.575, que rige a los órganos de la Administración del Estado, corresponde que el señalado proyecto sea sometido a consulta indígena, con sujeción al reglamento establecido en el decreto N° 66 antedicho. Esto, sin perjuicio de otras medidas complementarias que el Ministerio de Salud pudiera disponer para facilitar la participación de los pueblos originarios.

Procede, en conclusión, que el MINSAL arbitre todas las providencias que resulten conducentes para que sus acciones se ajusten a la normativa que regula la consulta y a lo manifestado a través del presente dictamen.

Por lo tanto, la CGR considera que siempre que se trate de un instrumento normativo que expresamente contemple alguna disposición que afecte a los pueblos indígenas, y con mayor razón cuando aquella es justamente en atención a dicha condición, deberá llevarse a cabo un proceso de consulta indígena que se rija por las disposiciones contenidas en el reglamento.

Al momento de llevarse a cabo un PCI, se debe dar estricto cumplimiento a cada una de las etapas del procedimiento contemplado en el Reglamento de la consulta, las cuales deben constar en el Informe Final y que, además, en caso de que la medida consultada vaya a tener como finalidad la creación de un reglamento, se deberá dejar expresa constancia de haberse llevado a cabo el PCI correspondiente en el instrumento que lo contenga.

f. **Dictamen N° 6.839/2018**

Corresponde a la toma de razón del Decreto N° 17, de 2018 del MINSAL, que “Aprueba el Reglamento sobre el Derecho de las Personas Pertenecientes a los Pueblos Indígenas a Recibir una Atención de Salud con Pertinencia Cultural.

Es esta oportunidad, la CGR no le dio curso al referido decreto, representándolo, porque no le fueron remitidos los antecedentes que le sirven de fundamento particularmente los relativos al desarrollo de la obligación de consulta a los pueblos indígenas, contraviniendo las normas que lo fundan y regulan, así como lo dispuesto en el inciso 1° del art. 6° de la resolución N° 1.600, de 2018, de la propia CGR, artículo que exige que los decretos y resoluciones que deban ser tomados de razón deben remitirse al ente contralor conjuntamente con los antecedentes que le sirven de fundamento.

En este caso la CGR hace presente que con anterioridad había dictado una resolución que mandataba a los órganos de la Administración a entregar la información que sirve de base para fundamentar los decretos y resoluciones que deban ser objeto de una toma de razón, y que, tratándose aquí de uno que afecta directamente a las Personas Pertenecientes a los Pueblos Indígenas, la documentación propia del desarrollo de un PCI debió haber sido acompañada al decreto que se pretendía aprobar.

De este modo, la decisión de representar el decreto presentado ante el ente contralor obedece a que es un requisito de legalidad hacer entrega de la información relativa al PCI, en aquellos actos de la administración que afecten directamente a los pueblos indígenas, para que esta pueda ser revisada y evaluada adecuadamente por el órgano de control.

Criterios extraíbles de la sección:

- **No basta con escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones indígenas, sino que se requiere el uso de procedimientos apropiados para incorporar sus observaciones a las medidas propuestas y se deberá responder adecuadamente a las inquietudes por ellas presentadas en el tiempo y forma establecido por las leyes e instrumentos relacionados que rigen la consulta, así como también los procedimientos administrativos, cuando corresponda.**
- **Resulta necesario, como requisito de legalidad, de la realización de un PCI para la dictación de un instrumento que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y dejar constancia expresa del hecho de haberse llevado a cabo, ello se ve**

acentuado cuando alguna de las disposiciones que sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas lo hace explícitamente basada en tal condición.

- Además de llevarse a cabo el PCI, en una toma de razón debe remitirse la información que ha emanado de dicho procedimiento conjuntamente con el texto del decreto o resolución de que se trate, para que la CGR tenga a su disposición los fundamentos de tal instrumento.

CAPÍTULO VII: CONSULTA INDÍGENA EN EL MARCO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Como último tema a tratar dentro del análisis de Jurisprudencia Administrativa sobre la consulta indígena, se expondrá la dictaminación que la CGR ha hecho respecto de su aplicación en el marco de la evaluación ambiental de proyectos, cuestión a cargo principalmente del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), en colaboración con los distintos órganos sectoriales.

a. Dictamen N° 70.292/2009

El primer dictamen a analizar corresponde a un informe emitido por la CGR, a solicitud de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en el contexto de un recurso de protección interpuesto contra la propia Contraloría por María de los Ángeles Solar Larraín, en representación de don Juan Carlos Fuchslocher Herbach, por haber tomado razón del decreto N° 192, de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, mediante el cual se otorga a la Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A. concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Rucatayo, en la Región de Los Lagos, provincias de Osorno y Ranco, comunas de Puyehue y Río Bueno.

La parte recurrente plantea una serie de alegaciones relativas a diversas vulneraciones ocurridas en el marco y a raíz de la toma de razón del decreto indicado. En atención al objeto del trabajo, sólo corresponde referirse a aquellas relativas a la necesidad de efectuar un PCI, contenida en el punto II.4. del informe.

Sostiene la CGR que, respecto del art. 34 de la ley N° 19.253, la concesión eléctrica en trámite no reviste la naturaleza de “cuestión indígena” a que alude la norma para requerirse llevar a cabo la consulta.

Agrega que ello se ve precisado en el reglamento contenido en el DS N° 124, al establecer en su art. 1° la obligación de los órganos de la Administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, y en su art. 2° al añadir que la consulta es el procedimiento a través del cual los pueblos interesados, pueden expresar su opinión acerca de la forma, momento y razón de determinadas medidas

legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la Administración del Estado señalados en el art. 4° de dicho reglamento.

Así, señala que en caso de que la CONADI o los miembros de alguna comunidad indígena, hayan estimado que la concesión eléctrica vulnera sus derechos o afecta sus tierras, han tenido oportunidad para hacer valer sus oposiciones, toda vez que de la solicitud de concesión se efectúan publicaciones para que se manifiesten quienes consideren la existencia de una vulneración a sus derechos, cuestión que en el caso no pasó.

Del contenido del dictamen presentado, se puede extraer que el criterio empleado por la CGR en el presente caso para que proceda la consulta, consiste en la existencia de oposición por parte de las comunidades que puedan verse afectadas por la instalación de un proyecto o, que la CONADI lo considerase del mismo modo, de tal manera que, de no existir oposición tras la publicación de las solicitudes, el procedimiento de evaluación ambiental seguirá su curso sin considerar la posibilidad de afectación a los pueblos indígenas.

b. Dictamen 17.203/2013

La Contraloría Regional de Los Ríos remite a la CGR la petición de Armando Marcial, Jorge Weke, Mauricio Durán y Rosa Punulaf, solicitando la revisión de legalidad de las actuaciones realizadas por el SEIA, la CONADI, el INDAP y el Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC), sobre la evaluación de impacto ambiental de los proyectos “Central Hidroeléctrica Neltume” y “Línea de alta Tensión S/E Neltume Pullinque”, ambos de la comuna de Panguipulli.

Los peticionarios sostienen que durante la tramitación de los proyectos no se habrían respetado los términos del Convenio 169, afirmando que se habrían entregado dádivas, con el fin de obtener un pronunciamiento favorable de los miembros de comunidades mapuches cercanas respecto de la construcción de las obras, provocando conflictos entre éstas.

A raíz de esto se requirieron informes del Director Regional del SEA de los Ríos y del Director Regional de la CONADI de la misma región.

En nuestro país el art. 6° del Convenio 169 se encontraba, en ese entonces, reglamentado a través del DS N° 124, de 2009, del MIDEPLAN. Asimismo, se hace referencia al procedimiento administrativo reglado contemplado en el sistema de evaluación ambiental, previsto por la ley N° 19.300, que incluye

mecanismos de participación y medios de impugnación de las resoluciones, incluyendo aquéllos a favor de personas jurídicas, como las comunidades indígenas afectadas, estructurando oportunidades específicas para formular sus observaciones, sin que exista la posibilidad de incorporar trámites no previstos en la normativa que alteren la secuencia procesal preestablecida, en respeto al principio de juridicidad.

En virtud de los incisos 1° y 2° del art. 24 de la ley N° 19.300, el procedimiento concluye con una resolución que califica ambientalmente un proyecto o actividad, cuestión que a la fecha del presente dictamen no se había verificado según los antecedentes analizados, tanto en el caso de la central, como de la línea de alta tensión, teniendo como plazo para la evaluación el 24 de mayo y 18 de junio de 2013, respectivamente⁷⁰.

Al estar pendiente la evaluación, la CGR sostiene que no le corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre la materia hasta que esta haya concluido.

En relación a las supuestas dádivas, sostiene que, al no haber funcionarios públicos involucrados, no cabe dentro de su ámbito de control, pues ello habría ocurrido entre privados: ENDESA y miembros de las comunidades.

Se agrega, además, que se habría interpuesto un recurso de protección, en contra de la extinta COREMA, denunciando los actos y omisiones que a juicio de la Comunidad Indígena Inalafken se habrían suscitado en el curso del procedimiento, recurso que fue rechazado por la CA respectiva y confirmado el fallo por la CS, motivo por el cual la CGR debe inhibirse en razón del art. 6°, inciso 3° de la ley N° 10.336.

Puede extraerse de lo anterior que (i) la CGR no intervendrá en procedimientos de evaluación ambiental hasta que estos hayan concluido, materializándose aquello en la RCA, como acto terminal; (ii) como es propio de un órgano de control administrativo, no se encuentra dentro de sus atribuciones el ejercicio de fiscalizar y sancionar las actuaciones de privados y; (iii) la CGR no intervendrá en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia o que hayan sido resueltos por estos.

c. Dictamen N° 53.625/2014

⁷⁰ El dictamen es de fecha 18 de marzo de 2013.

En este dictamen se vuelve a solicitar a la CGR que revise el proceso de calificación ambiental de los proyectos Central Hidroeléctrica Neltume y Línea de Alta Tensión S/E Neltume-Pullinque y requieren el inicio de una investigación que determine la eventual responsabilidad administrativa de los funcionarios del SEA de Los Ríos por infringir una serie de normas en materia ambiental y el principio de probidad administrativa.

Los solicitantes denuncian que la participación de las comunidades en el proceso habría sido funcional y no sustantiva, infringiéndose lo establecido en el Convenio 169 y las normas que lo regula; se habrían ejercido presiones indebidas, hostigamientos reiterados, prácticas divisorias y descalificación permanente por parte del director regional (S) del SEA y su equipo técnico, desconociendo acuerdos de las comunidades y; que se habría faltado a la transparencia al impedir el registro audiovisual de las reuniones.

El SEA de Los Ríos sostiene que el proceso se ajustó a la normativa vigente, señalando que las irregularidades denunciadas sobre la falta de probidad no son efectivas y acompañando las actas levantadas en el PCI, validadas por las comunidades participantes.

Igualmente sostiene que el Convenio no establece un determinado procedimiento de consulta, sólo indicando que debe hacerse de buena fe, con flexibilidad y teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, agregando que el proceso se llevó a cabo con las comunidades directamente afectadas, a través de instancias previas donde se fijó la forma de establecer el diálogo, metodologías de trabajo e implementación de protocolos de acuerdo, donde las mismas comunidades convinieron la forma de trabajar, sus representantes y mecanismos de participación, sin injerencia de terceros. En tales acuerdos, afirma, se estableció registrar las sesiones por medio de actas y no por medios audiovisuales.

La CGR hace presente nuevamente que, por no haber concluido los procesos de evaluación, no puede emitir pronunciamiento al respecto.

De las actas de las reuniones realizadas con motivo de la consulta indígena los días 5 de octubre, 20 de noviembre y 11 de diciembre de 2013, aparece la conformidad de los temas centrales consignados en tales instrumentos por parte de las comunidades que los suscribieron. Igualmente, se registró la asistencia y participación de representantes de las distintas comunidades consultadas y agrega que, si bien, el medio de registro escogido por los representantes de las comunidades fue el acta, ello no obsta a que pueda ser modificado por un nuevo acuerdo mayoritario.

En base a ello, la CGR considera que no se aprecia que las conductas denunciadas hubieran tenido lugar, por lo que no se puede estimar que los funcionarios del SEA hayan incurrido en infracciones al principio de probidad.

En este caso nuevamente la CGR sostiene que no puede pronunciarse respecto del procedimiento de evaluación que se estaba llevando a cabo, por no existir aún el acto terminal que aprueba o rechaza el proyecto. Agrega que, del hecho de haberse establecido un medio de registro de las reuniones, no se debe entender que aquello no pueda ser modificado si existe acuerdo de los participantes.

d. Dictamen 88.248/2014

Richards Challapa Ayavire, Secretario Ejecutivo de la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa efectúa un reclamo en contra de la decisión adoptada por el SEA del Tarapacá, de excluir a su comunidad del PCI correspondiente en la evaluación del proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”.

El Director Regional del SEA del Tarapacá señaló que la comunidad fue excluida porque el titular del proyecto no la reconoció como susceptible de afectación, pero que, de verificarse durante la evaluación nuevos impactos que puedan causar una afectación directa a pueblos indígenas que ya participaron o a otros, el proceso puede ampliarse incluyendo a los reclamantes.

La CGR alude al art. 4° e inciso 5° del art. 8 de la Ley N° 19.300, para sostener que tanto el SEA como los demás órganos administrativos competentes deben facilitar la participación ciudadana y propender a la protección de los pueblos, comunidades y personas indígenas, en los términos de la legislación vigente.

De los antecedentes disponibles, consta que el 18 de julio de 2013, la Compañía Minera Cerro Colorado Ltda. (CMCC) sometió al SEIA el estudio del proyecto señalado, emplazado en las comunas de Pozo Almonte y Pica de la Provincia del Tamarugal de la Región del Tarapacá.

El 19 de diciembre de 2013, la Dirección Regional del SEA del Tarapacá, dispuso el inicio del PCI del proyecto, señalando que se llevaría a cabo con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (GHPPI) que “se encuentren dentro de su área de influencia y que sean susceptibles de ser afectados directamente por aquél y especialmente con las Comunidades Indígenas de Quipisca, Mamiña, Iquica y Parca”. En el mismo acto, en su resuelvo N° 3 se previno que de verificarse durante el proceso de evaluación nuevos impactos susceptibles de afectar a GHPPI que ya participan u otros, se ampliaría la consulta a tales nuevos impactos y/o grupos, según corresponda.

La CGR señala que se aprecia que el 14 de noviembre de 2013 el SEA emitió el ICSARA, que fue contestado por CMCC en mayo de 2014, mediante la ADENDA N° 1, donde la empresa reconoce que la zona de Cancosa está dentro del área de influencia del proyecto, siendo relevante el cuadro de localización georeferenciada de comunidades y asociaciones ubicadas en dicha área, donde expresamente se contempla a la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa.

En consecuencia, en virtud de esta nueva información que proporciona la propia empresa, aparecen nuevos antecedentes que dan cuenta de que existe la posibilidad de que el proyecto afecte directamente a la comunidad reclamante, lo que justifica su inclusión en el PCI, de modo que corresponde que el SEA adopte todas las medidas necesarias para que ello ocurra y pueda participar formulando los comentarios y observaciones que estime pertinentes.

Concluye la CGR previniendo que no corresponde que el SEA determine si un proyecto es susceptible de afectar a una determinada comunidad indígena y por ende, si debe ser incorporada en la respectiva consulta únicamente sobre la base de la información que le proporciona el titular de aquél, pues el art. 4° de la ley N° 19.300 le impone obligaciones en materia de facilitación de la participación ciudadana y de protección de los pueblos, comunidades y personas indígenas.

De lo anterior puede extraerse que (i) cada vez que dentro del proceso de evaluación se presenten nuevos antecedentes que permitan concluir que el proyecto generará impactos significativos adicionales a los consultados en el PCI correspondiente o que el proyecto afectará a comunidades no consideradas en dicho proceso, deberá iniciarse un nuevo PCI que complemente el anterior considerando adecuadamente dichos antecedentes y/o incluyendo a las nuevas comunidades y; (ii) la determinación de la susceptibilidad de afectación a raíz de un proyecto sometido al SEIA que corresponde hacer al SEA no podrá hacerse sólo tomando en cuenta la información que entrega el titular de dicho proyecto⁷¹.

e. Dictamen N° 32.996/2015

La Dirección Ejecutiva del SEA solicita la reconsideración del dictamen N° 88.248, de 2014 de la CGR, que determinó que el Servicio debía adoptar las medidas para incluir a la Comunidad Indígena Aymara de

⁷¹ Si bien la CGR no lo dice expresamente, se puede inferir que, al señalar que dicha determinación no debe hacerse sólo en base a los antecedentes proporcionados por el titular, es exigible al SEA con el apoyo de la CONADI que analicen la susceptibilidad de afectación en base a antecedentes obtenidos por sus propios medios considerando el área de emplazamiento y la localización de las comunidades que consten en sus registros.

Cancosa en el PCI desarrollado en el marco de la evaluación de impacto ambiental del proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, de CMCC.

El SEA sostiene que el solo hecho de que la comunidad se encuentre en el área de influencia no basta para dar por establecido que es susceptible de ser afectada directamente por el proyecto, requisito para que surja la obligación de incorporarla al PCI, conforme lo dispuesto en el Convenio 169.

Añade que ni la comunidad señalada ni el titular del proyecto han aportado antecedentes que permitan formarse la convicción de que se produce la susceptibilidad de afectación, lo que tampoco pudo ser concluido en base a los análisis del propio servicio.

La empresa manifestó en su informe que, procedería la inclusión de la comunidad puesto que esta es la propietaria inscrita del predio donde se ubican los pozos que permiten el ejercicio de los derechos de agua de que es titular esa sociedad en el acuífero Lagunillas, terreno en que se verificaría un impacto significativo desde el punto de vista ambiental.

La comunidad indígena hizo presente que el bofedal Lagunillas presenta cualidades ecosistémicas que hacen que el mismo “actualmente sea y ancestralmente haya sido determinante para la existencia de esa agrupación” y, que producto de la extracción de aguas por CMCC y el consiguiente decaimiento experimentado por el bofedal, la comunidad ha visto afectado el desarrollo de sus actividades económicas bases y socioculturales.

La CGR reprodujo la letra a) del N°1 del art. 6° del Convenio 169 y, asimismo, el inciso 3° del art 7° del decreto N° 66, para referirse al concepto de “susceptibilidad de afectación directa” en ellos contenida.

En tal sentido, concuerda con el SEA respecto de que el hecho de que una comunidad se encuentre dentro del área de influencia de un proyecto no implica necesariamente la generación de impactos significativos y específicos a dicha comunidad, pues los impactos pueden no revestir el carácter de significativos, según la definición de “área de influencia”, contemplada en la letra a) del art. 2° del decreto N° 40, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Sin embargo, de acuerdo a lo expuesto por la comunidad, la extracción de agua del bofedal para la ejecución del proyecto originaría una afectación significativa en sus sistemas de vida y costumbres, por lo que debería ser incluida en el PCI correspondiente, a menos que el SEA determine, fundadamente, que no es efectivo que se produzca un impacto significativo.

Así, determina la CGR que el SEA deberá definir la procedencia de la inclusión de la comunidad sobre la base de lo expuesto en este dictamen y el que lo precede, e informar a la CGR dentro del plazo de 30 días hábiles desde la notificación de este pronunciamiento.

Con este dictamen se complementa el anterior señalándose que, tal y como señala el SEA, la sola localización de una comunidad dentro del área de influencia no justifica su inclusión dentro del PCI, pues para ello debe verificarse la “susceptibilidad de afectación directa” que pueda generar y que la afectación se considere un “impacto significativo” para ella, de modo que para su inclusión el SEA deberá analizar la concurrencia de dichas circunstancias y emitir un pronunciamiento fundado respecto de su inclusión o rechazo⁷².

Con posterioridad, la CGR emitió el dictamen N° 84.732 de 2015, donde señala que mediante el oficio N° 141, de 2015, la Dirección Regional del Tarapacá del SEA informa que no existen elementos suficientes para concluir que la extracción del recurso hídrico desde el acuífero “Pampa Lagunillas” para la ejecución del proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, pueda constituir una afectación significativa de los sistemas de vida y costumbres de la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa, por lo que no corresponde incluirla en el PCI.

La CGR sostiene que no le corresponde ponderar las consideraciones técnicas en virtud de las cuales la autoridad ambiental determina si un proyecto o actividad sometido al SEIA, es susceptible de afectar directamente a una comunidad indígena y si debe incorporarlo al respectivo PCI, pues ello compete a la administración activa⁷³.

f. Dictamen N° 2.067/2016

La Comunidad Indígena de isla Cailín, la Asociación Indígena de Pescadores Artesanales de la Comunidad Indígena Buta Huapi Chilhue y el Consejo General de Caciques Williche de Chiloé, solicitan a

⁷² En el presente dictamen, la CGR manifiesta su parecer de que la comunidad debiera de ser incluida en el PCI en base a lo expuesto por la comunidad y la propia empresa, sin embargo, asume una posición de deferencia ante la decisión que pueda adoptar el SEA por su carácter de órgano especializado a cargo de los procesos de evaluación ambiental, pero exigiéndole la debida fundamentación de tal decisión.

⁷³ Llama la atención el hecho de que, estando la empresa y la comunidad de acuerdo en la necesidad de la inclusión de esta última en el PCI, el SEA mantenga una postura firme contra su inclusión. Ello, a juicio del autor, puede deberse a 2 factores: (i) falta de voluntad del Órgano Administrativo de llevar a cabo un nuevo proceso de consulta producto del uso de tiempo y recursos necesarios para su implementación y/o, (ii) razones políticas o económicas del gobierno central.

la CGR que se revise la legalidad de la R.E. N° 676, de 2015, de la SUBPESCA, que autorizó la realización de un proyecto de manejo y explotación de recursos bentónicos en el área denominada Cailín, Sector A, X Región, sin que se hubiera realizado previamente un PCI.

Sostienen que dicho sector forma parte de una solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios (ECMPO) realizada por la Asociación de Comunidades Indígenas Williche Isla Caylin-Lafken Mapu, donde la SUBPESCA declaró el desistimiento de la interesada.

Dicho lo anterior, solicita a la CGR que se pronuncie sobre: (1) la legalidad de la RE señalada, por la falta de PCI; (2) verificar plazos de tramitación de tal acto administrativo, que a su juicio habrían sido breves, y (3) la legalidad de la declaración de desistimiento⁷⁴.

El Ministerio de Desarrollo Social y la CONADI sostienen en sus respectivos informes que no tienen injerencia en la materia, pues corresponde en este caso a la Subpesca referirse al asunto.

La Subpesca, por su parte, indica que la declaración de un área de manejo y explotación de recursos bentónicos debe entenderse como una medida de administración compuesta de 2 etapas, la primera respecto de su establecimiento, que corresponde al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y la segunda, sobre la asignación de su explotación, la cual sí le compete tratar.

Asimismo, señala que es del parecer que la afectación de los pueblos indígenas se produce con la primera de las medidas, por lo que correspondía a la mencionada Secretaría de Estado llevar a cabo el PCI.

Concluye informando que la decisión cuestionada se dictó dentro de los plazos establecidos y expresa que la declaración de desistimiento en dicho procedimiento se debió a la falta de antecedentes requeridos, lo que se encontraría avalado por la normativa aplicable y por los Tribunales Superiores de Justicia.

La CGR decide tratar cada una de las consultas efectuadas por separado, producto de la variada regulación de cada una de ellas.

⁷⁴ Las últimas 2 materias, si bien son materias importantes a definir respecto de la aplicación de la legislación al presente caso, no resultan relevantes para el presente trabajo, por lo que pueden ser consultadas en el dictamen completo disponible en el sitio web de la CGR.

Sobre la legalidad de la resolución exenta N° 676, en especial por la ausencia de la consulta indígena:

Cita los arts. 55 A y 55 B de la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, donde (i) se establece que en el área de reserva para la pesca artesanal establecida en el inciso 1° de su art. 48 podrá establecerse por decreto del Ministerio de Economía -previos informes técnicos de la Subpesca y del Consejo Zonal correspondiente-, un régimen denominado “Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, al que podrán optar las organizaciones de pescadores artesanales inscritas en el Registro Pesquero Artesanal”. Además, una vez establecida el área, el SERNAPESCA deberá solicitar su destinación al Ministerio de Defensa y; (ii) las áreas de manejo serán entregadas mediante resolución del SERNAPESCA, previa aprobación de la SUBPESCA de un plan de manejo y explotación del sector solicitado, a través de un convenio de uso, de vigencia indefinida, mientras no se incurra en alguna causal de caducidad prevista en la ley.

Se transcriben las letras a) y b) del N° 1 del art. 6° del Convenio 169, en lo relativo al deber de consulta y, el requisito de buena fe con la finalidad de llegar a acuerdo o lograr consentimiento, respectivamente.

Asimismo, complementa el inciso 3° del art. 7° del decreto N° 66 al señalar cuándo se presenta la susceptibilidad de afectación directa y, a su vez, el inciso 5° agrega que los actos de mero trámite y medidas de ejecución material o jurídica se encuentran comprendidas en la consulta del acto terminal al que han servido de fundamento.

Además, se transcribe el inciso primero del artículo 11 del señalado decreto, en lo relativo al carácter previo que debe tener la consulta para que los pueblos puedan influir de manera real y efectiva en la medida y su inciso final, en lo relativo al deber del órgano responsable de realizar la consulta antes de la dictación de la medida. Los arts. 12 y 13 se refieren a la responsabilidad de coordinar y ejecutar el PCI del Órgano de la Administración que deba adoptar la medida y que ello corresponderá hacerlo de oficio cuando dicho órgano prevea que la medida es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, pudiendo solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales y, que además la existencia de la posibilidad de que la consulta pueda solicitarse por cualquier persona interesada.

A raíz de lo expuesto, se puede extraer que el régimen especial denominado áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos al que pueden optar las organizaciones de pescadores artesanales inscritas, requieren de un decreto supremo emanado del Ministerio de Economía, previos informes técnicos de la SUBPESCA y el Consejo Zonal pertinente, lo cual se encuentra en el decreto exento N° 525,

de 2002, del Ministerio de Economía -que establece áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos para la X Región-, época en la que no había entrado en vigencia el Convenio N° 169.

Se tuvo a la vista la resolución impugnada (R.E. N° 676, de 2015, de la SUBPESCA), que autorizó al Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales, Acuicultores y Recolectores de Orilla Estero Yaldad, la realización de un proyecto de manejo y explotación de recursos bentónicos, en el área ya señalada. Ello, sin que se tenga conocimiento si a la fecha se ha dispuesto su aprobación, que sirva como antecedente para que el SERNAPESCA haga entrega del sector. Toca entonces, definir si con ocasión de tal autorización se requería efectuar un PCI.

Analizando el contenido de los arts. 55 A y 55 B de la ley N° 18.892, la CGR estima que debe entenderse que la autorización para presentar el plan de manejo y explotación no es un acto administrativo terminal, pues solo constituye el antecedente previo para que el SERNAPESCA haga entrega del sector del área de manejo.

A raíz de ello la CGR concluye que la medida que autoriza la presentación de un plan de manejo para su aprobación, no es susceptible de ser sometidas a consulta, por lo que no se aprecia irregularidad en la dictación de la resolución señalada, debiendo desestimarse la denuncia, en este punto.

Mediante el presente dictamen la CGR mantiene el criterio que había venido aplicando con anterioridad en lo relativo a la necesidad de que el PCI se lleve a cabo respecto al acto terminal y no sobre los actos trámites, por razones de economía procesal.

g. Dictamen N° 7.308/2016

La empresa SQM Salar S.A. consulta sobre distintos aspectos vinculados con las autorizaciones de uso de los terrenos fiscales en que se emplazan los "Pozos Toconao 3, 4 y 5", que pidió al Ministerio de Bienes Nacionales, como también con las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas sobre tales pozos, formuladas a la DGA y, a la procedencia de efectuar un PCI.

La empresa hace presente que la demora del Ministerio de Bienes Nacionales en resolver la autorización de uso de los terrenos fiscales le ha causado perjuicios, pues ello habría llevado que la DGA la tuviera por desistida de sus solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

En relación a la procedencia de efectuar un PCI, consultada por la empresa, en el marco de la tramitación de las solicitudes de autorización de uso de los terrenos fiscales que formuló ante el Ministerio de Bienes Nacionales, la CGR transcribe lo dispuesto en la letra a) del N° 1 del art. 6° del Convenio 169, señalando que la autoridad estatal respectiva debe desarrollar una consulta indígena, en el evento que la medida que tenga que adoptar sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.

Tanto la Subsecretaría de Bienes Nacionales como la Subsecretaría de Servicios Sociales señalan en sus respectivos informes la necesidad de efectuar un PCI previo a adoptar la decisión del Ministerio de Bienes Nacionales de autorizar o rechazar la petición de SQM de usar los inmuebles fiscales en cuestión, por existir susceptibilidad de afectación al tratarse de terrenos próximos a comunidades indígena que históricamente han demandado esos predios, por lo que la CGR concluye al respecto que, la Subsecretaría de Servicios Sociales debe desarrollar dicho procedimiento que deberá sujetarse al decreto N° 66.

En el presente dictamen no existe controversia sobre la necesidad de efectuar un PCI, toda vez que tanto el Ministerio de Bienes Nacionales como la Subsecretaría de Servicios Sociales concuerdan en la susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas que hacen uso de los predios solicitados. Así, la CGR cumple con confirmar que cada vez que se verifique la circunstancia de generarse un impacto significativo a una comunidad, debe entenderse que ella es susceptible de ser afectada directamente por el proyecto.

Criterios extraíbles de la sección:

- **Para que proceda la consulta, debe existir oposición por parte de las comunidades que puedan verse afectadas por la instalación de un proyecto o, que la CONADI lo considerase del mismo modo, de tal manera que, de no existir oposición tras la publicación de las solicitudes, el procedimiento de evaluación ambiental seguirá su curso sin considerar la posibilidad de afectación a los pueblos indígenas.**
- **La CGR no intervendrá en procedimientos de evaluación ambiental hasta que estos hayan concluido, materializándose aquello en la RCA, como acto terminal.**
- **No corresponde a la CGR el ejercicio de la fiscalización y sanción de las actuaciones de privados.**
- **La CGR no intervendrá en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia o que hayan sido resueltos por estos.**
- **Del hecho de haberse establecido en el marco del PCI y para su realización, una determinada cuestión por mutuo acuerdo de los participantes, no se debe entender que aquello no pueda ser modificado si ello es acordado del mismo modo con posterioridad.**

- Cada vez que se verifique la circunstancia de generarse un impacto significativo a una comunidad, debe entenderse que ella es susceptible de ser afectada directamente por el proyecto.
- Cada vez que dentro del proceso de evaluación se presenten nuevos antecedentes que permitan concluir que el proyecto generará impactos significativos adicionales a los consultados en el PCI correspondiente o que el proyecto afectará a comunidades no consideradas en dicho proceso, deberá iniciarse un nuevo PCI que complemente el anterior considerando adecuadamente dichos antecedentes y/o incluyendo a las nuevas comunidades.
- La determinación de la susceptibilidad de afectación a raíz de un proyecto sometido al SEIA que corresponde hacer al SEA no podrá hacerse sólo tomando en cuenta la información que entrega el titular de dicho proyecto.
- La sola localización de una comunidad dentro del área de influencia no justifica su inclusión dentro del PCI, pues para ello debe verificarse la “susceptibilidad de afectación directa” que pueda generar y que la afectación se considere un “impacto significativo” para ella, de modo que, para su inclusión, el SEA deberá analizar la concurrencia de dichas circunstancias y emitir un pronunciamiento fundado respecto de su inclusión o rechazo.

CONCLUSIONES

Llegado este punto y habiéndose analizado todos los dictámenes pertinentes al objeto del mismo que están disponibles en la actualidad, llama la atención el hecho de que a partir del año 2014 existe un aumento significativo en la cantidad de dictámenes emanados del órgano contralor. Ello puede deberse al cambio de reglamentación con la derogación del DS N° 124 y la entrada en vigencia del DS N° 66, con el cual varía el concepto de “susceptibilidad de afectación directa”, contenido en ambos reglamentos en el artículo 7°, donde en el caso del DS N° 66 se conceptualiza de manera menos restrictiva.

Dicho esto, corresponde hacer la sistematización de los criterios que ha empleado la Contraloría General de la República para abordar la Consulta Indígena y, que definen la aplicación que deben hacer los órganos de la Administración del Estado para el correcto desempeño de sus funciones relacionadas a la misma.

1. Respecto del órgano competente para determinar la pertinencia de llevar a cabo un Procedimiento de Consulta Indígena se concluye, tras la derogación del DS N° 124, que corresponderá a aquél del cual emana la medida administrativa o legislativa en cada caso, con el apoyo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. La medida a consultarse deberá ser un acto terminal y no uno de mero trámite.
2. En relación con la necesidad de registro del procedimiento, la CGR ha sido consistente al señalar:
 - a. Que se debe dejar expresa constancia de haberse analizado la pertinencia llevar a cabo un PCI en caso de desestimarlos, fundamentando tal decisión por parte del órgano competente y, en caso contrario, constancia de haber desarrollado el proceso de Consulta

en el instrumento respectivo, debiéndose explicitar el acto que hubiere sido objeto de consulta⁷⁵.

- b. Debe existir registro de la forma en que se llevó a cabo el proceso, debiéndose dar estricto cumplimiento a cada una de las etapas contempladas en el Reglamento de la Consulta, que deberán constar en el Informe Final. Las cuestiones establecidas en el marco del PCI y para su realización por mutuo acuerdo de los participantes, podrán ser modificadas si ello es acordado del mismo modo con posterioridad.
3. Respecto de la oportunidad para la realización de un PCI, hay concordancia en la dictaminación de la CGR en que resulta indiferente el momento específico, siempre que se haga con la debida antelación, de modo que permita a los pueblos involucrados influir en la decisión y que, en caso de ser procedente, la medida sea modificada.
4. En relación a la obtención, entrega y procesamiento de la información en el marco del PCI, se concluye que:
 - a. Existe un deber por parte de la administración de responder adecuadamente las inquietudes planteadas por las organizaciones indígenas, proporcionándoles la información necesaria para tener un panorama completo de las implicancias de la medida que corresponda consultar y así poder formarse una opinión fundada. Ello debe cumplirse en el tiempo y forma establecido por las leyes e instrumentos relacionados que rigen la consulta y los procedimientos administrativos, cuando corresponda.
 - b. Para una adecuada satisfacción del deber de consulta, no basta con escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones indígenas, sino que se deberá emplear procedimientos apropiados para la incorporación de sus observaciones a las medidas propuestas.
5. En el marco del SEIA, se concluye que:
 - a. Para la determinación de la necesidad de llevar a cabo el procedimiento, no podrá tomarse la decisión únicamente basándose en la información proporcionada por el titular del proyecto, sino que deberá realizarse esfuerzos adicionales por parte del SEA con el objetivo de acceder a toda la información necesaria para dicho fin y no sólo una visión parcial⁷⁶.

⁷⁵ Sin perjuicio de que además deba constar el detalle del proceso en el Informe Final del PCI.

⁷⁶ Si bien este aplica sólo al caso de los proyectos ingresados al SEIA al ser los particulares la principal fuente de información para el SEA, en lo que respecta a su finalidad es de aplicación general, en el sentido de que los órganos

- b. Para la procedencia de la Consulta, debe existir oposición por parte de las comunidades indígenas que puedan verse afectadas por la instalación de un proyecto o que la CONADI estime que se verán afectadas, en caso contrario, el procedimiento de evaluación ambiental seguirá su curso sin considerar la posibilidad de afectación.
 - c. Si, en el caso de haberse efectuado un PCI, dentro del proceso de evaluación se presentasen nuevos antecedentes que permitan concluir que el proyecto generará impactos significativos adicionales a los consultados en el PCI correspondiente o que el proyecto afectará a comunidades no consideradas en dicho proceso, deberá iniciarse un nuevo PCI que complemente el anterior considerando adecuadamente dichos antecedentes y/o incluyendo a las nuevas comunidades.
 - d. La sola localización de una comunidad dentro del área de influencia de un proyecto no justifica su inclusión dentro del PCI, pues para ello debe verificarse la “susceptibilidad de afectación directa”, el SEA deberá analizar la concurrencia de dicha circunstancia y emitir un pronunciamiento fundado respecto de su inclusión o rechazo.
6. En relación con la susceptibilidad de afectación, ha habido consistencia en los pronunciamientos de la CGR al señalar que:
- a. Se establece, como requisito de legalidad, la realización de un PCI para la dictación de un instrumento que contenga una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Ello reviste especial importancia cuando alguna de las disposiciones lo hace explícitamente basada en su condición de indígenas.
 - b. La susceptibilidad de afectación directa siempre se verá confirmada cuando se verifique la circunstancia de generarse un impacto significativo a una comunidad, a raíz de la medida que se pretenda adoptar.
7. Por último, tenemos aclaraciones que la Contraloría General de la República hizo respecto de sus propias limitaciones para actuar, cuales son:
- a. La CGR no intervendrá en procedimientos de evaluación ambiental hasta que estos hayan concluido, materializándose aquello en la RCA, como acto terminal.
 - b. No corresponde a la CGR el ejercicio de la fiscalización y sanción de las actuaciones de privados.

de la Administración del Estado deben adoptar las medidas teniendo a la vista toda la información necesaria para determinar la pertinencia o no de la realización de un PCI y así evitar la vulneración de las comunidades indígenas.

- c. La CGR no intervendrá en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia o que hayan sido resueltos por estos.

En razón de todo lo expuesto en el presente trabajo y tras el análisis realizado, corresponde contraponer los resultados de la investigación efectuada con la hipótesis planteada en un principio. Así, como conclusión final, debo sostener que mi hipótesis fue refutada puesto que, salvo las discordancias en los criterios con la derogación del DS N° 124 y la entrada en vigencia del DS N° 66, la Contraloría General de la República ha dictaminado de manera consistente y uniforme en las materias relativas a la Consulta Indígena, sin que se produjera una variación sustantiva, lo que da cuenta de la existencia de un precedente vinculante, del que hablábamos en el capítulo I, y que éste es respetado por la Contraloría General de la República.

BIBLIOGRAFÍA

- *ÁLVAREZ, Alexandro, OTERO, Alejandra, MAQUILÓN, Diana. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. En: Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012. pp.163-193*
- BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Tercera Edición Actualizada. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014
- *BUSTOS BUSTILLOS, Gabriel Alonso, Causales de la obligación de Consulta Indígena para ciertas medidas relativas a Proyectos Mineros, conforme al Reglamento de Consulta Indígena, Decreto Supremo No. 66 del año 2013 del Ministerio de Desarrollo Social (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015. 171 h*
- CARMONA, Carlos. Las Formas de actuación de la Administración. 3. Las Normas Administrativas. Apunte de clases. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Segundo semestre de 2014.
- *CONTESE SINGH, Jorge, El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales: Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales : Heinrich Böll Stiftung, Cono Sur (Salesianos Impresores S.A.), 2012. 275p.*
- *CONTESE SINGH, Jorge, LOVERA, Domingo, El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. En: ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2011. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales. 1ª Ed. 2011. pp. 127-151*
- CORDERO, Luis. La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias. En: Revista de Derecho Público, Vol. 69, Segunda Sección. Santiago, Universidad Diego Portales, 2007
- CORDERO, Luis. La Jurisprudencia Administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después En: Revista de Derecho Público UDP, N° 1. Santiago, Universidad Diego Portales, 2010
- CORDERO, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda Edición Corregida. Santiago, Legal Publishing Chile, 2015
- *CORVALÁN SAN MARTÍN, Claudia, La implementación de "la consulta" del convenio 169 de la OIT en Chile: las implicancias para la gran minería. (Tesis de Magíster en Estudios Internacionales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 2015. 194 h*
- GUZMÁN, Alejandro. La interpretación Administrativa en el Derecho Chileno. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014

- LEPPE GUZMÁN, Juan Pablo. *Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental: Análisis de una relación normativa*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [en línea]*. 2015, n.44, pp. 369-384 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851
- NAVARRO, Enrique. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría. En: *Contraloría General de la República, 85 años de Vida Institucional (1927-2012)*. Santiago. Talleres de la Contraloría General de la República, 2012
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, *La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial*. *Anuario de derecho público Universidad Diego Portales AÑO 2014*, p. 317-338
- PAROT HILLMER, Gonzalo, *La procedencia de la Consulta Indígena [en línea]* <<http://www.derecho.uchile.cl/noticias/102356/la-procedencia-de-la-consulta-indigena>> [consulta 30 abril 2016]
- RAJEVIC, Enrique y GARCÉS, María Fernanda. *Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón*. En: *Un mejor Estado para Chile: propuestas de modernización y reforma*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009
- REYES, Isaura, y VALLET, Camilo. *Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve análisis descriptivo*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016
- TOGNARELLI, Giuliano y NAVARRETE, Javier. *El Devenir de la Facultad Dictaminante de la Contraloría General de la República en un Mecanismo de Solución de Controversias Jurídicas, ante las Carencias del Diseño Institucional Chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013
- VERGARA DEL SOLAR, Jorge Iván, GUNDERMANN KRÖLL, Hans, FOERSTER GONZÁLEZ, Rolf. *Estado, conflicto étnico y cultura*. 1ª ed. Antofagasta, Chile, QUILLQA, 2013.

Legislación consultada:

- Convenio 169 OIT.
- Ley N° 19.253
- Ley N° 19.300
- Ley N° 20.249
- D-124-2009 MIDEPLAN.
- D-66-2013 Ministerio de Desarrollo Social
- D-40-2012 MMA
- Oficio Ordinario N° 130.528/2013, Dirección Ejecutiva SEA
- Oficio Ordinario N° 161.116/2016, Dirección Ejecutiva SEA