



Tesina de Pregrado, Escuela de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Valparaíso, Chile.

El Rol de la Consulta Indígena en el Marco de los Procesos de Evaluación Ambiental

Autores: Mauricio Alexander Eduardo Pulgar Gallo y Jorge Esteban Antinopai Ramírez.

Profesor Guía: Gonzalo Pablo Campos Medina.

Disciplina Principal: Derecho Ambiental.

Disciplina Secundaria: Derecho Administrativo.

Valparaíso, 15 de diciembre de 2025

ÍNDICE

CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO APLICABLE.....	7
1. Normativa internacional sobre el Derecho de Consulta Previa.....	7
1.1. Acercamiento al Convenio N°169: Origen e importancia.....	8
1.2. La Aplicación General de la Consulta Previa a Nivel Internacional.....	10
1.2.1. Contenido de la Susceptibilidad de Afectación Directa	11
1.2.2 Acercamiento de la problemática sobre la Susceptibilidad de Afectación Directa en Chile	12
2. La Normativa Nacional y su Vinculación con el Convenio N°169 de la OIT.....	13
2.1. Nociones sobre Decreto N°66 que Aprueba el Reglamento de Consulta Indígena.....	14
2.2. Nociones sobre la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente relativos al Proceso de Consulta Indígena.....	15
2.3. Nociones sobre el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA)	17
2.4 La importancia del principio de participación.....	19
CAPÍTULO 2: CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA CONSULTA ÍNDIGENA	21
1. Aspectos Generales.....	21
1.1 Concepto.....	21
1.2 Requisitos generales	22
1.2.1 Carácter Informado	23
1.2.2 Carácter Previo.....	23
1.2.3 Buena Fe	24
1.2.4 Adecuado.....	24

1.2.5 Acuerdo o Consentimiento.....	24
CAPITULO 3: LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA INDÍGENA	25
1. Inducción a la problemática	25
2.1 Procedencia del PCI en la Normativa Nacional.....	25
2.2 Procedencia de la PAC en la normativa nacional	26
2.3 Procedencia de las Reuniones de GHPPI en la Normativa Nacional	27
2.4 Síntesis del Análisis hecho a Procedimientos Paralelos a la Evaluación Ambiental	29
3. Análisis de la Jurisprudencia Nacional	29
3.1 Jurisprudencia antes de la Instauración de los Tribunales Ambientales	30
3.1.1 El primer pronunciamiento del TC. Diputados de la república (2000). Requerimiento de inconstitucionalidad Rol N 309.....	30
3.1.2 El segundo pronunciamiento del TC. Cámara de Diputados (2008): Tribunal Constitucional control de constitucionalidad C°169. Rol N° 1050	31
3.2 Posturas Jurisprudenciales respecto a la procedencia de la Consulta	31
3.3 Aspectos y Criterios dominantes posterior a la incorporación de los Tribunales Ambientales	35
4. Análisis Doctrinal.....	39
4.1 Desarrollo de los Comentarios Doctrinales	39
4.1.1 Comentarios vinculados a una Tesis Amplia.....	39
4.1.2 Comentarios vinculados a una Tesis Restringida.....	41
5. Conclusiones.....	42
CAPÍTULO IV: LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA	43
1. Inducción a la problemática	43

2. Análisis de la Susceptibilidad de Afectación Directa en el contexto actual de nuestro país	44
3. Conclusión de la Situación Actual de la Susceptibilidad de la Afectación Directa en el Ordenamiento Nacional.....	52
CAPITULO V: EL PROCESO DE CONSULTA INDÍGENA EN EL DERECHO COMPARADO	
COMPARADO	54
1. Aspectos Preliminares	54
1.1 Situación en la Legislación del Perú	54
1.2 Panorama del PCI en el Sistema Noruego	58
1.3 Panorama del PCI en el Sistema Canadiense	59
Bibliografía Citada:	65

ABREVIATURAS

PCI	Proceso de la Consulta Indígena
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SAD	Susceptibilidad de Afectación Directa
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
LBGMA	Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente
RSEIA	Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
Convenio N°169	Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
T. A	Tribunal Ambiental
Reglamento de CI	Reglamento de Consulta indígena
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
PAC	Participación Ambiental Ciudadana
GHPPI	Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
T.C	Tribunal Constitucional
LDI	Ley de Desarrollo Indígena
ICA	Ilustrísima Corte de Apelaciones
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas
ONG	Organización no Gubernamental
FIMA	Fiscalía del Medio Ambiente

Introducción

La presente tesina tiene por objeto el analizar el rol que cumple el Procedimiento de Consulta Indígena (en adelante “PCI”) en el marco de los procedimientos de evaluación ambiental. Para contextualizar adecuadamente el conflicto que se desarrollará a lo largo de este trabajo, resulta imprescindible destacar que el foco principal estará centrado, de manera específica y con mayor profundidad, en la función que desempeña la consulta indígena dentro de dichos procesos, considerando tanto su regulación jurídica como su aplicación en la práctica institucional.

La delimitación temática antedicha no excluye, sin embargo, el tratamiento de otras materias conexas e indispensables para una comprensión integral del problema, tales como la interacción entre el PCI y otros procedimientos alternativos a la evaluación ambiental; el marco normativo vigente en Chile en materia ambiental; los estándares internacionales aplicables; así como el rol que cumplen los órganos de la administración del Estado como operadores institucionales del Derecho Ambiental. Omitir estas dimensiones sería incurrir en una desatención metodológica relevante.

No obstante lo anterior, para los fines específicos de identificar y desarrollar el conflicto en torno al rol de la consulta indígena, será necesario circunscribir —o en su caso, abordar de manera acotada— el estudio de algunos tópicos que, si bien están relacionados, exceden el objeto central de esta investigación. Puestas, así las cosas, resulta pertinente demarcar con precisión los contornos de la problemática objeto de análisis.

Uno de los temas a investigar en esta tesina es la disparidad de criterios que han existido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y los Tribunales Ambientales (en adelante “T.A”) respecto a la procedencia de la consulta indígena en el marco de la evaluación de proyectos de inversión en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “SEIA”). Esta cuestión es relevante a propósito de principios como el de la igualdad, a la participación y acceso a la justicia que tienen las comunidades en su diversidad para inmiscuirse en el proceso de consulta atendida su generalidad y esencia como derecho.

Otro de los aspectos centrales radica en la actual disparidad de criterios jurisprudenciales y doctrinales al interpretar el ordenamiento jurídico nacional en lo relativo a la consulta indígena dentro del SEIA. Singularmente, dicha divergencia se manifiesta en torno a la noción de “*Susceptibilidad de Afectación Directa*” (en adelante “SAD”) o la “*afectación directa propiamente tal*”, conceptos cuya definición y alcance resultan determinantes para establecer cuándo procede la consulta indígena como procedimiento en el marco de la evaluación ambiental de los proyectos de inversión.

Esta indeterminación interpretativa no solo genera incertidumbre jurídica para los titulares de proyectos, sino que también incide de manera significativa en los derechos e intereses de los pueblos originarios, los cuales pueden verse afectados directa o indirectamente por las decisiones

adoptadas por las autoridades y órganos administrativos que realizan las respectivas calificaciones jurídicas de afectación directa sobre la base de la normativa aplicable.

Por otro lado, se abordará en su generalidad la controversia existente en torno a la determinación de la aplicación del PCI dentro del SEIA, con especial énfasis en el rol que desempeña el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante “SEA”). En particular, se examinará la discusión relativa a los criterios y procedimientos mediante los cuales dicho órgano determina la procedencia o improcedencia del procedimiento de consulta indígena, en el marco de la evaluación ambiental de proyectos de inversión que culminan con una resolución de calificación ambiental (en adelante “RCA”) favorable o desfavorable, según sea el caso.

Esta determinación que realiza el SEA lo hace en base al análisis preliminar que efectúa sobre la existencia de una SAD o una afectación directa en los Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas, esto a propósito de los distintos proyectos de inversión sometidos a su conocimiento en el marco del SEIA.

Desde luego, cabe advertir que las decisiones administrativas adoptadas por el SEA ante los casos de una SAD o una afectación directa propiamente tal, al igual que con el primer problema anteriormente descrito, ocasionan análogos inconvenientes interpretativos que complejizan la búsqueda de criterios unificadores acerca de esta materia.

En este orden de ideas, y en aras de sustentar el desarrollo y fundamentación de los problemas ya mencionados, se utilizarán normas jurídicas internacionales y nacionales, como también el acervo de criterios jurisprudenciales y doctrinarios pertinentes que se verán en el curso de esta investigación. Sin perjuicio de la amplitud de lo rotulado, las normas que principalmente se utilizarán son el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (“Convenio N° 169 de la OIT”) en el marco internacional, el Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social 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 OIT (en adelante “Reglamento de CI o Decreto N°66”), la Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante “LBMA”), y el Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “RSEIA”), en el marco nacional respectivamente.

CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Normativa internacional sobre el Derecho de Consulta Previa

El derecho a consulta previa tiene como principal cuerpo normativo a nivel internacional el Convenio N°169 de la OIT, el cual es el tratado internacional que se utilizara como margen orientador en toda esta investigación en torno al PCI, ya que resulta imposible no tratar estos temas sin tener como referente a este fundamento normativo, impulsor de este procedimiento consultivo en el mundo.

1.1. Acercamiento al Convenio N°169: Origen e importancia

Como primer cuerpo normativo en destacar, y tal cual como habíamos adelantado, se enmarca el Convenio N° 169, el cual constituye la fuente orientadora por excelencia del derecho a la consulta previa. En contraste con la normativa nacional, dicho instrumento permite revelar una serie de problemas jurídicos e interpretativos que adolece nuestro ordenamiento, los que serán desarrollados en este trabajo, especialmente en lo que respecta a las singularidades normativas y hermenéuticas aplicadas por los Estados parte para cumplir con el estándar internacional establecido en el Convenio.

El origen del Convenio N.º 169 se remonta a la celebración de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, realizada el 27 de junio de 1989, instancia en la que fue adoptado como instrumento internacional. Su adopción marcó un paso innovador y relevante en el tratamiento que los Estados otorgan a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, siendo esta la principal misión y estandarte que animó la mencionada conferencia.

En Chile, el Congreso Nacional aprobó dicho convenio años después, entrando en vigor el 15 de septiembre de 2009¹. A partir de entonces, este instrumento internacional pasó a formar parte del ordenamiento jurídico interno, conforme al artículo 5.º inciso segundo de la Constitución Política de la República, por lo que sus directrices orientadoras son actualmente obligatorias y vinculantes tanto a la luz del Derecho Internacional como del Derecho nacional.

La importancia del Convenio N.º 169 converge manifiestamente en diversas aristas, que conforman una geometría jurídica específica en el marco del Derecho Ambiental y los Derechos de los Pueblos Indígenas. No obstante, para efectos de este trabajo, se abordará con especial hincapié su importancia normativa y vigencia en el contexto chileno.

Así autores como Javier Aguas y Héctor Nahuelpán, señalaban en una publicación del año 2009 que: “Desde entonces a la actualidad ha transcurrido casi una década de la entrada en vigencia de uno de los principales, sino el más importante, instrumento jurídico de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Chile”.²

En la misma línea, respecto de la importancia y vigencia de este convenio en Chile, autores como Jorge Contesse aseveran que:

¹ Mediante el Decreto Supremo N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores promulgado el 2 de octubre y publicado el 14 del mismo mes del año 2008, en su artículo 38 N°2 prescribió “Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.”, es así como se incorporó a la legislación nacional respetando aquella medida adoptada en el D.S.

² Aguas, J.; Nahuelpán, H. (2019). Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad*, 29 (1). pp. 111. <https://dx.doi.org/10.7770/0719-2789.2018.cuhs0.04.a01>

“En materia de derechos de los pueblos indígenas, y después de casi veinte años de tramitación en el Congreso, Chile ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”), el tratado internacional vinculante de mayor relevancia que establece derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas”.³

La relevancia incuestionable de este cuerpo normativo para Chile y para la comunidad internacional resulta indubitada. El Convenio N°169 se desprende como una garantía para el reconocimiento de estos grupos humanos a nivel internacional y nacional, pero por sobre todo es un acápito de suma relevancia en la humanidad, en otras palabras, es el depósito y asidero de coherencia que faltaba al respecto al respeto de los derechos de estos pueblos.

El contexto que motivó la adopción del Convenio obedece a la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, a través del reconocimiento por parte de los Estados de la necesidad de salvaguardar su integridad social, cultural, política y económica, entre otros aspectos. En consecuencia, además se busca garantizar su participación efectiva en las decisiones que les afecten, promoviendo la colaboración, cooperación, comunicación, consulta, y otras formas de interacción recíproca entre estos pueblos y los Estados parte.

Asimismo, la responsabilidad internacional de los estados parte incluye el deber de garantizar las debidas acciones y medidas necesarias para desarrollar y respetar los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es decir, se da un importante énfasis también en la propensión al desarrollo de éstos. En este sentido, se pretende mediante el Convenio N°169, que se aseguren a los miembros de los pueblos indígenas y tribales gozar de manera igualitaria de los derechos y oportunidades que la legislación nacional de los estados parte otorgan a todas las personas; como también promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones junto a sus terrenos y territorios.

Otro aspecto normativo de necesaria vinculación en cuanto al objeto de protección de los derechos que pretende defender y resguardar el Convenio con respecto a los grupos humanos referidos, se encuentra a grandes rasgos en el Artículo 5° del Convenio N°169, el cual dispone que:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los

³ Contesse, J. (2012). El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. *Ediciones Universidad Diego Portales*. pp. 11. <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wpcontent/uploads/2020/12/Convenio1692012.pdf>

pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

Sin perjuicio de lo anterior, son muchas más las disposiciones a las que alude este convenio en aras de la protección referida, no obstante, es dable apreciar a través del artículo citado lo que se ha ido reiterando someramente en la presente introducción relativa al origen e importancia de este instrumento del derecho internacional.

A su turno, otra disposición como el artículo 13 Numeral 1° del Convenio N°169, en atención al objeto ya señalado, establece que:

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

Por tanto, se puede anticipadamente concluir que sin lugar a duda el Convenio N°169 ha sido determinante en la protección a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, por lo menos al consagrar esa intención en las disposiciones que lo compone.

No obstante, otro núcleo al que hay que dar tratamiento dice relación a que el Convenio N°169 en comento, establece y da curso al procedimiento de *consulta previa* como un derecho a nivel internacional -la cual se ahondará con mayor ahínco en el siguiente subtítulo-, teniendo una relevancia orientadora en cuanto a las medidas y/o principios que los estados parte deben incorporar en sus prácticas e instituciones.

1.2. La Aplicación General de la Consulta Previa a Nivel Internacional

La *consulta previa* en su propia expresión y nomenclatura no se encuentra consagrada expresamente en el Convenio N°169, pero sí se infiere implícitamente y de toda lógica a partir de cierta disposición del artículo 6° del Convenio referido, que, en su numeral primero, literal a), dispone el deber de los estados de: “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;”.

Además, análogo reconocimiento a dicha expresión se manifiesta en otros instrumentos declarativos tales como, a modo de ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante “DNUDPI”)⁴, que sin ir más lejos no se tratará en función al objeto de estudio que atañe a este trabajo investigativo.

⁴ Resolución 61/295 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. (13 de septiembre de 2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. pp. 8. https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

No obstante, lo indispensable a entender con respecto a este concepto es que la doctrina administrativa se armoniza en torno a que la denominación de consulta previa es un fiel reflejo de lo que se ha entendido como un comportamiento en virtud del cual los estados parte, diligentemente deben consultar ante cualquier tipo de afectación directa o indirecta a raíz de decisiones en las distintas índoles que deba adoptar el estado, tales como la aplicación de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

Esto quiere decir que, generalmente cualquier injerencia que se encuentre sujeta al control de la Administración de un Estado y pueda afectar directa o indirectamente a los pueblos indígenas y tribales, ha de ser monitoreada y restringida según el caso por los mecanismos idóneos que desplieguen los estados con el fin de salvaguardar los derechos establecidos en favor de ellos, de tal manera que la consulta previa a los pueblos indígenas o tribales debe ser un prisma que se compone sobre la base de la igualdad, la prevención y precaución en la comisión de actos constitutivos de todo tipo de afectación a éstos grupos humanos, pues es un verdadero derecho.

En este orden de ideas, el Convenio N° 169, a propósito de un proceso de consulta previa contempla la norma más relevante de este procedimiento consultivo a nivel internacional, en donde se puede vislumbrar que el Convenio lo establece como un deber que le otorga a los estados miembros de este tratado internacional. Es así que se puede observar dicho deber en el Artículo 6° N°1 letra a) del Convenio que establece:

“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;”

Así las cosas, del artículo citado vierte en un orden lógico, puesto que, para proceder la consulta previa, en el tenor del Convenio N°169, el estado debe determinar si hay una calificación de SAD a un pueblo originario, indígena o tribal con el objeto de poner en marcha los procedimientos adecuados que ha fijado.

Ahora bien, la calificación que realizan los estados parte sobre la existencia de una SAD o no, parece ser otro conjunto de palabras que trae consigo una serie de interpretaciones cuya exegesis y hermenéutica ha derivado en un sinnúmero de discusiones que poco a poco empiezan a decantarse en corrientes resolutivas sobre su objeto interpretativo y práctico, cuestión que se tratará en forma andante.

1.2.1. Contenido de la Susceptibilidad de Afectación Directa

El artículo 6° del Convenio N°169 anteriormente citado es aquel que contempla un derecho y proceso de consulta previa para los pueblos indígenas, y un deber de emplear ese proceso para los estados miembros, referido en particular al PCI. Así su nicho más controvertido y objeto de divergencias interpretativas de los operadores jurídicos es el término sintáctico de “Susceptibilidad de Afectación Directa”.

Al respecto hay ordenamientos jurídicos de estados parte que interpretan en forma más restrictiva este concepto, dotándolo de catálogos normativos y criterios taxativos para la procedencia de una SAD, y otros siguiendo un criterio más amplio como supone y se interpreta de las propias disposiciones del Convenio N°169.

En respaldo de lo señalado en el párrafo anterior, a propósito de la tesis de procedencia y la calificación de un SAD se ha señalado que: “la consulta previa debe concretarse siempre que se contemplen estas medidas. Su alcance es amplio y no queda circunscrito.”⁵. Tal interpretación extensiva es aplicada en distintos sistemas, como el de Perú, Canadá o Noruega, en los cuales ahondaremos con posterioridad.

Por consiguiente, situándonos desde una perspectiva de tesis amplia sobre los criterios para determinar la calificación y existencia de una SAD o no, y siguiendo la interpretación con la cual está de acuerdo el Convenio, entendido así como aquella tesis en virtud de la cual la calificación de una SAD no es atingente a criterios meramente taxativos, es dable concebir que la susceptibilidad de afectación que concierne a los pueblos indígenas y tribales es tocante en un amplio espectro de posibilidades, cuya comprensión se puede dotar de múltiples significados más allá de un marco normativo rígido.

En efecto, el criterio del Convenio N°169 resulta ser una perspectiva moldeable, ya que en él se involucran y es posible encuadrar también aspectos semblantes de la cosmovisión y perspectiva propia de los pueblos indígenas y tribales susceptibles de ser afectados directamente por cualquiera de las injerencias dañinas ya descritas en el presente trabajo.

1.2.2 Acercamiento de la problemática sobre la Susceptibilidad de Afectación Directa en Chile

En tanto a nuestra legislación nacional, el concepto de SAD utilizado para la procedencia de un proceso consultivo es uno que establece ciertos márgenes o requisitos no del todo apegados a la interpretación del Convenio N°169, ya que se limita la aplicación del procedimiento de consulta previa, o más bien conocido en nuestra legislación como “consulta indígena o PCI” a un catálogo de criterios e interpretaciones taxativas en torno a los elementos que dan cuenta de una afectación directa y, ergo, habilitantes del respectivo procedimiento consultivo.

⁵ Contesse, J. (2012). El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. *Ediciones Universidad Diego Portales*. pp. 193. <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wpcontent/uploads/2020/12/Convenio1692012.pdf>

En consecuencia, la regulación del PCI, que advertiremos por de pronto su gran fuente, y cuyo tratamiento será retomado con posterioridad en este trabajo investigativo, se encuentra abordado a mayor abundamiento en el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena. En este reglamento a grandes rasgos se pretende resguardar el derecho de consulta previa indígena a través de un procedimiento reglado que contempla y se rige por una serie de normas orgánicas y funcionales que se adecuan a los estándares contemplados en el Convenio N°169.⁶

Es así, que el reglamento mencionado, tiene vinculación además con cuerpos normativos aplicables en estas materias como los que se analizarán en esta investigación, la LBGMA y el RSEIA, en las cuales el Estado de Chile propone con arreglo al Convenio N°169 de la OIT las bases jurídicas y materiales para poder cumplir con el estándar internacional prevenido en la convención, que fijan con relación al concepto de SAD su propia nomenclatura en base a este controvertido concepto.

A su turno, en función de ambos instrumentos normativos mencionados es que ambas se fundamentan y configuran creando una noción propia sobre la procedencia de la consulta indígena en el sistema nacional, que según la doctrina y también en posición de cierta jurisprudencia se distancia o diverge de la magnitud contemplativa del criterio interpretativo establecido por el Convenio N°169, vale decir la tesis amplia de calificación y existencia de una SAD respecto de pueblos indígenas y tribales.

Sin ir más allá, las divergencias de criterios que hay entre el convenio y la regulación nacional en conformidad de la SAD, serán de particular análisis en esta tesina y será tratado a fondo en el transcurso del trabajo, en cuya providencia serán analizadas las disposiciones aplicables, sus interpretaciones doctrinarias y su abanico jurisprudencial.

2. La Normativa Nacional y su Vinculación con el Convenio N°169 de la OIT

Adentrándonos en un análisis de la legislación nacional, se debe tener presente, como ya se expuso, que el Convenio N° 169 de la OIT fue promulgado mediante el Decreto Supremo N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores promulgado el 2 de octubre y publicado el 14 del mismo mes del año 2008 (“Decreto N°236”) y que, mediante el Reglamento de CI o Decreto N°66 que entró en vigencia el 04 de marzo de 2014, se reguló el procedimiento general de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169, dejando sin efecto la anterior regulación de la Consulta, contenida en Decreto Supremo N° 124, de 04 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación . Luego, en miras al estudio y utilización de la normativa aplicable asociada al objeto de esta investigación, se analizarán, adicionalmente, el marco jurídico que regula

⁶ Decreto Supremo N°66 Que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena del artículo 6 N° 1 letra A) y N° 2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica, a saber, el Decreto Supremo N° 124 que reglamenta el artículo 34 de la ley 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas.

el PCI en el marco del SEIA, esto es, la LBGMA, el RSEIA y el Oficio ordinario N°161116 del SEA “Instructivo sobre el proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de impacto Ambiental”, normativa que permitirá en definitiva categorizar ciertas similitudes y diferencias, como también singularidades que rodean la normativa nacional, en contraste con el Convenio N°169 de la OIT.

2.1. Nociones sobre Decreto N°66 que Aprueba el Reglamento de Consulta Indígena

Como ya se indicó anteriormente, en el ámbito nacional, el marco general aplicable en esta materia corresponde principalmente al Decreto N°66 o Reglamento de CI, el que tiene por fin como dice su artículo 1°, dar ejecución al ejercicio del derecho a consulta de los pueblos indígenas, indicándose sus objetivos en la misma normativa bajo los siguientes términos:

“Que la nueva normativa tiene como uno de sus objetivos principales desarrollar aquellos conceptos que el Convenio N°169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación, y en particular, establecer la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas”.⁷

El Reglamento de CI publicado el año 2014 mediante el Decreto N°66, es por ende un cuerpo normativo que, en principio, busca apegarse e implementar lo establecido en el Convenio N°169, el cual específicamente permite la implementación del artículo 6° de dicho Convenio en aras de esclarecer un procedimiento general aplicable, obviando el hecho de que el Convenio fue promulgado previamente por el Decreto N° 236 de 2008.

En ese orden de ideas, dicho Reglamento viene a clarificar los requisitos y términos atinentes al procedimiento consultivo en cuestión, buscando la participación efectiva de los pueblos indígenas ante una medida legislativa o administrativa del Estado que sea susceptible de afectarles directamente, pero siempre, basándose jerárquicamente en el Convenio N°169.

Ahora bien, sin perjuicio de la entrada en vigor de esta normativa interna, cabe tener presente que, como ha dicho el Observatorio Ciudadano el año 2020 respecto del Reglamento de CI: “Cabe destacar que el propio Estado ha reconocido ante organismos internacionales de derechos humanos la necesidad de modificar el Decreto Supremo N° 66/2013, con el objeto de que

⁷ Decreto 66 Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio n° 169 de la organización internacional del trabajo y deroga normativa que indica.

cumpla con los estándares internacionales”⁸. Es decir, desde ya podemos advertir que el propio estado ha considerado que el reglamento requiere de una modificación aún.

En lo relativo al SEIA, el primer inciso del artículo 8 del Reglamento de CI, establece que, la medida administrativa que califica ambientalmente los proyectos o actividades que ingresan al SEIA, esto es la Resolución de Calificación Ambiental, y que requieran ser consultadas, de conformidad a lo dispuesto en la ley LBGMA y el RSEIA, “se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta”.

Adicionalmente, como se expondrá en el apartado pertinente, este reglamento ha sido objeto de cuestionamientos en tanto se ha dicho, que en lo que respecta al objeto de estudio de esta investigación, establece, junto con el RSEIA, requisitos y consideraciones adicionales a las establecidas en el Convenio N°169 para la procedencia del PCI.

2.2. Nociones sobre la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente relativos al Proceso de Consulta Indígena

La LBGMA promulgada en 1994, nace fruto de la decisión del ex presidente Patricio Aylwin de presentar un proyecto de ley en septiembre de 1992, tres meses después de la participación de Chile en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, reconociendo la importancia de abordar la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, bajo la necesidad de que el país se dotara de una legislación ambiental marco y una institucionalidad específica frente a los problemas ambientales existentes.

El año 2010 bajo la reforma generada a este cuerpo normativo mediante la ley N° 20417, junto con crearse la nueva institucionalidad ambiental, que perfeccionó la institucionalidad creada el año 1994, se reconoce la necesidad del Estado de Chile de dar énfasis a los derechos de los pueblos indígenas, materializando su intención de proteger a estos grupos humanos a través de esta ley en el que incorpora en su robustecimiento legal un importante acierto para establecer indirectamente el derecho a la consulta llevado a la práctica mediante el PCI con ciertos matices. No obstante, resulta pertinente entender cuáles son las influencias previas y el contexto de incorporación para hacer un sondeo panorámico que permita dilucidar las particularidades y aspiraciones de la referida ley en su tramitación.

Examinando la historia de la LBGMA como normativa que establece actualmente el PCI, y desde su entrada en vigencia, el principio de participación, se puede justificar el empleo del PCI y de otros procesos consultivos o participativos desde la publicación de dicha ley en el año 1994, en donde se puede constatar en el apartado consistente a los principios, el principio de participación

⁸Observatorio Ciudadano. (abril de 2021). Derechos de Pueblos Indígenas y Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales en nueva Constitución para Chile: Estándares Internacionales y Comparados. pp. 42

mencionado, del cual se desprenden los procesos de participación tanto de la ciudadanía (“PAC”) como de Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas (en adelante “GHPPI”) respecto de procesos sometidos a evaluación ambiental, y otros procedimientos alternativos de evaluación ambiental. Es así como la Historia de esta Ley, versa con relación a este principio de la siguiente manera:

“El principio de la participación se puede apreciar en muchas de las disposiciones. En primer término, procurando que las organizaciones locales puedan informarse y, en definitiva, hasta impugnar los nuevos proyectos en proceso de autorización por causar un impacto ambiental significativo y negativo sobre el ambiente. Se pretende que terceros distintos de los patrimonialmente afectados puedan accionar para proteger el medio ambiente, e incluso obtener la restauración del daño ambiental”.⁹

Consigo se puede vislumbrar posterior análisis del párrafo citado, que la Historia de la LBGMA contempla en sus orígenes la consagración del principio de la participación, el cual permite a los sujetos afectados por un proyecto de inversión hacer observaciones respecto al impacto ambiental que resulta ser el gatillante de la necesidad de estos procesos consultivos establecidos por la normativa ambiental.

En específico tratándose de la consulta indígena esta se encuentra consagrada en el artículo 4° inciso segundo de la LBGMA, incorporado bajo la reforma legislativa de la Ley N° 20.417 del año 2010, el que prescribe:

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

En este sentido y en aseveración de lo anterior, el inciso segundo de tal artículo consagra el proceso consultivo dirigido a los indígenas, siendo la disposición que origina y justifica el empleo del PCI en nuestro ordenamiento, pues a pesar de que en estas materias resulta incapaz de evitar el desmedro de los derechos de los pueblos originarios, la LBGMA si cumple con la intención de establecer este procedimiento participativo para estos grupos humanos en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Así, y en respaldo de la interpretación hecha, el Instructivo N° 161116 del año 2016 del SEA sostiene que:

“La última frase hace referencia implícita al Convenio N°169 de la OIT que establece en su artículo 6° el derecho a Consulta de los pueblos indígenas, por lo demás, así quedó de manifiesto

⁹ Primer Trámite Constitucional Senado: Mensaje de la Historia de la Ley Sobre Las Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 (pdf). (14 septiembre 1992). *Biblioteca del Congreso Nacional*. pp. 11.

en la historia de la ley N°20.417 cuando la Ministra Presidenta de la CONAMA señaló que esta disposición tenía su origen en el Convenio”.¹⁰

Aquel comentario precedente se puede respaldar según el pensamiento de Jessica Barría posterior a la implementación de la LBGMA en conjunto con la Ley N°19.253 del año 1993, el que comentan que:

“Si bien, la Ley indígena y la LBMA han sido herramientas usadas para revertir las vulneraciones económicas y culturales de nuestros pueblos originarios, ambas leyes han sido incapaces de abordar el derecho a decidir; siendo uno de los principales temas pendientes que influyen en el conflicto actual y debate sobre el reconocimiento constitucional”.¹¹

2.3. Nociones sobre el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA)

Por otro lado, y siendo también fuente adicional sobre esta materia, se debe considerar la consagración que realiza el RSEIA en relación a la consulta indígena a nivel nacional, reglamento que surge posterior a la Reforma del año 2010 a la LBGMA, por medio de la Ley 20.417, la que trae como efecto la inclusión de los pueblos indígenas en el artículo 4° inciso segundo de la ley, y que consigo dicha adopción se plasma ulteriormente en este reglamento, el que siendo una manifestación de la potestad reglamentaria, permite llevar a cabo la ejecución de la ley señalada precedentemente, fijando ciertos estándares y catálogos que deben ser respetados por los particulares y por la Administración del Estado, en especial los órganos cuya participación resulta más vinculante.

Así la norma que consagra de forma más clara el PCI, y con ello determina el ámbito de aplicación y los requisitos de tal procedimiento consultivo, es el artículo 85 inciso primero del RSEIA, el cual señala que:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada

¹⁰ Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). (24 de agosto 2016). Instructivo sobre el proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. *Oficio ordinario N°161116 SEA*. pp. 8.

https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_ndeg_161116.pdf

¹¹ Barría, J. (2019). La consulta indígena en la institucionalidad ambiental de Chile: consecuencias para la minería y las comunidades indígenas collas de la región de Atacama. *Investigaciones Geográficas*, (57). pp. 77.

<https://doi.org/10.5354/0719-5370.2019.53490>

pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.”

De tal artículo se puede vislumbrar, desde ya, que hay términos que podrían causar ciertas confusiones, debido a algunas exigencias que se deducen implícitamente del texto normativo, e incluso aquellas que aparecen textualmente, y que dicen relación a la procedencia del PCI que, a nuestro juicio, podrían, en su interpretación y aplicación concreta, alejarse del Convenio N°169, como por ejemplo, lo que refiere al requisito de una afectación directa para la habilitación de este procedimiento, cuestión que analizaremos detalladamente en el transcurso de la investigación.

Puestas así las cosas, en aquel artículo se procede a nombrar también ciertos requisitos que debe poseer el procedimiento de consulta indígena empleada por el SEA, como el que indica que la consulta se debe hacerse de manera informada y de buena fe. Sin embargo, en lo que se refiere al detalle de los requisitos de empleo de este procedimiento consultivo se tratará en mayor profundidad en el siguiente capítulo.

Además, de esta lectura se desprende que el procedimiento procede en cuyo caso se incurra en alguna de las causales contempladas en los artículos 7°, 8° y 10 del presente reglamento, el cual se cohesionan y complementan con los literales del artículo 11 de la LBGMA, en donde se deja en claro que el artículo 85 del RSEIA establece como única opción admisible para la procedencia de este procedimiento, estar situados en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto presentado al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante “EIA), excluyendo su procedencia en el contexto de la evaluación ambiental de Declaraciones de Impacto Ambiental (“DIA”). Respecto a dicha exigencia, se han formado a lo largo de estos años múltiples interpretaciones y críticas que apuntan a que aquello consiste en un requisito externo al Convenio N°169.

En cuanto a la importancia del RSEIA, la autora Isabel Aninat lo relaciona con el asentamiento de los contenidos mínimos que debe tener el PCI en nuestro país, como tal:

“Bajo esta nueva normativa, se incorporaron elementos para desarrollar un procedimiento de consulta indígena y se incorporaron precisiones en los contenidos mínimos de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA). De esta manera, se buscó diferenciarla del mecanismo general de participación ciudadana, en línea con lo señalado por la Corte Suprema respecto de que la consulta indígena debía cumplir con los estándares del Convenio”.¹²

¹²Aninat, S. (17 de abril de 2014). Los desafíos pendientes del Convenio N°169. *Centro de Estudios Públicos*. pp. 3. <https://www.cepchile.cl/investigacion/los-desafios-pendientes-del-convenio-169/>

Por su parte, se confirma la importancia del reglamento en comento, en vistas a que es el cuerpo normativo que regula el PCI y su aplicación en el ordenamiento jurídico nacional, idea que confirma Jessica Barria al sostener que:

“En el año 2010 se modifica la LBMA con la Ley N° 20.417 la cual en su artículo 4° inciso 2° incorpora a los pueblos indígenas, y en su Reglamento N°40/2012 artículo 85 del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental- RSEIA- regula el proceso de consulta indígena- PCI- en la normativa ambiental según el delineamiento del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio 169, generando la vinculación de ambas leyes en términos socioambientales”.¹³

No obstante, las diversas aplicaciones relevantes de este reglamento, es indudable que ha sido un aporte considerable en la sistematización e instauración del procedimiento de consulta en general, y específicamente en el PCI de conformidad al Convenio N°169. Sin perjuicio de lo anterior, siguen siendo debatidos los términos con los cuales están formuladas las disposiciones de este reglamento en materia de consulta indígena, cuestión que no pasa inadvertida en los tribunales, ni en la doctrina.

2.4 La importancia del principio de participación

Este apartado más allá del análisis reglamentario tratará la importancia del principio de participación en forma particular, puesto que para el presente estudio reviste importancia su especificación. Lo anterior radica en que el principio de participación en Chile encuentra interpretaciones en su aplicación que hasta la actualidad han influido más allá del debate dogmático, jurisprudencial y legislativo. Puestas así las cosas, hay una serie de debates que cabe advertir con respecto a la procedencia de la consulta previa indígena -aspecto que será tratado en los Capítulos III y VI- en el marco del principio de participación y las normativas que rigen el ordenamiento jurídico nacional a propósito de las actividades o proyectos de inversión que se pretendan realizar en tierras nacionales y pudieren llegar a comprometer o afectar los intereses de los pueblos indígenas.

Así para entender el impacto de este fenómeno en cuanto al principio de participación, es necesario ahondar en este mismo, para efectos de contar con un panorama más claro que permita reflexionar adecuadamente sobre su aplicación.

En sí, el principio de participación, individualmente considerado, no tiene un mayor asidero que la especulación del intérprete sin ninguna coherencia o estructura ya asentada, en

¹³Barría, J. (2019). La consulta indígena en la institucionalidad ambiental de Chile: consecuencias para la minería y las comunidades indígenas collas de la región de Atacama. *Investigaciones Geográficas*, (57). pp. 77. <https://doi.org/10.5354/0719-5370.2019.53490>

cambio, al interpretar dicho principio en el marco del derecho a la participación pública en la adopción de decisiones ambientales el orbe se transparenta y adopta sentidos.¹⁴

Es así relevante considerar para el cabal entendimiento en esta materia, lo que ha dispuesto la Convención de Aarhus¹⁵ sobre el acceso a la información, la participación pública en toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de 1998.¹⁶

En esta Convención se señala que para cumplir las metas que propone dicho instrumento hay tres importantes aspectos que un Estado debe tratar, vale decir; el acceso a la información ambiental; el acceso a la justicia ambiental; y, la participación pública. Para efectos del presente estudio, solo trataremos los dos últimos.

Partiendo por el pilar de la participación pública:

“La Convención distingue entre la participación del público en las decisiones relativas a actividades específicas (artículo 6), en los planes, programas y políticas relativos al medio ambiente (artículo 7) y en la elaboración de disposiciones reglamentarias, o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general (artículo 8). Respecto de cada situación exige una serie de requisitos que garantizan la participación informada y oportuna en las decisiones respectiva”.¹⁷

Así se desprende en forma evidente, que al menos en materia ambiental, y como se analizó, existen mecanismos de participación consultiva en el SEIA, en la elaboración de Normas de Calidad y de Emisión¹⁸ y en los Planes de Prevención y Descontaminación¹⁹, entre otros mecanismos.

Por consiguiente, y para anticipar brevemente una futura conclusión del capítulo VI, es importante destacar que el principio de participación no es únicamente necesario para el ejercicio del PCI, sino también, para cualquier decisión de índole pública en virtud de la cual se puedan comprometer intereses de algún modo para las comunidades humanas en términos generales, particularmente referimos en los acápite anteriores materias relativas contempladas en la

¹⁴Hervé. D. (2015). Justicia Ambiental y Recursos Naturales. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificie Universidad Católica de Valparaíso. pp. 78.

¹⁵ Organización de los Estados Americanos (OEA). (s. f.). *Acceso a la información: Desarrollos del Convenio de Aarhus*. Departamento de Derecho Internacional.

https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aarhus.pdf

¹⁶ Dicha Convención entró en vigor en el año 2001, y exclusivamente para el territorio de la UNECE (Europa). No obstante, constituye el referente internacional en la materia.

¹⁷ Hervé. D. (2015). Justicia Ambiental y Recursos Naturales. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificie Universidad Católica de Valparaíso. pp. 83.

¹⁸ Artículo 32 de la LGBMA.

¹⁹ Artículo 7 ter de la LGBMA.

LBGMA. Asimismo, y siguiendo la clasificación que sostiene Dominique Hervé, los principios ambientales no únicamente son generales, entendidos estos como racionales y formales, sino que también pueden pertenecer a la clase de principios “directores”, esto quiere decir principios de un carácter de mayor complejidad que son permeables a las dinámicas sociales, y que ante la falta de certidumbre y efectos adversos que implica sostener criterios meramente rígidos, son soluciones flexibles.²⁰

De este modo, se destaca que el principio de participación es uno que integra la Justicia Ambiental, y se trata de un principio indispensable en el Derecho Ambiental toda vez que reúne las características para constituir un verdadero principio jurídico extrasistémico que se construye sobre la base de otros tantos principios y reglas más específicas²¹. Adicionalmente, es posible señalar que el principio de participación no es más que otro elemento necesario en la ponderación de los conflictos jurídicos que deben conocer los tribunales para efectos de garantizar la justicia ambiental.

Lo anterior deviene en una reflexión sobre la imposibilidad de que los tribunales garanticen correctamente la Justicia Ambiental si el sistema en su plenitud no garantiza la igualdad en la participación de las comunidades humanas, generando un problema sistemático que a la luz del estado de derecho y de los principios jurídicos aplicables, podría reflejar ausencia de igualdad en los términos que garantizan la Constitución Política de la República.

CAPÍTULO 2: CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA CONSULTA ÍNDIGENA

1. Aspectos Generales

1.1 Concepto

El concepto de consulta indígena en nuestro sistema regulatorio está principalmente orientado en la definición que establece el SEA al sostener que el PCI “es un proceso de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, que tiene como objetivo llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente”.²²

Esta conceptualización contempla en su literalidad una doble finalidad, tal como respalda Cristóbal Carmona el cual dice que: “Junto a aquel de obtener el consentimiento (“*consensus-*

²⁰ Hervé. D. (2015). Justicia Ambiental y Recursos Naturales. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificie Universidad Católica de Valparaíso. pp. 130.

²¹ Inclusive, si se quiere ir más allá, se puede llegar a sostener que la Justicia Ambiental, en la medida que aun cuando no se ha enunciado expresamente en disposiciones del derecho positivo, se puede deducir su reconocimiento a partir de reglas y principios que consagran uno o más de sus elementos.

²²Servicio de Evaluación Ambiental. <https://www.sea.gob.cl/portal-de-participacion-ciudadana-y-consulta-indigena/proceso-de-consulta-pueblos-indigenas-pcpi-0>

building”), tiene el fin de proteger los derechos sustantivos de los pueblos indígenas (“*rights protective*”)²³, en virtud de esta última finalidad, es congruente a lo que contempla el Convenio N°169 al aseverar que:

“Así, tal como expresa el art. 2 N°1 del Convenio N°169, y como han subrayado los órganos de supervisión de la OIT, la consulta debe entenderse como parte de una acción coordinada y sistemática por parte del Estado “con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.²⁴

Es dable apreciar de la definición, que se cumple con el requisito de la búsqueda de un acuerdo o consentimiento, en concordancia de la finalidad del Convenio N°169 en virtud de la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas.

1.2 Requisitos generales

Adentrándonos en los requisitos necesarios para la aplicación del PCI, Paola González y Loreto Quiroz hacen una enumeración de los requisitos que establece el Convenio N°169 respecto de dicho procedimiento. Así, la enumeración comienza señalando el requisito de que la consulta debe ser previa, lo que quiere decir que: “La consulta debe realizarse de manera previa a la adopción de la medida a ser consultada”²⁵. Por consiguiente, respecto a que la consulta debe ser informada apunta a que: “el objeto de la consulta es generar un diálogo entre las partes, lo que significa que el proceso se debiera caracterizar por cierta bilateralidad, sistematicidad y continuidad”²⁶. Por su parte con relación a la buena fe que debe haber en la consulta, trata de que: “este mecanismo debe propender a una participación real de los pueblos indígenas inserta en un genuino proceso de diálogo de modo tal que se generen las confianzas recíprocas que permitan acercar posiciones y permitan desarrollar procesos fructíferos”²⁷. En seguida, con relación a que esta debe ser adecuada se refiere a que “debe mirarse al contexto en el que se desarrolla la consulta, esto es, cuáles son las características del pueblo indígena y la medida a ser consultada”²⁸. Y, por último, en atención al acuerdo o consentimiento, este es uno de los objetivos principales de la consulta según el artículo

²³ Carmona, C. (2020). Evaluación Ambiental, Consulta Indígena y el “Desplazamiento” de los Derechos de los Pueblos Indígenas. *Revista De Derecho Universidad De Concepción*, 88 (248). pp. 225. <https://doi.org/10.29393/RD248-17EACC10017>

²⁴ Ídem.

²⁵ González, P., & Quiroz, L. (2013). Alcance de la consulta previa del convenio No. 169 de la OIT y su interpretación restrictiva en Chile: un riesgo latente para la protección efectiva de los pueblos indígenas. *Revista De Derecho Ambiental*, (4). pp. 152. <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/30256>

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

6° del Convenio N°169, el cual busca “ser la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos en ese orden”.²⁹

A continuación, se hará un análisis comparativo de la operatividad de estos requisitos en nuestra legislación nacional, enfocado en particular en lo previsto por el Convenio N°169.

1.2.1 Carácter Informado

Dadas las directrices que pregonan el Convenio N°169 en la legislación nacional, específicamente a propósito de la consulta previa, en el artículo 85 inciso primero del RSEIA se reconoce el derecho al carácter informado del procedimiento de consulta para:

“diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada”.³⁰

En este sentido, para que se logre que el proceso se pueda desarrollar en conformidad a lo señalado, se debe suministrar al menos información sobre la naturaleza, objeto, duración, ubicación e impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, el personal que intervenga y los procedimientos que puedan implicar el proyecto o actividad propuesta.³¹

1.2.2 Carácter Previo

Como requisito fundamental la consulta debe realizarse en forma previa a la adopción de la medida a ser consultada. Así lo ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos³², la OIT³³ y el Relator especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las

²⁹ Ídem. pp.153.

³⁰ Reglamento SEIA artículo 85 inciso primero, el cual es importante para entender la aplicación de los requisitos desarrollados previstos importantes Convenio previstos en la legislación nacional.

³¹ OIT (Ginebra 2009). *Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. pp. 64. <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm>

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 noviembre de 2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), San José. pp. 42.

³³ OIT (Ginebra 2009). *Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. pp. 66. <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm>

libertades fundamentales de los indígenas³⁴. Sólo con el carácter previo de la consulta se garantiza una posibilidad de incidencia real en la decisión que se adopte. Sin embargo, en la legislación nacional no se contempla el carácter previo de manera expresa, y ocurre que en la práctica muchas veces este requisito no se toma en consideración, ya que la consulta opera cuando una medida legislativa o administrativa haya afectado directamente, y sin haber hecho la consulta con anterioridad.

1.2.3 Buena Fe

En análisis al requisito de buena fe, podemos visualizar que sí está expresamente mencionado en la regulación nacional, específicamente en lo pertinente a este estudio, en el artículo 85 del RSEIA y también está respaldado en el Instructivo 161116 del SEA al establecer que “corresponde al principio fundamental de la Consulta, donde cada uno de los participantes del PCPI deben establecer un diálogo sincero, en un ambiente de confianza, respeto mutuo y sin presiones”³⁵, cumpliendo así nuestro país con los ejes orientadores del convenio en post a lograr acuerdos que estén hechos por medio de la buena fe.

1.2.4 Adecuado

Por su parte, en relación a que el PCI sea adecuado, en nuestra legislación podemos decir que, a pesar de haber disparidades con otros modos de participación, se materializa en un acceso a la participación para los pueblos indígenas, y tal como lo indica el Instructivo ya citado, esto implica un proceso consensuado, que debe adecuarse a las particularidades de los Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas y a la naturaleza de la medida legislativa o administrativa que afecte directamente, o resultante de un impacto significativo.

1.2.5 Acuerdo o Consentimiento

Por último, y haciendo la comparación con el Convenio N°169 podemos apreciar que el artículo 85 inciso segundo del RSEIA establece como finalidad el objetivo buscado por dicho convenio el cual consiste en poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento con el pueblo

³⁴ Anaya, J (3 de septiembre de 2009). Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco La Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan* 75. pp. 6. <https://www.refworld.org/es/ref/informision/cdhonu/2009/es/68863>

³⁵ Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), (24 de agosto 2016). Instructivo sobre el proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de impacto Ambiental. *Oficio ordinario N°1611/16 SEA*. pp. 9. https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_ndeg_161116.pdf

consultado. Así también lo reconoce el Instructivo anteriormente mencionado al confirmar que: “el fin último de toda Consulta es, mediante todos los esfuerzos necesarios tratar de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de la medida consultada”³⁶. Por lo que, tras el establecimiento en el cuerpo legal y en el Instructivo del SEA, se deduce que se cumple con la idea de tener como finalidad buscar un acuerdo o llegar al consentimiento en virtud de la práctica del PCI.

CAPITULO 3: LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA INDÍGENA

1. Inducción a la problemática

Tras haber dado un recorrido preliminar por la normativa aplicable, el concepto y los requisitos del PCI, esta vez nos adentraremos en el primer tema que denota de una disparidad de criterios que hace de este trabajo poseedor de un estudio profundo y necesario, esto con fundamento en analizar la situación actual en la normativa, jurisprudencia y doctrina nacional, en donde tanto los tribunales de justicia como los autores a través de la doctrina han hecho referencia a la procedencia de la consulta indígena, advirtiendo de antemano discrepancias asociadas a la procedencia de la consulta en el marco del SEIA.

Ante ello, el análisis se centrará en los dos instrumentos de evaluación ambiental, el EIA y la DIA. Respecto al primero, un proyecto debe someterse al SEIA a través de un EIA cuando presenta o genera los efectos, características y circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, esto es, ante la generación de impactos significativos en el medio ambiente, y en el caso del segundo instrumento, este corresponde respecto a proyectos que se sometan a evaluación ambiental pero no generan dichos impactos significativos en los términos del artículo 11 de dicha ley.

No obstante, antes del este análisis, es necesario poner en contexto la situación en que se encuentra el proceso de consulta indígena respecto de otros procedimientos alternos como los serían la Participación Ambiental Ciudadana en el SEIA y las Reuniones de GHPPI del artículo 86 del RSEIA, observando comparativamente sus particularidades, ventajas y limitaciones.

2. Comparativa del PCI con otros Mecanismos de Participación

2.1 Procedencia del PCI en la Normativa Nacional

El PCI establecido en la normativa nacional posee una interpretación estricta, esto reflejado expresamente el inciso primero del artículo 85 del RSEIA, el cual establece que:

³⁶ Ídem. pp. 11.

“(…) en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe (…)

De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental”. Por lo que, al regirse al tenor de la norma, el PCI solo es procedente mediante un EIA, el cual quiere decir que para que sea sometido a evaluación en el SEIA requiere de un impacto significativo que se debe acreditar”.

Esto da cuenta de que el RSEIA constituye la fuente normativa de la interpretación que restringe la procedencia de la consulta en el marco del SEIA, planteamiento que es sostenido por Cristóbal Carmona quién confirma que:

“De esta forma, la regulación ambiental requiere para hacer procedente la consulta la existencia no solo de “alteraciones” o “efectos adversos”, sino que además estos sean, en la mayoría de los casos, “significativos”.³⁷

Misma interpretación que Juan Pablo Leppe da a lo establecido en dicho artículo, al señalar que:

“De esta manera, si nos atenemos a las normas antes transcritas, los proyectos con impacto ambiental que darán origen a un proceso de consulta solo serán aquellos sometidos a evaluación vía estudio de impacto ambiental; en la medida que generan o presentan efectos, características o circunstancias previstos en los literales c) 7, d) 8 y f) del artículo 11 de la ley N° 19.300; y que se espere motiven la adopción de una medida administrativa que revista la forma y el contenido de una resolución de calificación ambiental, causante de la afectación directa de uno o más pueblos indígenas o grupos humanos pertenecientes a estos”.³⁸

Aquello da como conclusión que, en la normativa nacional, solo es procedente la consulta cuando recae en un impacto significativo, objeto de un EIA, y no mediante una DIA.

2.2 Procedencia de la PAC en la normativa nacional

³⁷ Carmona Caldera, C. (2021). Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 88(248), pp. 205. <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v88n248/0718-591X-revderudec-88-248-199.pdf>

³⁸ Leppe Guzmán, J. P. (2015). Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental: Análisis de una relación normativa. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (44), pp. 367. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512015000100011>

La regulación de la PAC en el SEIA, a diferencia del PCI considera la opción de que los ciudadanos puedan participar realizando observaciones en procesos de evaluación ambiental de un EIA sino que también, de una DIA, cumpliéndose los requisitos del artículo 30 bis de la Ley N°19.300 para su apertura. Dicho procedimiento se encuentra regulado en los artículos 88 al 96 del RSEIA.

Sin embargo, y a pesar de que la PAC puede proceder en los procesos de evaluación de una DIA, Cristóbal Carmona señala la respecto a las exigencias de procedencia de este procedimiento que:

“En las DIA, la PAC no es obligatoria para el servicio, sino que debe ser solicitada y será facultativo del respectivo Director Regional del SEA el acoger o rechazar dicha solicitud (art. 94, inc. 3º, RSEIA). Al efectuar esta petición de PAC, las organizaciones indígenas no solo deberán estar preocupadas de cumplir con el plazo de 10 días desde la presentación del proyecto en el Diario Oficial (art. 94, inc. 3º, RSEIA), sino también de justificar que el proyecto provoca “cargas ambientales” (art. 94, incisos 6º y 7º, RSEIA)”.³⁹

Por lo que, a pesar de que se permite que los ciudadanos puedan participar en los procesos de evaluación de una DIA, esta participación se ve condicionada por ciertos requisitos que se deben cumplir para que sea admitido este mecanismo, como el hecho de que deba ser solicitado a la Dirección Regional del SEA por al menos 10 personas naturales directamente afectadas o 2 al menos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica a través de sus representantes legales, y que a su vez, el proyecto deba generar cargas ambientales para las comunidades próximas.

No obstante, y en ventaja respecto del PCI, este procedimiento es admisible en el marco de la evaluación de una DIA, lo cual resulta ser inapropiado en el caso de la PCI.

2.3 Procedencia de las Reuniones de GHPPI en la Normativa Nacional

Las reuniones del artículo 86 del RSEIA, son aquellas que el SEA realiza con los GHPPI localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad sometido a evaluación ambiental, cuando este se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a GHPPI y no se haya identificado los impactos significativos del artículo 85 del RSEIA a su respecto.

Se trata de un mecanismo complementario a la consulta previa establecida en el Convenio N°169 de la OIT, y distinto de las obligaciones derivadas de los procesos de participación ciudadana regulados en el párrafo 3º del Título II de la Ley 19.300.

³⁹ Carmona Caldera, C. (2021). Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 88(248), pp. 213. <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v88n248/0718-591X-revderudec-88-248-199.pdf>

Estas reuniones con los GHPPI buscan garantizar los derechos de los pueblos indígenas en la evaluación de impacto ambiental de un proyecto o actividad que debe ingresar al SEIA, de forma previa a su ejecución. Su objetivo específico es recoger y analizar las opiniones de los GHPPI y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación de un término anticipado al procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto actividad.

El objetivo de estas reuniones es recoger y analizar las opiniones de los GHPPI, y decretar el término anticipado del procedimiento de evaluación, cuando corresponda.

Conforme al artículo 86 del RSEIA, inciso primero el SEA puede realizar estas reuniones dentro de un plazo no superior a 30 días hábiles para el caso de un EIA, y de acuerdo con su inciso segundo, estas instancias se puedan realizar en el marco de la evaluación de una DIA, en un plazo no superior a 20 días hábiles.

Se destaca el hecho de que las actas de dichas reuniones pueden servir de fundamento para las resoluciones que dicte poniendo término anticipado al procedimiento o como motivación de la RCA, así también lo ratifica Cristóbal Carmona, en el que además de fundar dicha característica en las reuniones de GHPPI también hace extensiva para la PAC, al mencionar que:

“Para ilustrar el punto, puede ser útil pensar en el caso hipotético de un GHPPI que quiera alegar la existencia de un impacto significativo a su respecto durante la evaluación ambiental de un proyecto. A primera vista, dos son las instancias que el diseño institucional ofrece para ello: las “reuniones con GHPPI” del art. 86 del RSEIA y el proceso de PAC”.⁴⁰

Por lo tanto, las reuniones de GHPPI permiten la posibilidad de recoger las opiniones de estos grupos humanos ya sea que el proyecto haya ingresado al SEIA a través de un EIA o de una DIA, y además, posee la cualidad de que estos puedan alegar la existencia de un impacto significativo durante la evaluación ambiental de un proyecto.

Adicionalmente, la jurisprudencia reciente, le ha otorgado un papel fundamental a estas reuniones a propósito de su complementariedad con el PCI, y la posibilidad de que, a través de esta vía el SEA pueda determinar la necesidad y procedencia del PCI.

Así, la jurisprudencia primero en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 22 de febrero de 2021, por la que se acoge el recurso de casación en el fondo y anula la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, Rol N°36.919-2019, caratulada “*Caro Loncuate Marcela IsabeL consejera pueblo Kawésqar con SEA*”, por la DIA del proyecto “Piscicultura de Recirculación Lago Balmaceda”, y luego en la sentencia 21 de abril de 2021, del Primer Tribunal Ambiental, Causa Rol

⁴⁰ Ídem. pp. 213.

N° R-28-2020, relativa proyecto “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”, ha señalado que:

“la recopilación de la información a través de las reuniones establecidas en el artículo 86 del Reglamento, como se señaló, no tienen como único objeto poner término anticipado al proyecto, sino que, además, están previstas para que la autoridad cuente con información que permita evaluar de mejor forma aquellos antecedentes que forman parte de la evaluación del proyecto, pues solo así podrá determinar si existe una alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de las etnias indígenas (artículo 11 letra c) o una susceptibilidad de afectación del elemento territorial (artículo 11 letra d)⁴¹.

En ese sentido, las reuniones con GHPPI del artículo 86 deben considerarse también como una instancia de recepción de antecedentes para determinar la SAD a los pueblos indígenas.

2.4 Síntesis del Análisis hecho a Procedimientos Paralelos a la Evaluación Ambiental

Por lo tanto, y en síntesis al general análisis realizado a cada uno de los procedimientos e instancias accesorias a la evaluación ambiental similares a la PCI en cuanto a su vocación participativa, podemos concluir que este procedimiento posee unas desventajas en comparación a la PAC y las Reuniones de GHPPI, en cuanto su procedencia en los procesos de evaluación de las DIA, limitándose exclusivamente su admisión para los EIA.

3. Análisis de la Jurisprudencia Nacional

Los tribunales de justicia, en distintos contextos del desarrollo de nuestra institucionalidad ambiental, se han pronunciado en fallos sobre la procedencia de la consulta indígena, algunos, en épocas en las cuales no existía una regulación específica que estableciera el procedimiento de la CI en el SEIA se ajustaron a una interpretación amplia, en línea con el Convenio N°169, y, por otro lado, otros fueron reticentes utilizando una interpretación restringida a propósito del PCI asimilándolo al procedimiento de participación ciudadana, del mismo modo, algunos fallos han ido establecido criterios que, a nuestro juicio, permiten sugerir una interpretación amplia respecto a su procedencia no solo en el marco de la tramitación de un EIA, sino que también para el caso de una DIA considerando la vinculatoriedad directa del Convenio 169 y del concepto de SAD, por sobre restricciones normativas y/o interpretativas que pueda propiciar la normativa interna nacional.

Sin perjuicio de que lo anterior se tratará en los siguientes apartados, también es necesario comprender en forma adecuada una línea temporal de criterios que se han ido barajando por los

⁴¹ Corte Suprema, 22 de febrero de 2021, Rol N°36.919-2019, Considerando Sexagésimo.

tribunales no solo respecto de la procedencia del PCI, sino también de la consulta previa indígena en términos generales, las cuales han sido divergentes por momentos, como también han sido proclives a inclinarse por una u otra tendencia.

En adición, y para finalizar este contexto al análisis jurisprudencial es también necesario enfatizar que, sobre la misma base temporal de fallos antedicha, la incorporación de la figura de los Tribunales Ambientales el 28 de junio del año 2012 a través de la Ley N°20.600, ha tomado una relevancia categórica de cara a la actualidad del fenómeno.

3.1 Jurisprudencia antes de la Instauración de los Tribunales Ambientales⁴²

Para entender este fenómeno jurisprudencial se hará hincapié como se mencionó, en los hitos importantes que substanciaron la discusión sobre la consulta previa indígena como un mecanismo de participación multicultural, para ello es necesario dar cuenta de lo que los tribunales entendieron por la constitucionalidad de dicho concepto a incorporar en la legislación nacional en virtud del Convenio N°169.

Por lo que, a continuación, se examinarán dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en adelante “TC”), respecto a discusiones asociadas a la consulta indígena en nuestro país.

3.1.1 El primer pronunciamiento del TC. Diputados de la república (2000). Requerimiento de inconstitucionalidad Rol N 309

En cuanto al aspecto constitucional concerniente a la consulta previa indígena, el TC estableció que es un mecanismo para el diálogo intercultural que, si bien está orientado a obtener, de buena fe, el consentimiento de los afectados por la medida propuesta (actividad económica o cualquiera planificación que pudiere llegar afectar los intereses de los pueblos indígenas) tiene una “diferencia esencial” con otros mecanismos de participación existentes.⁴³

Luego de esto el TC apuntó que la diferencia decisiva entre la consulta previa indígena y los otros modos de participación radican en las finalidades de sus procedimientos. Así mientras la participación contemplada en las leyes busca que la perspectiva indígena sea considerada en la toma de decisiones públicas; la consulta tiene la “finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de medidas propuestas”⁴⁴. Vertiendo la situación referida en que la consulta no es un instrumento de descolonización, sino que solo es un instrumento de protección

⁴² Meza-Lopehandía G., M. (2016). La Jurisprudencia del Multiculturalismo en Chile: La Consulta Previa Indígena Ante Tribunales. *Revista De Ciencias Sociales*, (69). pp. 23-36. <https://doi.org/10.22370/rscs.2017.69.932>

⁴³ Diputados de la República (2000), Requerimiento de inconstitucionalidad C°169. Rol 309 C°7

⁴⁴ Cámara de Diputados (2008): Tribunal Constitucional control de constitucionalidad C° 169. Rol 1050: c.14°.

multicultural, así el consentimiento tiene una finalidad en el procedimiento, mas no es un requisito para el ejercicio de las decisiones públicas (se constituye un verdadero derecho de veto).

3.1.2 El segundo pronunciamiento del TC. Cámara de Diputados (2008): Tribunal Constitucional control de constitucionalidad C°169. Rol N° 1050

Respecto del segundo pronunciamiento constitucional, se vuelve sobre la idea de “que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas”, sin embargo, se añade la relevancia en el carácter no vinculante de la negociación como así también en que la consulta es una “forma de recabar opinión”. Esto inminentemente genera una ambigüedad aunada al fallo precedente, en virtud de la cual la consulta se entiende como (i) un diálogo intercultural y (ii) una función que solo se le encomienda la misión de recabar información. Esto quiere decir, que en cierta medida el TC concluye una forma de distanciamiento relativa a la interpretación de la consulta indígena con los estándares contemplados en el Convenio N° 169.

Desde luego, estas discusiones sobre la naturaleza de la consulta previa indígena solo continuaron a la luz de lo que se ventila en tribunales superiores.

3.2 Posturas Jurisprudenciales respecto a la procedencia de la Consulta

Con respeto a la admisibilidad de la consulta indígena existe en la jurisprudencia de los tribunales un variopinto acervo de interpretaciones que es necesario observar.

Puelman con COREMA Araucanía (2010), ICA Temuco, Rol N° 1705-2009

En el caso conocido como Lof Palguin, el cual es relativo a la aprobación de un proyecto de piscicultura, la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo una tesis que podemos denominar amplia, en la que se indicó que el Convenio N°169 enriquecía la Ley de Desarrollo Indígena (en adelante “LDI”), la cual “perfecciona y llena de contenido el artículo 34 de dicha ley puesto que, las consultas, según el convenio deben ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas”.⁴⁵ En esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco afirmaba que la resolución que había calificado favorablemente la DIA de un proyecto de piscicultura era una medida administrativa susceptible de afectar a los recurrentes indígenas, por lo cual la autoridad “debió llamar a la consulta respectiva en los términos que señala el Convenio [169 de la OIT] y no a simples actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio N° 169 vigente en nuestra legislación interna”⁴⁶. En tal sentido, a juicio de la Corte, independiente de si un

⁴⁵ Puelman con COREMA Araucanía (2010): c. 10°

⁴⁶ Puelman con COREMA Araucanía (2010): c. 10°

determinado proyecto había sido evaluado por medio de una DIA o un EIA, estábamos ante una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas en línea con el Convenio.

En ese sentido, el criterio establecido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones en este caso (en adelante “ICA”) permite dar cuenta de que la consulta previa es un requisito esencial para llevar a cabo todo proyecto o actividad que pueda afectar a los pueblos indígenas de conformidad a la correcta interpretación que, a su juicio, pondera con relación al Convenio N°169, independientemente de la mayor significancia del impacto y de si el proceso de evaluación ambiental se inició por un EIA o por una DIA.

Puelman con COREMA Araucanía (2010), CS Rol N 1525-2010

Que sin perjuicio de la decisión de la ICA analizado en los párrafos anteriores, la Corte Suprema revocó dicha sentencia, afirmando que la consulta indígena era equivalente a la PAC regulada en la LBGMA que, como consecuencia de ello, la consulta indígena solo procedía respecto de los proyectos que ingresen al SEIA mediante EIA, única modalidad de evaluación que consideraba participación ciudadana en ese entonces, esto es, antes de la dictación de la Ley N° 20.417.

Así, para efectos aclaratorios, la doctrina Palguin en consideración al criterio de la Corte Suprema en este caso, consiste en la negación de la procedencia de la consulta previa indígena cuando un proyecto no ha sido sometido a un Estudio de Impacto Ambiental (previéndose para estos casos que el proyecto pueda generar un impacto ambiental significativo en los términos del artículo 11 de la Ley N° 19.300. En consecuencia, la motivación de los fallos de la doctrina Palguin homologan los requisitos de la consulta previa indígena en el SEIA con los de la PAC en momento de vigencia de la ley, en el que esta última solo era procedente para el caso de los procesos de evaluación de los EIA, requiriendo la magnitud o significancia del impacto para su procedencia.

Por lo tanto, en el fallo de la Corte Suprema, nos podemos percatar que se aplica una tesis restringida, argumentando las siguientes razones: (i) la consulta previa indígena era equivalente al procedimiento de PAC contemplado en la LBGMA, pues “otorga a la comunidad interesada instancias plenas de participación”;⁴⁷ (ii) En consecuencia, la consulta no procede respecto de los proyectos que ingresen al SEIA mediante DIA, en la medida en que dicho procedimiento no se contemplaba en la participación ciudadana.⁴⁸

En síntesis, la Corte Suprema negó la especificidad jurídica de la consulta indígena y agregó como requisito de procedencia la magnitud de afectación, la cual no es parte del estándar internacional. Estos dos argumentos desarrollados en el párrafo precedente dan a lugar a lo que se

⁴⁷ Puelman con COREMA Araucanía (2010), CS 1525-2010: c. 12°. Cabe recordar que la primera sentencia del TC señaló lo mismo respecto del régimen de participación ciudadana del SEIA.

⁴⁸ Ídem, c.8°

conoce como la doctrina Palguin, cuestión que como se verá en fallos posteriores es importante para efectos de entender la interpretación llevada a cabo por ciertos tribunales.

Vera Millaquen con Los Fiordos Ltda. (2010): ICA Puerto Montt Rol N° 36-2010

En el caso Vera Millaquen (Comunidad Peiukelen) con Pesquera Los Fiordos, se reclamó en contra de la construcción de una piscina que retenía aguas contaminadas en un terreno colindante a los territorios de la comunidad, lo cual afectó sus proyectos de etnoturismo y sus actividades ceremoniales. La Corte en dicha ocasión argumentó el rechazo a la doctrina Palguin sosteniendo una tesis amplia y adhiriendo en parte al primer pronunciamiento del TC, de tal manera señaló que “ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación”. A su vez, añadió la distinción explícita entre la participación de la ley ambiental y la participación contemplada a propósito del Convenio N°169.⁴⁹

Con ocasión de lo anteriormente expuesto, la Corte se aparta de un criterio de homologación, sino por el contrario dota de especificidad al PCI. Así se concluye que la consulta puede proceder respecto de proyectos que no hayan ingresado al SEIA por un EIA únicamente.

Nahuelpán con COREMA Los Ríos (2010): ICA Valdivia, Rol N° 48-2010

En esta sentencia, la tesis que fue considerada es la estricta, aquí nuevamente la doctrina Palguin se reafirma en el caso emblemático ducto CELCO. En aquel caso ocurrió que distintas comunidades mapuche-lafkenche impugnaron la legalidad de la RCA que autorizó la construcción de un sistema de descargas industriales al mar, principalmente por falta de consulta previa indígena conforme al Convenio 169. Así en primera instancia la ICA de Valdivia rechazó el recurso argumentando los mismos fundamentos de la Corte Suprema con respecto a la doctrina Palguin.

Nahuelpán con COREMA Los Ríos (2010): CS, Rol N° 4078-2010

En el fallo confirmatorio de la Corte Suprema, se siguió la misma argumentación, e invocaron el principio de aplicación flexible del artículo 34 del Convenio, concluyendo que “el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la LBGMA y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen”, en el cual se contempla para todas las etapas con resultados de dar por cumplida la consulta, (es decir, las informaciones previas, las observaciones, resolución fundada, e impugnabilidad)⁵⁰. Además, se consideró sobre los

⁴⁹ Vera Millaquen con Los Fiordos Ltda. (2010): ICA Puerto Montt, 36-2010: c. 9°

⁵⁰ Nahuelpán con COREMA Los Ríos (2010): CS, 4078-2010: c°7

antecedentes que era dable señalar que se cumplieron con los estándares del Convenio N°169⁵¹. En definitiva, se aplicó la tesis estricta en el presente fallo, toda vez que se reitera que la procedencia del PCI está delimitada a su equiparación a la PAC, y por consiguiente, debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) tratarse de un proyecto tendiente a ingresar al SEIA por EIA y (ii) no puede ser de aquellos proyectos para cuya ejecución sea procedente la evaluación de una DIA.

Sin perjuicio de lo anterior, y algo que tomará una relevancia paradigmática respecto de la interpretación del concepto de la consulta previa indígena, es sobre un voto disidente efectuado en la sala, el cual fue redactado por el Ministro Haroldo Brito, quién en la redacción de aquel voto señaló la diferencia de la instancia contemplada a propósito del Convenio, así éste señaló que “informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”. Es así como comenzó a dotarse de especificidad normativa a la consulta del Convenio y su faz vinculada a la participación.

Manquepillán con COREMA Los Ríos: ICA Valdivia, 243-2010 – Manquepillán con COREMA Los Ríos: CS, Rol N° 6062-2010.

Se trató acerca de un caso de impugnación por falta de consulta previa en la evaluación de un proyecto de transferencia de residuos sólidos con una RCA favorable, que había sido ingresado al SEIA mediante DIA⁵². La Corte Suprema ratificó dicha decisión, e indicó en adición que, en la medida en que el proyecto debió considerar entrar al SEIA por EIA, “la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”.⁵³

Es así como se apreciaba que el Corte Suprema comenzaba a apartarse de la doctrina Palguin, es decir, pretender equiparar la PAC a la consulta previa del Convenio N°169, y siguiendo la tesis del Ministro Brito, estableciendo que son procesos diferentes con estándares y fines diversos.

Consejo de Pueblos Atacameños con COREMA (2011): ICA Antofagasta, Rol N° 782-2010 - CS, 258-201

En este caso la ICA desechó siguiendo la doctrina Palguin el recurso presentado por el Consejo de Pueblos Atacameños y otros en contra de la resolución que había aprobado el nuevo “Plan Regulador San Pedro de Atacama”, luego de la evaluación a través de un DIA y sin consulta previa indígena.

⁵¹ Nahuelpán con COREMA Los Ríos (2010): CS, 4078-2010: c°9-10

⁵² Manquepillán con COREMA Los Ríos: ICA Valdivia, 243-2010

⁵³ Manquepillán con COREMA Los Ríos: CS, 6062-2010

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema con un tiempo transcurrido de alrededor de 1 mes desde el caso “Catanave”, en julio de 2011, adoptó una decisión que marca otro hito en materia de consulta indígena. La sentencia en comento resolvió el recurso interpuesto por el Consejo de Pueblos Atacameños y otros, y estableció que era evidente que el Plan Regulador afectaba directamente a los recurrentes, lo que incluso fue reconocido por la misma resolución impugnada. Además, indicó que las instancias de participación verificadas no alcanzaron el estándar internacional, pues “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto a su integridad. Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspirará a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas (...) prescindiendo de la participación y cooperación de éstas”.⁵⁴

En efecto, nuevamente se contempla la hipótesis de tesis amplia, y es preciso señalar que se reproducen en parte los argumentos redactados previamente por el ministro Brito.

Comunidad Antu Lafquen con COREMA Los Lagos (2011): CS Ro N° 10.090-2011

En relación con este caso, ocurre que la Corte Suprema revocó el fallo de primera instancia, que se fundaba en la doctrina Palguin. Así dicha sentencia concluyó que la resolución impugnada es una concreción “del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”.⁵⁵

Posteriormente el mismo fallo, da cuenta en relación a un caso “Estación de Transferencia” el que sostuvo que “la participación ciudadana no sustituye la consulta previa”, sino que aquella “deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N°169 contempla”⁵⁶. En síntesis, la Corte Suprema sigue contemplando el criterio de tesis amplia.

3.3 Aspectos y Criterios dominantes posterior a la incorporación de los Tribunales Ambientales

Como es de público conocimiento, los tribunales competentes para conocer y resolver sobre casos asociados a estas materias especiales son los TA, los cuales fueron creados por la Ley N°20.600 publicada el 28 de junio de 2012 y fueron incorporándose gradualmente en las

⁵⁴ Consejo de Pueblos Atacameños con COREMA (2011): CS,258-201: c°8

⁵⁵ Comunidad Antu lafquen con COREMA Los Lagos (2011): CS, 10.090-2011: C.5°.

⁵⁶ Comunidad Antu lafquen con COREMA Los Lagos (2011): CS, 10.090-2011: C.10°.

distintas regiones de Chile, cuya finalidad es dar un tratamiento de mayor suficiencia en cuanto a la especificidad y tecnicismo en materia judicial ambiental. Así solo por dar cuenta de ello cabe señalar que dicho tribunal colegiado lo conforman dos ministros habilitados en derecho y un especialista con mención en ciencias empíricas.

En consecuencia, esto ha generado que las Cortes que antes conocían de recursos de protección en esta materia, en algún momento pretendieron evitar conocer de asuntos cuya especialidad, a su juicio, era exclusiva de los TA declarándose incompetente para tales efectos bajo la tesis de la “vía idónea”. Un claro ejemplo se demuestra en la sentencia Rol N°27165-2014⁵⁷, en virtud de la cual la Corte Suprema desestimó un recurso de protección interpuesto, referido a la consulta indígena, por la comunidad Küdawfe Peñi y otros en contra del SEA relativo al proyecto de “Celulosa Arauco”, argumentando que la materia correspondía a TA especializados.

Presumiblemente y, a juicio de esta doctrina, el temor de las Cortes en fallar sobre la especialidad en materias específicas o que requieren elementos técnico-considerables como en el área ambiental o tributaria (Tribunales Tributarios Aduaneros), entre otros, genera inequívocamente una presión en los jueces que carecen de dicho conocimiento, remitiéndose a confirmar recursos sin mayores fundamentos, o denegarlos por las mismas razones.

En tal sentido, en general, en sede de tribunales ordinarios conociendo recursos de protección, se observan vacilaciones en el desarrollo jurisprudencial del Convenio N° 169 en el marco de la evaluación de proyectos de inversión en torno a la especificidad de la consulta previa y sus supuestos de procedencia y con la entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales, hasta 2021, no habían avances sustantivos, lejano a las discusiones sobre cuestiones sustantivas de derechos de los pueblos indígenas

Sin perjuicio de lo anterior, el conocimiento de los TA respecto de estas materias como *ultima ratio* sigue conociéndolas las ICA y la Corte Suprema, así en la actualidad existe una tutela cotidiana en las Cortes nacionales como una vía indefectible para efectuar esta clase de descargos y obtener protección. De esta manera se sostiene que la tutela jurídica que brindan las cortes en esta materia demuestra su verdadero rol cautelar.

Así, en la causa Rol N°138439-2020, se acogió un recurso de protección que revocó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco Rol N°17311 de 2019⁵⁸. La Corte de Apelaciones desestimó la acción de protección interpuesta en representación de distintas comunidades mapuches de la zona fundada en la configuración de los supuestos de afectación directa donde se emplazaba el proyecto de adjudicación “Mejoramiento Integral Zona de Uso Público Parque Nacional Villarrica” en contra de la Corporación Nacional Forestal de la IX por extemporaneidad y falta de fundamentos suficientes. En cambio, la Corte Suprema al constatar la

⁵⁷ Corte Suprema: causa Rol N°27165-2014

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Temuco: causa Rol N°17311 de 2019

omisión de la consulta previa indígena para dicho proyecto, y atendiendo a las directrices del Convenio N°169, ordenó iniciar dicho proceso antes de la continuación de las obras.

La procedencia de la consulta indígena en tiempos más actuales ha radicado, en función del tenor del Convenio N°169, en determinar la afectación directa que un proyecto o actividad puedan generar respecto de un pueblo indígena, así, ha habido una fuerte atención al tenor del artículo 13 del Convenio que refiere al deber de los Estados en respetar los valores, culturas, tierra y territorios que utilizan para el desarrollo de sus intereses. En consecuencia, este respeto a propósito de las “tierras” ha suscitado un margen de reflexión que amerita un amplio espectro de posibilidades que debe ser concretizado, así se ha entendido que dicho concepto cubre la totalidad de hábitat de las regiones que los pueblos utilizan de una u otra manera⁵⁹.

En este fallo la Corte Suprema demostró una mayor sensibilidad respecto al supuesto de procedencia de la consulta indígena, asentándose el criterio que sostiene que es improcedente que la autoridad se niegue a abrir un proceso de consulta indígena bajo el argumento de que las comunidades no han acreditado la afectación, toda vez que lo que se exige es una afectación potencial.

En dicho fallo se señaló que “no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedía por no existir afectación a las comunidades y personas naturales en nombre de quienes se recurre, puesto que la obligatoriedad de este proceso exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta”⁶⁰.

Con todo, la Corte Suprema había aplicado por primera vez en el sistema de evaluación de impacto ambiental en el caso Producción de Sales de Maricunga, en el que acogió un recurso de protección ordenando realizar un proceso de consulta indígena en forma previa a la prosecución del proyecto considerando que la susceptibilidad de afectación se manifestaba, entre otros aspectos, en que existen “espacios dentro del área de influencia del proyecto en que los pueblos originarios desarrollan ciertas actividades agrícolas y culturales”.⁶¹

Este aspecto relevante en esta materia a propósito de la susceptibilidad de afectación y su alcance se profundizará en un acápite que detallará este punto a mayor abundamiento.

En cuanto a los aspectos descritos, si tras el análisis técnico al caso concreto se concluye que el proyecto o actividad calificado mediante DIA no genera impactos que configuren afectación directa, los tribunales han validado la decisión de la autoridad de no realizar la consulta correspondiente. Así el fallo de la ICA de Iquique causa Rol N°290-2014, caratulada Comunidad indígena Aymara de Parca y otros contra la Comisión Regional de Evaluación Ambiental,

⁵⁹ Corte Suprema: causa Rol N° 138439-2020: C°7

⁶⁰ Corte Suprema: causa Rol N° 138439-2020: C°10

⁶¹ Corte Suprema: causa Rol N° 85957/2021; C°8

estableció que pese a las consideraciones relativas a la fundamentación de los efectos que generarían afectación directa de conformidad a las características y efectos previstos artículo 11 de la ley LBGMA y sus distintos literales, en dicho caso no se generaba ni afectación directa ni impacto significativo. En este sentido, aunque se quisiera pretender realizar la consulta previa indígena por una DIA, evaluando la posibilidad de acreditar los efectos que permitan atacar fundadamente un proyecto o actividad que ha ingresado al SEIA por esta vía, de todas maneras, debe existir una superación del umbral de motivación que produzcan la convicción del ilustre tribunal de existir una afectación directa.⁶²

Por su parte, retomando la idea de que la tipología de ingreso de un proyecto o actividad al SEIA, o su vía de ingreso por el artículo 11 de la LBGMA, no debiera ser exclusivamente la única influencia determinante en la procedencia del PCI, es necesario abordar las consecuencias que importan por la omisión del deber de consulta previa indígena, las cuales no se puede desatender. Así en el caso resuelto por la Corte Suprema, respecto de la Comunidad Indígena Aymara de Timar y otras en contra de la sociedad Minera Plata Carina SPA, debido a la ejecución del Proyecto “Cerro Márquez”, causa Rol N°2608-2020, la Corte Suprema determinó que era procedente la consulta indígena omitida por la recurrida, en consecuencia, esto deviene en el importante efecto de retrotraer el procedimiento para que se realice la consulta previa indígena, y también en el resultante de dejar sin efecto la RCA otorgada por el SEA.⁶³

Otro fallo en aquel sentido es el de la ICA de Concepción, también alusivo a un recurso de protección, interpuesto por las comunidades indígenas Manuel Ignacio Ancán y Sucesión Quiñimil Pirul en contra del SEA de Bío Bío, causa Rol N°21431-2022. En esta sentencia se produjo una resolución de similares efectos con relación al fallo comentado previamente⁶⁴, de tal manera que los efectos por la omisión de la consulta previa indígena constituyen un verdadero límite, tanto a la Administración Ambiental por su falta de ejercicio de conformidad a los estándares del Convenio N°169, como también al deber, en atención al principio preventivo y/o precautorio, de los titulares del proyecto o actividad en esmerarse en no omitir dicha consideración sobre la base de la diligencia propia; e indirectamente discurre un efecto en cuanto a la ponderación de los tribunales con respecto a los referidos principios toda vez que se produzcan conflictos de esta materia sometidos a su conocimiento.

En este trabajo no se ahondará en aquellos casos referidos a la procedencia de la PCI en proyectos o actividades que deban cumplir indubitadamente con su ingreso al SEIA por algunos de los efectos o características previstas en el artículo 11 de la ley LBGMA (vale decir a través de un EIA), pues de toda lógica a mayor grado de concreción de efectos o características del artículo 11 respecto de un proyecto o actividad que cumpla con alguna tipología de ingreso del artículo 10 de la citada ley habrá un mayor grado inminencia de que se genere una afectación directa.

⁶² Corte de Apelaciones de Iquique, causa Rol N° 290-2014: Considerandos; 7,8,9 y 11.

⁶³ Corte Suprema, causa Rol N° 2608-2020: considerandos: 12 y 13.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N° 21431-2022: considerandos: 2, 6, 15 y parte resolutive.

A modo de conclusión de este punto, creemos que en la actualidad la contemplación del fenómeno de la afectación directa que pueda ocasionarse con respecto de los pueblos indígenas es un criterio que permite hacer permeable y útil el ejercicio del derecho de consulta previa indígena más allá de si se incurre o no en los efectos o características del artículo 11 de la ley LBGMA. Así las cosas, la motivación de efectos que generen alguna afectación directa a los pueblos indígenas se asoma como principal objeto de debate en tribunales, en consecuencia, la motivación de las causales, los estándares previstos en el Convenio N°169 y los principios que rigen el derecho ambiental son de suma relevancia para la jurisprudencia ambiental en esta materia.

4. Análisis Doctrinal

A continuación, se hace hincapié en los comentarios de autores que han estudiado esta situación entorno a la procedencia del PCI, los cuales hacen sentido y respalda la inquietud sobre el problema que sufre el procedimiento alternativo de evaluación ambiental, en estos aspectos.

4.1 Desarrollo de los Comentarios Doctrinales

4.1.1 Comentarios vinculados a una Tesis Amplia

En cuanto a la doctrina existente en la materia, esta surge tras análisis de ciertos fallos de la Corte Suprema y los tribunales competentes. Es así que Sebastián Donoso, comentando el fallo de la Corte Suprema de fecha 21 de octubre de 2013 Rol IC N°8616 2013, que confirma la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013 de la ICA de Temuco, en resolución de un recurso de protección, cuya causa fue interpuesta contra la RCA recaída en la DIA del proyecto “Central Hidroeléctrica Panguí”, señala que:

“la exclusión de una tipología de medida administrativa del ámbito de la consulta indígena (en este caso las resoluciones de calificación ambiental recaídas en DIA) no implica per se una vulneración del derecho de consulta”.⁶⁵

Por lo que, este comentario apunta a que, si se somete a DIA la consulta indígena, no implicaría una vulneración del sistema de procedencia del procedimiento administrativo.

Interpretación que confirma el mismo autor al destacar que: “En definitiva, se puede afirmar que esta jurisprudencia es clave en tanto permite entender por qué no infringe la consulta

⁶⁵ Donoso, S. (2016). *Declaraciones de impacto ambiental y consultas indígenas en el SEIA: impacto a la tendencia de homologación*. Instituto Libertad y Desarrollo. pp. 78. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-57-83-Declaraciones-de-impacto-ambiental-y-consultas-indigenas-en-el-SEIA-impacto-a-la-tendencia-de-homologacion-SDonoso.pdf>

indígena del Convenio 169 el hecho que un proyecto sea evaluado a través de una DIA –careciendo por tanto de participación ciudadana y por ende de consulta indígena– en la medida que se entiende que su evaluación a través de una DIA se debe precisamente a que no genera aquel impacto que exigiría su ingreso al SEIA a través de un EIA, homologando la falta de ese impacto con la falta de afectación directa a los pueblos indígenas que exigiría una consulta indígena”.⁶⁶

Es decir, Donoso en su comentario concluye en la parte final del texto citado que el hecho de que un proyecto sea sometido a evaluación por medio de una DIA no infringe el Convenio N°169, en cuanto se debe analizar en conjunto con la SAD.

A su vez, el autor Gonzalo Sánchez refiriéndose directamente al requisito de procedencia de la consulta indígena, señala en alusión al artículo 85 del RSEIA que: “el reglamento general de consulta, en cuanto al requisito de procedencia de la consulta, parece alejarse de la literalidad del convenio mencionado, incorporando una noción que le es ajena, como lo es la de impacto significativo y específico”⁶⁷, entendiéndose del comentario, que en virtud a la disposición que regula el PCI en el RSEIA este no se vincula estrechamente con el Convenio N°169, sino que al contrario, este se aleja de la tesis amplia que este contempla, y que por contrario, establece una tesis estricta al exigir que se requiere para la procedencia de este procedimiento un impacto significativo y específico, es decir, siempre en el marco de la evaluación de un EIA propiamente tal.

Por lo que se deduce que debido al comentario de Sánchez al respecto de la procedencia del PCI, este reconoce la existencia de la posibilidad de que este procedimiento sea admisible ante una DIA, en virtud de la amplitud que persigue el Convenio N°169.

Por último, dentro del análisis de los comentarios inclinados hacia la postura amplia, podemos también mencionar uno que realizó Juan Pablo Leppe, aludiendo a la procedencia de la consulta indígena en respuesta a la rigidez del RSEIA, debido a que la gran mayoría de los proyectos sometidos al SEIA ingresan vía DIA. Por lo que el autor comenta que:

“Con todo, la realidad podría demostrar que proyectos que no generan los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300, sí motivan la dictación de una resolución de calificación ambiental capaz de afectar, en un caso concreto y en forma directa, a pueblos indígenas”.⁶⁸

⁶⁶ Ídem, pp. 81.

⁶⁷ Sánchez, G. (2022). *Las consecuencias jurídicas de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno*. Revista de Derecho Ambiental (Santiago), (18). pp. 256. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68558>

⁶⁸ Leppe Guzmán, Juan Pablo. (2015). Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental: Análisis de una relación normativa. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (44). pp. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100011>

Es decir, que proyectos que no generen efectos, características y circunstancias, es decir, impactos significativos, pueden motivar la dictación de una RCA, capaz de generar SAD, esto es, una afectación concreta y directa a los pueblos indígenas.

Por lo que, este comentario viene a confirmar la posibilidad de que en el contexto de un proyecto ingresado al SEIA por medio de una DIA puedan establecerse criterios para ampliar la procedencia del PCI en nuestro país.

4.1.2 Comentarios vinculados a una Tesis Restringida

En cuanto a la tesis estricta, es necesario mencionar la normativa vigente que respalda esta postura. Como primera disposición, siendo aquella que establece que el PCI es solo aplicable por un EIA, es el artículo 85 del RSEIA, el cual es respaldado como normativa aplicable por el artículo 8° del Reglamento de CI, norma que señala que las RCA de proyectos o actividades que ingresan al SEIA deben ajustarse según lo que establezca el artículo 10 de la LBGMA, la normativa y su reglamento, y del cual tal artículo es el que da legitimidad al reglamento como normativa de suma importancia en estas materias.

A su vez, aparte del artículo 85 del RSEIA, también esta tesis es promovida por el Instructivo del SEA del año 2016, documento técnico el cual especifica los requisitos de procedencia de la consulta indígena, las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y explica cada una de ellas, todo en un enfoque mirado en aplicación de la tesis estricta, es decir, la postura que solo es procedente la consulta indígena por medio de un EIA.

En virtud de la normativa aplicable, esta señala que solo procede cuando proyectos o actividades incurren en un impacto significativo o afectan directamente intereses de los pueblos indígenas, como los impactos que contemplan los artículos 7°, 8° y 10 del RSEIA, en complemento del artículo 11 de la LBGMA, el cual asientan los parámetros a regir cuando la evaluación se refiere a un EIA.

En aseveración de la tesis restringida, la cual es la aplicable formalmente en nuestro país, muchos autores se rigen fielmente a lo que establece la normativa vigente, respetando el tenor de la norma, como el espíritu de esta.

Un ejemplo de lo dicho puede ser la aseveración que hace Gonzalo Parot Hillmer, quién expresa categóricamente al EIA como el único mecanismo admisible para hacer procedente el PCI, señalando que: “Así, la consulta es exigible únicamente en tanto se verifique la necesidad de

presentar un Estudio de Impacto Ambiental, adaptando el proceso de participación ciudadana a las distintas etapas establecidas en el Reglamento”.⁶⁹

Por lo que este comentario, es uno que se ajusta fielmente a lo que establece el artículo 85 del RSEIA al manifestar el autor como el único instrumento pertinente para efectuar la consulta indígena al EIA, y junto con ello homologar la PAC con el PCI.

Otro comentario que manifiesta el EIA como el único instrumento pertinente para el PCI, es el que realiza Claudia Corvalán, al señalar que: “La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para proyectos sin impacto que no contempla consulta ciudadana ni indígena y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para proyectos con afectación mayor que si contempla consulta ciudadana y también una consulta indígena separadamente y con las disposiciones del Convenio 169”.⁷⁰

Sin embargo, a pesar de estos comentarios citados en los cuales hay una clara acentuación inclinada hacia la tesis restringida, hay que dejar en claro que la gran mayoría de los comentarios que asientan que el EIA es el método susceptible para llevar a cabo un PCI, existen como mera exegesis descriptiva y enunciativa cuando nos adentramos al estudio de la doctrina asociada a la consulta indígena como procedimiento de evaluación ambiental, aun cuando el razonamiento del autor pueda defender todo lo contrario, es decir, algo distinto a la tesis estricta en comento. Pues los comentarios doctrinales en favor de la exclusividad del EIA como único método, suelen ser estrictamente una descripción de las disposiciones vigentes que regulan estas materias a nivel nacional.

5. Conclusiones

Tras el análisis jurisprudencial realizado en estudio de la procedencia del PCI, podemos ver que, si bien la normativa vigente establece que el único instrumento habilitante para la PCI en el SEIA es el EIA, tanto la Corte Suprema como otros tribunales de justicia han dictado resoluciones que han sido orientadas a favor de una tesis amplia en respaldo de lo que sería el espíritu que promueve el Convenio N°169 como tratado ratificado por Chile. Es así que, los tribunales de justicia han puesto en práctica esta tesis amplia al admitir criterios que permitirían la admisión de la PCI mediante una DIA.

⁶⁹Parot, G. (2013, junio 21). *La procedencia de la consulta indígena*. Universidad de Chile. <https://uchile.cl/noticias/102356/la-procedencia-de-la-consulta-indigena>

⁷⁰San Martín, C. (2015). *LA IMPLEMENTACIÓN DE “LA CONSULTA” DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN CHILE: LAS IMPLICANCIAS PARA LA GRAN MINERÍA*. Universidad de Chile. [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130584/Tesis_OK.pdf?sequence=4

Ahora en estricto rigor, si bien la implementación de esta tesis es innovadora y llamativa para nuestro país, queda en evidencia que los fallos que se inclinan por la tesis estricta responden al tenor de la norma y al espíritu del legislador en los artículos pertinentes en esta materia, pero de los cuales deja en desmerito y desventaja a los pueblos indígenas en cuanto a su posibilidad de participar, proponer y discutir con el fin de llegar a acuerdos relevantes cuando un proyecto de inversión pueda afectar un interés de estas comunidades.

Es así que, aparte de haber un desencadenamiento de la tesis restringida por parte de la jurisprudencia, la doctrina no se ha quedado al margen de ello, y manifestación de tal circunstancia son los comentarios de autores como Donoso, Sánchez o Leppe, los cuales reconocen que la implementación de una tesis amplia mediante la DIA en el SEIA no sería una vulneración al Convenio N°169, debido que una DIA posteriormente puede provocar una afectación directa y concreta a los pueblos indígenas o a los intereses de estos grupos humanos.

Por lo tanto, en términos estrictos de la procedencia del PCI creemos que hay márgenes adecuados de acuerdo a los criterios jurisprudenciales analizados que podrían habilitar cambios asociados a acoger una tesis amplia respaldada por el Convenio N°169, que permitiría impulsar reformas adecuadas para la construcción de un sistema que permita facilitar y propender de buena fe a los pueblos originarios su participación y acuerdo respecto a un proyecto o actividad de inversión susceptible de afectar o que afecta directamente uno o más intereses de estos grupos. Lo anterior, sin duda implicaría una extensión al principio de participación, en línea con el recientemente suscrito Acuerdo de Escazú, con al principio de acceso a la justicia y a la igualdad ante la ley, ubicando a nuestro país en la vanguardia de los derechos de los pueblos indígenas, y a la par de otros estados cuyas legislaciones y aspectos destacables se revisarán más adelante.

CAPÍTULO IV: LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA

1. Inducción a la problemática

En el Capítulo III analizamos el problema consistente en los mecanismos procedentes para realizar un PCI, pero de los cuales detrás de la incongruencia jurisprudencial y doctrinal existente acerca del instrumento de evaluación necesario para la habitación de la consulta, también podemos encontrar la ausencia de uniformidad de criterios respecto a la SAD como requisito a considerar para hacer procedente la consulta indígena.

Esto se explica debido que el sistema nacional contempla el PCI exclusivamente para los EIA, el cual es el instrumento que opera frente a proyectos o actividades de inversión que hayan producido determinados impactos significativos a un GHPPI, no dando espacio a una interpretación más fiel del Convenio N°169, en relación a la SAD, en los términos del artículo 6°, cuyo margen es más amplio entorno a la significancia sobre la susceptibilidad de una afectación directa.

Es por ello que, a continuación, en complemento de la tesis amplia ya referida, analizaremos la SAD como un concepto a la luz del Convenio N°169 que da sentido a que el impacto no significativo (fundamento de la DIA), pueda también afectar directamente (se utiliza con frecuencia la expresión “afectación directa”) a un pueblo indígena y con ello ser procedente para un PCI.

2. Análisis de la Susceptibilidad de Afectación Directa en el contexto actual de nuestro país

En lo siguiente se profundizará lo mencionado en los apartados 1.2.1 y 1.2.2 de esta investigación, los cuales se refieren a los cuerpos normativos aplicables en el plano nacional e internacional y lo mencionado respecto a que, a nuestro juicio, la normativa nacional se aleja de la tesis amplia del Convenio N°169, ya que los aspectos interpretativos son varios y gozan de una complejidad jurídico – social que es necesaria detallar.

En cuanto a la SAD en este contexto, es necesario precisar que, este concepto se encuentra estrechamente ligado a la medida administrativa o legislativa que se prevea, dado que, tanto el artículo 6, N°1, literal a) del Convenio N°169 de la OIT, como el Reglamento de CI establece que cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas, estos deberán ser consultados.

En cuanto a lo aquí analizado, la RCA constituye una medida administrativa, y en tal sentido, el Convenio N°169 de la OIT no establece qué se debe entender por medida administrativa, sin embargo, el inciso tercero del artículo 7 del Reglamento de CI si lo define, entendiendo por tal, lo siguiente:

“Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.”

Luego, en línea con lo anterior, habría SAD de acuerdo con el Reglamento de la CI, cuando las medidas administrativas “*sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas*”.

Sin embargo, el Convenio N°169, únicamente refiere sobre lo pertinente en su artículo 6 que se debe consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Así, actualmente se requiere en nuestro país que las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente reúnan los siguientes requisitos:

“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 reglada”.⁷¹

Es así como la utilización de nomenclatura ajena al Convenio N°169, y el establecimiento de consideraciones adicionales, ha tenido críticas por parte de la doctrina, tales como señala Isabel Aninat al señalar que: “Asimismo, la exigencia de requisitos adicionales no cumpliría con estándares internacionales, debiendo adoptarse una conceptualización más subjetiva, conforme a las percepciones de los propios pueblos indígenas”⁷².

En cuanto a lo anterior, en el marco del SEIA, en base a lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento de la CI, el artículo 85 del RSEIA entiende que la susceptibilidad de afectación directa se produce con la generación, por parte del proyecto o actividad, de alguno de los impactos ambientales significativos abordados en los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA, referidos a los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300, respectivamente. Estos son:

c) Reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sus sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.

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

Con todo, si bien el artículo 85 del RSEIA solo se refiere a tres de los seis impactos ambientales significativos contemplados en el artículo 11 de la ley N°19.300. de acuerdo al Instructivo del SEA sobre la materia ya mencionado, los demás impactos significativos también podrían manifestarse sobre los GHPI con ocasión de un proyecto o actividad, por lo que también

⁷¹ Aninat, I. (2022). El sistema político chileno y sus dilemas de gobernabilidad. Estudios Públicos, (169). pp. 4-5. https://static.cepchile.cl/uploads/cepchile/2022/09/pder369_IAninat.pdf

⁷² Ídem. pp.4.

se deben considerar en el análisis de SAD los demás numerales del artículo 11 de la Ley N°19.300 y del artículo 5, 6 y 9 del RSEIA, respectivamente, que no fueron contemplados expresamente en el artículo 85 del RSEIA. Vale decir:

- a) Riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de los efluentes, emisiones o residuos.
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire.
- c) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona.

En conclusión, de acuerdo con la normativa citada, en nuestro país, se entenderá que una RCA es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena si es que la actividad o proyecto sometida al SEIA genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley N°19.300 sobre algún GHPPI, como consecuencia directa del desarrollo de una actividad o proyecto ingresado mediante un EIA.

Adicionalmente es interesante destacar que, el RSEIA en su artículo 85 no menciona expresamente el requisito de la SAD en los términos precisos del Convenio N°169, sino más bien utiliza la expresión “que se afecte directamente”, siendo luego, el Instructivo del SEA, el que clarifica y asimila la SAD a la generación de impactos significativos en los términos del RSEIA. Así, el artículo 85 del RSEIA señala en una parte de dicha disposición que el PCI será procedente:

“en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”.

Por lo que esta norma no solo es estricta y restringida en términos de asimilar la SAD a la generación de impactos significativos en los términos de la LBGMA y del RSEIA, lo que limita la procedencia de la consulta indígena como lo analizamos anteriormente, sino que también, lo es cuando utiliza la expresión “afectación directa” y no “susceptibilidad de afectación directa”, siendo dos expresiones, que desde ya en su literalidad, representan diferencias en cuanto a la amplitud de supuestos subsumibles en ellas.

El hecho de que la CI encuentre cabida en la evaluación ambiental en la medida que logren adecuarse a las hipótesis de afectación directa contempladas en los literales del artículo 11 de la Ley y en los artículos pertinentes del RSEIA, supone en gran medida, materialidad de estos, por ello cuestiones vinculadas a su cosmovisión, identidad cultural y religiosidad si no se expresan materialmente, es difícil que puedan tener cabida en las mencionadas hipótesis. Ello, por cierto, es

contrario al mandato de la OIT en el sentido que la normativa jurídica de recepción del Convenio debe adecuarse a el con flexibilidad.⁷³

Esta mirada crítica ha sido reforzada por los tribunales de justicia. Una sentencia clave en este análisis, es la dictada el 21 de abril de 2021, del Primer Tribunal Ambiental, Causa Rol N° R-28-2020, la cual constituyó un relevante e hito, en la medida que primera vez un tribunal ambiental, fijó el sentido y alcance del término “susceptibilidad de afectación directa” a los pueblos indígenas, como requisito de procedencia de la Consulta a Pueblos Indígenas.

En este caso, el Primer Tribunal Ambiental acogió la reclamación interpuesta de en virtud por la *Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y Sus Afluentes*, en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, por la dictación de la Resolución Exenta N°77, en virtud de la cual se ratificó el contenido de la Resolución Exenta N°20200310113/2020, que a su vez rechazó el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N°33/2020, que rechazó la solicitud de invalidación de la RCA N°009/2019 que calificó ambientalmente favorable la DIA del proyecto “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”.

Sobre la SAD se ha dicho que el Primer Tribunal Ambiental adopta una noción bastante amplia al señalar:

“que la significancia derivada de la duración o magnitud de los impactos no puede ser el único criterio que guíe la protección de poblaciones o pueblos protegidos ya que precisamente es esa protección específica la que debe motivar cualquier tipo de decisión que los pueda afectar.”⁷⁴

Así también indica que:

“el concepto de significancia que pretende ser aplicado por la recurrida es un elemento que debe ser analizado a la luz de la autodeterminación cultural que rige en cada pueblo indígena. No es posible imponer o desconocer los propios criterios de poblaciones con cosmovisiones distintas, esto es, la visión de sus propias prioridades, y que la misma normativa reconoce en su afán de protección. Es así como el ya citado artículo 27 del RSEIA exige, para el análisis de susceptibilidad directa – no de impactos significativos–, que el Servicio considere los mecanismos de decisiones, las costumbres y estructuras organizativas propias de los pueblos indígenas. Así también lo previene el artículo 8° del Convenio N°169 al señalar: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”⁷⁵.

⁷³ Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Resolución sobre la acción de la OIT, concerniente a los pueblos indígenas y tribales* (76.ª Conferencia Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989).

⁷⁴ Primer Tribunal Ambiental: causa Rol N°28-2020; C. 64°.

⁷⁵ Primer Tribunal Ambiental: causa Rol N°28-2020; C. 66°.

Tales comentarios del tribunal se asocian a la relevancia de la SAD dentro de los requisitos a considerar para la habilitación de la consulta, pero comprendiendo que la SAD es un elemento que no se encuentra determinado de significancia del impacto ambiental que se puede provocar con ocasión del proyecto.

Con relación a la significancia, se puede basar tal concepto, de acuerdo con lo que afirma el autor Iván Hunter, en una noción que dé más importancia a aspectos socioculturales que aquellos que establece nuestro sistema, el que posiciona a la magnitud del impacto como aspecto a considerar en la afectación directa provocada por un proyecto o actividad de inversión. En consonancia el autor se refiere a la significancia de la siguiente manera, al mencionar que:

“este criterio extensivo aplicado tanto por la CS como por los TA se da respecto a una interpretación de Significancia que se comprende en lo que menciona la ley como requisito para la consulta indígena en un sentido de concebirla respecto a la autodeterminación cultural que rige en cada pueblo, donde estos tienen cosmovisiones distintas”.⁷⁶

En síntesis, la significancia se debe concebir respecto a los pensamientos e ideas que tiene cada pueblo indígena, en consideración de las cosmovisiones de estos, y su modo de ver los acontecimientos que puedan afectarlos o afecten directamente.

Y es respecto de estos aspectos socioculturales que la SAD toma una matiz más antropológica y sociológica que jurídica, esto al considerar los pensamientos basados en las cosmovisiones de estos pueblos como aspecto relevante para la determinación de este concepto, idea que se respalda en lo que detalla Ricardo López, al señalar que:

“La razón de por qué este punto es tan conflictivo radica en que escapa al ámbito del Derecho, inmiscuyéndose en el campo de la antropología, pues, en términos simples, aquello (una medida legislativa o administrativa) que no afecta a una persona o grupo de una determinada cultura sí puede afectar a una persona o grupo que provenga de una cultura distinta y viceversa, debido a que presentan diferentes referentes cognitivos”.⁷⁷

Esto en consideración del criterio ocupado por el Convenio N°169, que considera la susceptibilidad o la posibilidad afectación directa como concepto estrechamente vinculado a las cosmovisiones tradicionales de los pueblos indígena, cuya determinación surge del diálogo del Estado con los GHPPI, lo que cumple con el requisito de buena fe de la consulta, y que da al procedimiento un carácter más inclusivo y *ad hoc*, a lo que se espera por este tratado. Sin embargo,

⁷⁶ Hunter Ampuero, I. (2021). *Derecho ambiental chileno: Tomo I*. DER Ediciones. pp. 142 <https://www.derediciones.com/products/derecho-ambiental-chileno-tomo-i-ivan-hunter>

⁷⁷ López Vyhmeister, Ricardo, & Mohr Aros, Tania. (2014). *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?* Revista de derecho (Valdivia), 27(1). pp 7. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000100005>

esto puede no cumplirse en la aplicación práctica realizada por el órgano administrativo encargado de realizar este procedimiento en nuestro país, ya que la normativa interna vigente permite amplia discrecionalidad de la autoridad para la determinación de la admisible o no de la CI, y con ello, también, en la verificación de la susceptibilidad de afectación directa en el caso concreto.

Esto último se radica en lo que afirma el autor Luis Astudillo, haciendo una crítica al RSEIA y mirando el enfoque orientador del Convenio N°169, que aboga por la buena fe en el procedimiento y la participación de los pueblos indígenas:

“El D.S. N° 40, para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por su parte, establece que si el proyecto o actividad lo ameritan, ¿quién hace la definición del mérito?, no un diálogo entre el pueblo indígena y el Servicio de Evaluación Ambiental, ya que aparece como una facultad discrecional de la Administración determinar el mérito; aun cuando se deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4° de la Ley N° 19.300”.⁷⁸

Por lo tanto, una interpretación restrictiva de la normativa interna aplicable al SEIA y la actuación de dicho órgano en base a dicha interpretación, como se ha visto, no permite cumplir con los estándares de la CI exigidos por el Convenio N°169, y en concreto, no posibilita un procedimiento participativo fundado en el principio de buena fe.

Dando cuenta de lo explicado en este subtítulo, podemos determinar que el problema de la SAD implica un análisis más allá de lo jurídico, sino que también incluye un estudio sociológico y antropológico de las percepciones indígenas respecto de las fuentes de afectación que pueda comprometer sus intereses o a ellos mismos directamente.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, resulta importante destacar que, en el caso “Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche” ya citado, el Primer Tribunal Ambiental parece homologar la susceptibilidad de afectación directa del artículo 6.1 del convenio con la susceptibilidad de afectación del literal d) del artículo 11 de la ley, y con ello, es posible como plantea Gonzalo Sánchez, armonizar ambos cuerpos normativos⁷⁹.

Sobre este punto, el tribunal señala que “es el mismo artículo 11 literal d) de la Ley 19.300 el que discurre sobre la hipótesis de la susceptibilidad de afectación y no de impactos significativos, como pudiese entenderse de los otros literales”⁸⁰.

⁷⁸ Astudillo Becerra, L. F. (2017). *¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? (Una breve revisión a los D.S. N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social y N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente)*. Estudios Constitucionales, 15(1). pp. 144. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v15n1/art05.pdf>

⁷⁹ Sánchez, G. (2022). *Las consecuencias jurídicas de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno*. Revista De Derecho Ambiental, 2(18). pp. 267-268. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68558>

⁸⁰ Sentencia del Primer Tribunal Ambiental, R-38-2020, 21 de abril de 2021, considerando 65°

Luego indica que “es solo de esta manera que puede entenderse armónicamente el alcance y contenido del Convenio 169 y el derecho ambiental interno”.⁸¹

Así el Primer Tribunal Ambiental constata que nuestra legislación ambiental correctamente interpretada no establecería, en realidad, un requisito más exigente que el convenio mencionado para la procedencia de la consulta indígena en el sistema de evaluación de impacto ambiental, debiendo entender que:

“si bien los artículos 7, 8 y 10 del [reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental] originalmente se han previsto como complemento o detalle de los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley 19.300, respectivamente, la remisión que hace el artículo 85 del mismo reglamento debe aplicarse teniendo como piedra angular la susceptibilidad de afectación a la que se refiere el literal d) del artículo 11”⁸².

Ahora bien, en cuanto al sentido y alcance del impacto significativo asociado a este literal, Gonzalo Sánchez hace seis comentarios relevantes:

“En primer lugar, el énfasis debe colocarse en la localización. Esto se desprende del tenor literal d) del artículo 11 de la ley y del artículo 8 del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental que llama a esta circunstancia localización y valor ambiental del territorio. Como vimos, la proximidad debe considerarse en función del territorio: si el proyecto se localiza en el territorio indígena, se encuentra establecida la proximidad.

En segundo lugar, siguiendo el lenguaje del artículo 11 de la ley, el literal es una circunstancia o característica (la localización), pero no un efecto. La implicancia de esto es que solo respecto de los efectos se puede predicar qué es significativo, y a la inversa: no es posible decir que existe algo como una localización próxima significativa.

En tercer lugar, y como ya se ha tenido la oportunidad de señalar, el precepto solo exige susceptibilidad de afectación, es decir, potencialidad de alguna afectación. Se descarta que esta deba ser probada, pues basta la mera posibilidad de afectación para que se dé por cumplido el supuesto de hecho de la norma y se desencadenen sus consecuencias jurídicas, a saber, la presentación de un estudio de impacto ambiental e implementación de un proceso de consulta indígena previa y, como veremos, la presentación de medidas de reparación, mitigación o compensación. De esta forma, se elimina que sea un requisito de la norma la existencia de una afectación significativa o un efecto adverso significativo sobre el grupo humano indígena.

⁸¹ Primer Tribunal Ambiental: causa Rol N° 38-2020, de 21 de abril de 2021; C. 65°.

⁸² Ídem. C. 67°

En cuarto lugar, no procede exigir la concurrencia de otro impacto significativo establecido en un literal distinto para que se dé por concurrente el del literal d) del artículo 11 de la ley. De ser así, este último sería una norma redundante que no tendría ninguna utilidad y autonomía. Por tanto, no hay necesidad de que se produzca una «alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos» (literal c) o existan alteraciones al patrimonio cultural (literal f) para que se tenga por configurada la causal de ingreso del literal d) del artículo 11 de la ley. Tal como lo ha reconocido el Servicio de Evaluación Ambiental, estamos en presencia de un impacto significativo autosuficiente.

En quinto lugar, y como corolario de lo anterior, aparece del todo lógico la simple exigencia de susceptibilidad de afectación como causal de ingreso por el estudio de impacto ambiental que hace procedente la consulta indígena, pues es esta el mecanismo de diálogo intercultural adecuado para determinar la entidad de las alteraciones sobre los sistemas de vida, costumbres y patrimonio cultural de los pueblos indígenas.

Finalmente, y tal como ha razonado la Corte Suprema respecto a este mismo literal, pero en relación con las áreas protegidas, la sola susceptibilidad de afectación importa la necesidad de ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental «a través del instrumento de revisión más intenso contemplado en la legislación vigente, consistente en el estudio de impacto ambiental»⁸³.

Para esta línea interpretativa si un proyecto susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas ingresa mediante una DIA, es deber de la autoridad administrativa ordenar que el proyecto ingrese a través de un estudio de impacto ambiental, dado que si un proyecto que requiere ingresar al SEIA es susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas, el titular tiene la obligación de someterlo a evaluación través de un estudio de impacto ambiental y debe abrirse un PCI.

Lo anterior, sin embargo, asume que no resulta concebible que se decrete un proceso de consulta indígena en una Declaración de Impacto Ambiental, más vienes caso de verificarse la susceptibilidad de afectación en un procedimiento de estas características, se deberá poner término anticipado a la evaluación, debiendo el proyecto ingresar a través de un EIA, ofreciendo las correspondientes medidas de mitigación, compensación y/o reparación. Para estos efectos, las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas a que se refiere el artículo 86 del RSEIA juega un rol trascendental para efectos detectar la susceptibilidad de afectación a través de la interacción con los GHPPI y con ello corregir los vicios que surgen de omitir la CI.

Adicionalmente, tal como concluye el Instructivo N°161116 del año 2016:

⁸³ Sánchez, G. (2022). *Las consecuencias jurídicas de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno*. Revista De Derecho Ambiental, 2(18). pp. 267-268. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68558>

“En razón del análisis expuesto, se concluye que el impacto ambiental significativo establecido en el artículo 11 letra d) es autosuficiente, pues se refiere a un supuesto no abordado en el resto de los literales de dicho artículo, esto es, a la posibilidad de generar una afectación directa sobre GHPPI, afectación que a su vez consiste en los impactos del artículo 11 letra c) y f) de la ley N19.300”.⁸⁴

Con todo, a nuestro juicio, la los criterios jurisprudenciales y la doctrina aquí mencionada, permiten establecer con claridad que la SAD en los términos del Convenio N°169 no debe encontrarse supeditada a restricciones adicionales a las dispuestas en la reglamentación interna, aquello se encuentra respaldado por la jerarquía normativa de un tratado sobre estas materias, considerando que Chile la Constitución Política de la República reconoce jerarquía constitucional a los tratados de DD.HH., en virtud de la enmienda realizada al inciso 2° del art. 5 de la Constitución⁸⁵.

Lo anterior implica considerar que, independientemente a las interpretaciones restringidas que pueda invitar la normativa reglamentaria y el instructivo sobre la materia, como aquella que propicia la equivalencia de la SAD con los llamados “impactos significativos” en los términos de la Ley N° 19.300 y sus reglamentación específica en los artículos del RSEIA ya revisados, los órganos del Estado, y en específico, para estos efectos el SEA, deben dar aplicación al Convenio y aplicar la normativa con la flexibilidad y amplitud que requiere dotar de contenido y máxima satisfacción a los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo al mandado del Convenio en lo referente a la CI. Esto asume la necesidad no solo de revisar las instrucciones y criterios dictados por dicha autoridad sobre la materia, sino que también en su aplicación práctica al momento de determinar los requisitos habilitantes para la procedencia de la CI.

Adicionalmente, queda en evidencia que nuestro ordenamiento nacional es impreciso en cuanto a la SAD como requisito de la consulta, dejando este concepto aislado, lo que permite múltiples interpretaciones, e inexactitudes en cuanto a la práctica de los actores del proceso administrativo cuando hay proyectos o actividades que pueden ser susceptibles de afectar directamente. En términos sencillos, podemos exponer que el sistema chileno no goza de claridad, precisión o exactitud en cuanto a la SAD y su ámbito de aplicación en el SEIA, lo que ha traído críticas en la doctrina debido a la distancia del sistema chileno con relación a la interpretación y a la aplicación requerida por el Convenio N°169.

3. Conclusión de la Situación Actual de la Susceptibilidad de la Afectación Directa en el Ordenamiento Nacional

⁸⁴ Instructivo 161116, pág. 20 y 21.

⁸⁵ Campos, G. (2013). El control de convencionalidad en la jurisdicción chilena: La superación de los problemas de su *aplicación*. Revista de Derechos Fundamentales (Viña del Mar), (10). pp.73.

En síntesis, la SAD supone el desafío de que para su verificación se requiere un análisis que va más allá de las consideraciones jurídicas, requiriendo un marcado énfasis antropológico y sociocultural, que excluye al menos de forma exclusiva el mero contraste normativista del artículo 85 del RSEIA.

Es por ello, que las críticas actuales formuladas por la omisión de las potencialidades o susceptibilidades de afectación en la legislación nacional, generan un problema en nuestro país por la notable desventaja en comparación a otros sistemas internacionales, al tratarse de un proceso consultivo que no se adecua a cabalidad al Convenio N°169, y que trae aparejado un sistema estricto que limita las posibilidades de participación de los pueblos indígenas.

En este orden de ideas, lo anteriormente dicho es respaldado por el Observatorio Ciudadano del año 2020, al encontrar una incongruencia del sistema interno con el Convenio N°169, y al exponer una inexactitud en el concepto de afectación directa. Dicho texto menciona que:

“Ello, a pesar de que ha sido objetado por organizaciones indígenas y de la sociedad civil, así como por organismos internacionales, dado que tampoco cumple con los estándares internacionales sobre la materia. En este sentido, al igual que sucedía con el Decreto Supremo N° 124/2009, las objeciones a este segundo reglamento son tanto al proceso mediante el cual se adoptó como a su contenido. Las principales objeciones al contenido son, entre otras, en relación con el alcance que otorga el Estado al concepto de “afectación directa”; la restricción de las medidas administrativas a ser consultadas; la forma de determinar el sujeto de la consulta; la limitación a la justiciabilidad del derecho a la consulta; y la exclusión de los proyectos de inversión, los cuales no serían consultados en forma previa, sino una vez que ingresan al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), mediante una normativa diferente, que no habría sido consultada en forma adecuada a los pueblos indígenas”.⁸⁶

En conclusión, se puede reflejar una falta de uniformidad interpretativa importante respecto a la SAD como requisito de habilitación del PCI y en los estándares aplicados en el procedimiento, los que, en la práctica, dado el carácter restringido de la normativa interna, o bien de su interpretación, según sea el punto de vista, se alejan de los parámetros del Convenio N°169, lo que trunca el derecho de participación de los pueblos indígenas, en conjunto con el consentimiento y la buena fe que deben guiar tal proceso, cuando hay un proyecto o actividad que pueda afectar o afecte un interés de estos grupos humanos.

⁸⁶Observatorio Ciudadano. (abril de 2021). Derechos de Pueblos Indígenas y Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales en una Nueva Constitución para Chile: Estándares Internacionales y Comparados. pp. 46.

CAPÍTULO V: EL PROCESO DE CONSULTA INDÍGENA EN EL DERECHO COMPARADO

1. Aspectos Preliminares

Tras haber abordado las problemáticas a tratar respecto del PCI en la legislación como el sistema nacional, ahora cabe hacer un análisis de contraste de la aplicación del Convenio N°169 en otros ordenamientos jurídicos internacionales en los aspectos más relevantes a destacar.

Las legislaciones y su estudio se centrarán en su estructura y afinidad al Convenio, las cuales permitan generar posibilidades reales de participación de los pueblos indígenas en forma directa respecto de cualquiera decisión que implique la ejecución de actividades o proyectos de inversión que afecten directamente, o sean susceptibles de afectar, a los pueblos indígenas o sus intereses.

Es así, que se buscará exponer sistemas que apliquen íntegramente el principio de participación, que es principio fundamental del Convenio N°169, el que ampara: que los pueblos indígenas y tribales deban participar plenamente y ser consultados en todos los niveles de los procesos de toma de decisiones que les conciernen⁸⁷.

Es por ello, que a continuación se analizarán los siguientes ordenamientos jurídicos internacionales, particularmente los de Perú, Canadá y Noruega, para efectos de saber las medidas que han implementado estos países, como el enfoque que se ha dado en cuanto al PCI en cada una de estas naciones.

1.1 Situación en la Legislación del Perú

Los procesos de consulta previa indígena en Perú vienen aplicándose formalmente desde el año 2013, durante el gobierno de Ollanta Humala Tasso. Cabe destacar que posteriormente, se han seguido aplicando en todas las administraciones posteriores para quedarse como una realidad nacional, siendo un evento que no ha sido soslayado por la historia.⁸⁸

En Perú, en cuanto a la exigibilidad de la consulta previa indígena Juan Carlos Ruiz Molleda, señala que desde un análisis que atraviesa lo dogmático, jurisprudencial y normativo, el Estado de Perú al ratificar el Convenio N° 169, y por la interpretación de la Ley 28.237 el Código Procesal Constitucional que dispone:

⁸⁷ Greene, F. (2014). Consulta indígena en la experiencia comparada (Informe técnico). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria. pp. 2. <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2021/04/desc-y-derechos-pueblos-indigenas-observatorio-ciudadano-1.pdf>

⁸⁸ O'Diana Rocca, R. (2022). *La consulta previa en actividades extractivas: un análisis del balance y propuestas a 10 años de su aplicación en el Perú*. Derecho & Sociedad, (58). pp. 6. <https://doi.org/10.18800/dys.202201.009>

“Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales [o de rango constitucional] El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derecho humanos, así como de decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte”.

Concluye que la legislación peruana debe atenerse, idealmente, a los criterios internacionales que fijan y dotan de contenido a la consulta previa indígena⁸⁹, para ello es importante la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹⁰, la Comisión de Expertos de la OIT⁹¹, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹², entre otros organismos internacionales. Pero también señala que es necesaria la concordancia y desarrollo de los preceptos que pregonan las organizaciones y tribunales señalados previamente con la conciliación interpretativa y normativa del Estado de Perú.

Además, dentro de la conclusión de dicho autor se debe incorporar que, a diferencia de Chile, en donde los tratados internacionales, según la doctrina mayoritaria son interpretados desde la perspectiva de una jerarquía inferior a la constitución pero superior a las leyes, en Perú respecto de la interpretación que ha fijado el Tribunal Constitucional de aquel país conforme a una interpretación sistemática de la Constitución prevén que el rango es constitucional en esta materia, así lo han dispuesto en el fallo STC N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 31⁹³, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución Peruana. En consecuencia, la protección y cumplimiento de las directrices fijadas por el Convenio implica que sus normativas deben ser tratadas como si fueran normas constitucionales, cuestión que difiere y se problematiza comúnmente en Chile, pues pese a tener en nuestro artículo 5° de la Constitución en su inciso segundo una cláusula abierta para el resguardo y garantía de los tratados internacionales, se reitera en esta materia, han sido mayoritariamente equiparadas dichas convenciones y tratados internacionales al rango de inferior a la constitución pero superior a las leyes, siendo su ubicación jerárquica un espacio que genera debates doctrinales.⁹⁴

Por su parte, la orgánica de la consulta previa indígena no difiere en demasía de la consulta previa en Chile. Sin perjuicio de aquello, se hará un repaso de los aspectos más relevantes a tomar

⁸⁹ Ruiz Molleda, J. C. (2012). *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su reglamento*. Instituto de Defensa Legal. pp. 82.

⁹⁰ Ídem. pp. 89.

⁹¹ Ídem. pp. 84.

⁹² Ídem. pp. 78.

⁹³ STC 03343-2007-PA/TC, f. j. 31

⁹⁴ Ídem. pp. 25-26.

en consideración. Para ello es necesario primeramente ubicar normativamente los preceptos que regulan la consulta previa indígena en Perú.

En primer lugar, es necesario señalar que la consulta previa se encuentra en la Ley 29.785 que desarrolla el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, cuyo objeto es complementar y servir de base para la ejecución de las disposiciones del Convenio N°169. En seguida, el Reglamento D.S N° 001-2012-MC, el cual como la mayoría de los reglamentos en materia del Convenio N°169 especifica la adecuación a las directrices del convenio y adiciona los procedimientos y particularidades que el estado incorpora con el propósito de dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones internacionales asumidas formalmente.

Desde ya cabe advertir que la consulta previa en Perú es un requisito para la aprobación de una medida administrativa o legislativa que afecte derechos colectivos e individuales de las personas pertenecientes a pueblos indígenas. Aunque debemos señalar que el avance del concepto es únicamente parcial, pues por ahora, a nivel nacional la consulta solo se aplica a medidas administrativas.⁹⁵

Los aspectos relevantes a destacar sobre el proceso de consulta previa indígena en Perú, los podemos encontrar en las fases del mismo, vale decir: proceso de consulta y duración de las etapas, encontramos la etapa de la identificación de la medida consultada, etapa de identificación del pueblo indígena a consultar, etapa de la publicidad de la medida consultada, etapa de información (entre 30 y 60 días máximo), etapa de evaluación interna (30 días máximo), etapa de dialogo (30 días máximo) y etapa de decisión. En la práctica no necesariamente se respetan esos plazos.⁹⁶

También es necesario destacar que producto de la realización de los procesos de consulta previa indígena se han derribado 2 mitos importantes en tierras peruanas, lo cual en cierto sentido es lo que permite evidenciar un aspecto aspiracional que debiera optar todo modelo que resguarda los derechos de los pueblos indígenas. Así en Perú los 2 mitos que se han derribado han sido los siguientes; el primero de ellos refiere a que la consulta indígena solo es referida a proyectos de extracción e interrupción de inversiones, cuestión que no es así, pues desde el 2013 hasta el 2022, sobre la base de 73 proyectos, solo 43 han sido de aquella índole (30 mineros y 13 de hidrocarburos). Por lo que, también se concluye que existen procesos de consulta sobre medidas de aplicación general como reglamentos de leyes o políticas públicas, consultas referidas a paisaje cultural o a la creación de áreas naturales protegidas, lo cual configuraría la otra cantidad de proyectos restantes que han sido objeto de la consulta previa indígena.

El segundo mito refiere al retraso de las inversiones, cuestión que ha sido desmentida puesto que en la práctica por regla generalísima la consulta previa indígena ha sido realizada dentro

⁹⁵ O'Diana Rocca, R. (2022). *La consulta previa en actividades extractivas: un análisis del balance y propuestas a 10 años de su aplicación en el Perú*. Derecho & Sociedad, (58). pp. 4.

⁹⁶ Ídem. pp. 5.

de los plazos establecidos por la ley no ocasionando mayores perjuicios de dilatación, cuestión que en Chile es controvertido por la orgánica y práctica institucional llevada a cabo por el SEA y otros organismos cuyos permisos y autorizaciones son necesarios para continuar con proyectos o actividades de inversión⁹⁷. Sobre este último punto, el cual no se tratará con mayor detalle, pero sí se hará una debida mención, se asientan discusiones económicas, políticas y gubernamentales referidas a la denominada “permisología ambiental”, que consiste en un fenómeno que deviene en someter actividades o proyectos de inversión a un régimen de evaluación ambiental que implica un sinnúmero de permisos y autorizaciones sectoriales que se requieren para poder ser llevados a cabo, originando opiniones divididas, mayoritariamente entre el Derecho Ambiental y sus principios vinculados a la sostenibilidad, prevención y precaución con el Derecho Económico y de Propiedad.

Sobre la efectividad de los procesos de consulta previa indígena, se establece dentro de la media de los 73 casos anteriormente señalados que solo en uno de ellos ha derivado en un desacuerdo manifiesto por parte del pueblo indígena consultado, aspecto que no hace más que evidenciar que no es tan problemático como se planteó en su momento en el debate político-legislativo.

En cuanto a las similitudes con la legislación nacional, son prácticamente idénticas en la mayoría de las definiciones y procedimiento per se. Sin embargo, y aunque no propiamente contemplado en la ley y reglamento se encuentra una distinción respecto de un importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional de Perú, el cual ha sostenido en virtud de materias sometidas a su conocimiento y relativas a la consulta previa indígena -en donde mayoritariamente han interpretado y reproducido los argumentos que han sostenido los organismos internacionales a propósito de la correcta interpretación de la consulta previa-, el deber del Estado peruano en respetar las obligaciones asumidas a propósito del Convenio N° 169 empleando todo el aparato estatal en la medida de lo posible.

Atendido el mérito de lo anteriormente desarrollado, es posible determinar que en cuanto al principio de participación que pregona el Convenio, ergo, deben garantizar los estados parte.

Luego de haber visto argumentos desarrollados anteriormente, es posible dar cuenta de que existe una clara manifestación del principio de participación como una máxima rectora del sistema peruano. En este sentido, por la misma consagración ratificada en la DNUDPI en su artículo 32 que refiere a la buena fe y en una diversidad de fallos de los tribunales peruanos se concluye que hay un gran nivel de satisfacción o, si se quiere, acatamiento a las directrices que fija este principio. El sistema peruano tiene como principal diferencia rescatable, la práctica amplia y ajustada al Convenio N°169 de las instancias de participación, más que cualquier otro tópico, ya que en lo que respecta a la SAD, este sistema, si bien en la práctica resulta estar más arraigado la

⁹⁷ Ídem. pp. 8.

SAD que el sistema chileno, no se expresa de dicha manera en sus normas, ni tampoco en la plenitud de las resoluciones de los tribunales.

1.2 Panorama del PCI en el Sistema Noruego

Siguiendo el análisis de los sistemas que contemplan una tesis amplia, es que parece adecuado hablar de una nación de las cuales en muchos aspectos han implementado medidas muy eficaces para mejorar la calidad de vida y los derechos de sus habitantes. Es que Noruega, que se encuentra en la otra punta del globo, y poseedor del segundo lugar en el Índice de Desarrollo Humano del año 2023⁹⁸, el que ha sido aparejado en conjunto con el respeto de los derechos de los pueblos indígenas respaldado en la conformación de un PCI ejemplar a los ojos del Convenio N°169.

Noruega fue la primera nación en ratificar el Convenio N°169 en el mundo, haciéndolo el 07 de junio de 1990, posteriormente reguló la consulta previa del tratado mediante un Acuerdo de Procedimientos de Consulta entre la población indígena Sami y el gobierno noruego.

Por otra parte, un informe de BCN de Chile hace un análisis de derecho comparado y menciona que:

“El Acuerdo prevé que las autoridades estatales deben notificar a las comunidades locales u otras entidades sami específicas, en caso de que puedan verse afectadas directamente por medidas legislativas o administrativas, y deben coordinar dichos procesos de consulta con el Parlamento Sami de Noruega (Sámediggi), órgano político independiente representativo de los Sami en este país”.⁹⁹

Esto da cuenta del seguimiento fehaciente al convenio del sistema escandinavo, al considerar la SAD o la posibilidad de afectación directa de las medidas legislativas o administrativas que puedan llevarse a cabo.

En el país hay un diálogo permanente entre el gobierno y el Parlamento Sami cuando hay decisiones que pueden afectar un interés de este pueblo, lo cual se refleja en la buena fe de la consulta y en el acuerdo o consentimiento que se busca por medio de las observaciones de estos grupos.

⁹⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2024). *Informe sobre Desarrollo Humano 2023-2024: Romper el bloqueo: Reimaginar la cooperación en un mundo polarizado*. pp. 41. <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2023-24>

⁹⁹ Greene, F. (2014). *Consulta indígena en la experiencia comparada* (Informe técnico). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. pp. 8.

Es menester mencionar, que este sistema resulta ser un muy buen ejemplo de toma de decisiones en conjunto cuando se practica el PCI, y así lo corrobora la OIT al evidenciar que: “el examen de las actas de las reuniones semestrales (2005-2012) revela que muchas de las cuestiones presentadas o analizadas se basan en iniciativas o estudios emprendidos por el Sámediggi o por el Estado, y están relacionadas mayormente con decisiones de gobernanza y administrativas más amplias, y no con decisiones administrativas específicas”¹⁰⁰. Siendo esto uno de los puntos más destacables de la aplicación del sistema noruego, ya que muchas veces en nuestro país gran parte de las decisiones son decisiones administrativas específicas del SEA.

Las consultas se integran en el marco del diálogo continuo y de la acción sistemática y coordinada. Paulatinamente, este planteamiento va forjando la confianza y la capacidad de las partes en el proceso, da mayor margen al acuerdo, y finalmente permite ahorrar tiempo y recursos. Por lo que, el hecho de incluir íntegramente a los pueblos indígenas en el procedimiento de evaluación, no significan por ello necesariamente en una traba tajante a un proyecto o actividad de inversión, sino que, todo lo contrario, es una oportunidad de lograr acuerdos o el consentimiento de los participantes de la consulta.

Por último, queda de manifiesto que la particularidad del sistema noruego ha dado sus resultados eficientes a pesar de que el Sameddigi carece de facultades legislativas, pero de los cuales ha implementado la consulta previa acorde a los parámetros y requisitos del Convenio N°169, y en donde el dialogo y el respeto estricto con el pueblo Sami ha significado en una correcta aplicación del procedimiento de consulta que es un ejemplo a nivel mundial.

Nuevamente, se logra apreciar con gran evidencia un nivel satisfactorio de aplicación del principio de participación por el país de Noruega, puesto que inmiscuye a los pueblos indígenas en las decisiones administrativas y legislativas, de tal manera que todo evento de proyecto o actividad susceptible de ocasionar alguna clase de afectación, en sentido amplio, a la integridad de los pueblos indígenas vierte en la indispensable necesidad de la consulta.

1.3 Panorama del PCI en el Sistema Canadiense

Ahora bien, ahora analizaremos el sistema canadiense, el cual, si bien ha ratificado la DNUDPI no lo ha hecho respecto del Convenio N°169 de la OIT, pero de los cuales establece un sistema respetuoso de los derechos de estos pueblos, e incluso más apegado al espíritu del Convenio, que el sistema chileno.

¹⁰⁰ Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Procedimientos para la celebración de consultas con los pueblos indígenas: Experiencias de Noruega*. pp. 32.
https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40gender/documents/publication/wcms_534669.pdf

Como dato orientador, La Ley Constitucional de 1982 reconoce tres grupos de Pueblos Aborígenes: Indígenas, Inuit y Métis. En Canadá, los Pueblos Indígenas siguen siendo perjudicados por la falta de reconocimiento de sus derechos y títulos de propiedad, los efectos negativos de las industrias extractivas sobre dichos derechos y la lenta implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Al mismo tiempo, los Pueblos Indígenas enfrentan desigualdades sociales de larga data en áreas como la atención médica, la educación, el bienestar infantil y la continua crisis de violencia contra las mujeres y niñas indígenas”.¹⁰¹

Sin embargo, y a pesar de los males históricos que han vivido los pueblos indígenas en Canadá, el gobierno y la institucionalidad política del país han hecho esfuerzos considerables para poder proteger a los aborígenes. Dichos esfuerzos se siguen fortaleciendo, y ejemplo de ello es la creación de un Protocolo de Consulta entre el gobierno y tres naciones Inuu en este año, así lo respaldan las informaciones de la página del Gobierno de Canadá, en donde señala que:

“Las Primeras Naciones Innu de Pekuakamiulnuatsh, Essipit y Nutashkuan, con una población total de más de 14.449 miembros, están colaborando en un acuerdo de protocolo de consulta para fortalecer los procesos de autodeterminación para la participación en decisiones federales que puedan afectar sus derechos”.¹⁰²

Esto refleja un trabajo del gobierno canadiense dirigido a un procedimiento de consulta en donde se garantiza la participación de los pueblos cuando pueda haber situaciones que afectan sus derechos e intereses.

No obstante, esto no solo significan medidas del gobierno, sino un sistema que debe ser implementado en todo el país, al regularse la protección de los derechos individuales de los pueblos indígenas expresamente regulados en la Constitución Canadiense en los artículos 25 y 35 de la Carta Magna.

Esto es ratificado por el razonamiento del Tribunal Nacional, al mencionar que: “una implicación general muy importante del artículo 35 es la obligación de consultar a los pueblos indígenas con respecto a cualquier conducta que pueda repercutir negativamente sobre los derechos indígenas ancestrales o conferidos por tratados. Así, por ejemplo, los gobiernos deben consultar a los indígenas sobre los proyectos de carreteras u oleoductos y gasoductos que vayan a

¹⁰¹ International Work Group for Indigenous Affairs. (2023). <https://iwgia.org/es/canada.html>

¹⁰² Government of Canada. (5 Marzo de 2025,). *Canada and three Innu First Nations sign a consultation protocol to strengthen nation-to-nation dialogue*. <https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2025/03/canada-and-three-innu-first-nations-sign-a-consultation-protocol-to-strengthen-nation-to-nation-dialogue.html>

pasar por tierras indígenas”¹⁰³. Es decir, confirma la intención del ordenamiento canadiense de consultar a los pueblos indígenas en caso de una actividad que pueda afectarles en forma directa o repercutir negativamente sobre sus derechos.

A su vez, si bien Canadá no ha ratificado el Convenio N°169, sí lo ha hecho respecto de la DNUDPI, lo cual hace que el proceso de consulta sea muy similar a la que establece el Convenio, al poseer dentro de los principios orientadores del PCI el principio del consentimiento libre, previo e informado que aclara e impulsa el deber constitucional de realizar consultas, cuyo caso cabe destacar ya ha sido reafirmado por los tribunales canadienses.

Es por ello, que, en complemento de la DNUDPI, Canadá creó la Ley sobre de la DNUDPI, la cual exige que el Gobierno de Canadá, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tome todas las medidas necesarias para que las leyes sean congruentes con la DNUDPI, y dando la responsabilidad al gobierno la elaboración de un plan de acción y la presentación de informes periódicos sobre sus avances.

En síntesis, el sistema canadiense posee legislaciones que regulan el PCI en cuerpos normativos como la DNUDPI y la Constitución Canadiense, y de los cuales establece una postura amplia en la jurisprudencia como en su normativa nacional, al tener por incorporada la obligación de consultar a los pueblos indígenas cuando hay vulneración de derechos o afectación a sus intereses.

Al igualmente, que, con Perú y Noruega, pese a no estar circunscrito en aquellos estados que son parte del Convenio N°169, hay un gran nivel de cumplimiento a la luz de las directrices del principio de participación, afianzándose una normativa que robustece la protección a los pueblos indígenas.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

Ya habiendo hecho un estudio analítico de las problemáticas existentes en el PCI nacional en comparación con los estándares del Convenio N°169 y con la aplicación del procedimiento de consulta previa indígena en los sistemas extranjeros expuestos (Perú, Canadá y Noruega), podemos encontrar deficiencias normativas e interpretaciones restrictivas que han impedido, a diferencia de sistemas extranjeros, una mayor adecuación al espíritu del mandato del Convenio N°169 y los principios del derecho ambiental a nivel general, principalmente, cuando nos adentramos en los factores consistentes en la participación de los pueblos indígenas en las decisiones administrativas y/o legislativas, la procedencia de la consulta y a lo que refiere la incorporación u omisión de la SAD en nuestro ordenamiento jurídico como su determinación discrecional por parte de la autoridad.

¹⁰³Corte Suprema de Ecuador. (2024). *Aboriginal rights in Canadian law*. (versión en español) https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/Canada/Aboriginal-Rights-in-Canadian-Law_July-2024_ESP.pdf

En cuanto a la procedencia de la consulta indígena, el sistema nacional de conformidad con la tesis estricta, ya tratada en el capítulo III del presente trabajo, establece actualmente una normativa alejada de los propósitos con que el Convenio N°169 estableció la consulta previa indígena, al consagrar en el RSEIA en su artículo 85 como requisito del PCI un impacto significativo producido por medidas administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas o los intereses de aquellos, lo cual requiere someter el proyecto o actividad de inversión a un EIA según lo normado en el artículo 11 de la LBGMA, como en los artículos 7°, 8° y 10 del RSEIA. Esto equivalencia entre la SAD y los impactos significativos del artículo 11 de la LBGMA, dan como consecuencia un agregado de requisitos que restringen los alcances del tratado internacional asociado a estas materias.

Dichas restricciones que contempla nuestro sistema en virtud de tener al EIA como único mecanismo procedente para la consulta indígena, dificulta, en la práctica que el órgano administrativo competente en estas materias pueda perseguir la aplicación más armónica del Convenio N°169, como también, los principios generales del principio del Derecho en general y del Derecho Ambiental que son aplicables al objeto de estudio de este trabajo, entre ellos, el principio de participación, el principio de igualdad. Este resulta ser es uno de tantos que persigue intrínsecamente el Convenio N°169, tal como explica Enrique Navarro al exponer que:

“El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”.¹⁰⁴

A su vez, el TC aboga por la garantía de igualdad ante la ley, destacando que:

“este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan un desarrollo equitativo, franqueando un especial de derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, determinadas situaciones disminuidas, en línea con instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo al otro”.

En este sentido, el TC se ajusta a la idea de que el principio de la igualdad ante la ley debe ser considerado y respetado cuando se trata de los derechos de los pueblos indígenas, inclusive su oportunidad de participación en procesos de evaluación ambiental, sin embargo, esto no solo implica que proceda en los términos de la fórmula de igualdad ante la ley -aquella entendida como

¹⁰⁴ Bassa Mercado, J. A. (Ed.). (2019). *Jornadas Chilenas de Derecho Público* (45.ª ed., Valparaíso, Chile). Universidad de Valparaíso, Escuela de Derecho.

la igualdad con la que deben ser tratados los administrados por los tribunales de justicia cuando estos aplican el derecho-, sino que también es importante la necesidad de una igualdad en la ley, es decir, la igualdad que se plasma en la legislación de un asunto en materia de ley. El último punto referido es congruente con el artículo 19 N°2, inciso de segundo de la CPR¹⁰⁵, que, sin ir más lejos, permite apreciar notablemente respecto de la regulación del PCI la vulneración al principio igualdad en contraste con los otros mecanismos de participación que dispone el legislador en esta materia.

Como tercer principio afectado por el ordenamiento jurídico chileno en estas materias, podemos mencionar al principio de acceso a la justicia ambiental de los GHHPI, los que dadas las restricciones normativas existentes para su adecuada participación ante una medida administrativa que les afecte, se ven limitados, luego en la posibilidad de justificar su legitimación activa para impugnar judicialmente las decisiones que les afectan dictadas en el procedimiento administrativo. Por último, y tratado como un requisito de la consulta previa indígena por el Convenio N°169, quedaría de manifiesto una inobservancia al principio de buena fe que se busca respecto al acuerdo o consentimiento que se debe conseguir en este procedimiento consultivo.

Otro tanto, aplicable a principios que se correlacionan con la consulta previa indígena, y en afirmación de nuestra postura, que debiesen ser respetados e incorporados de mejor manera en la legislación, practica administrativa y cultura jurídica nacional, son los reconocidos principios de prevención y precautorio en materia de Derecho Ambiental, los cuales suponen que los Estados y los operadores jurídicos del sistema deben emplearlos en la interpretación, creación y aplicación de su normativa ambiental, como también en sus presupuestos ante esta materia, evitando o minimizando los impactos o daños al medio ambiente cuyo riesgo sea conocido y medible (principio de prevención) e inclusive incierto (principio precautorio).

Creemos que el reforzamiento y potencialización del principio precautorio sería una medida más apegada al espíritu del Convenio N°169 y al respeto de la generalidad de los principios atinentes en materias de este procedimiento.

En consecuencia, y ya habiendo comentado los aspectos culminantes del análisis desarrollado, sostenemos que actualmente Chile tiene tareas pendientes respecto a la adecuación de la normativa interna de la consulta previa indígena a la luz de Convenio N°169, como también en su aplicación práctica en el SEIA, por el órgano competente, como también por la judicatura, pues la consulta no se encuentra garantizada en los términos que persigue dicho instrumento, sino

¹⁰⁵ Artículo 19 N° 2, inciso segundo de la CPR: “Ni ley ni autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias.”.

que, por el contrario, algunos de sus elementos basales han sido matizados y restringidos en formas que han suscitado inmenso debate por alejarse del tratado.

Por consiguiente, un sistema que como se ha reiterado, comete el primer sesgo en la manifiesta falta de igualdad en la ley respecto de los mecanismos de participación de los pueblos indígenas, seguido de un tratamiento hostil, errático y no uniforme de los tribunales en periodos concretos que han sido desarrollados en el presente trabajo, en adición de una práctica institucional, que ha tendido a socavar los derechos de los pueblos indígenas, discurre en suma, en la afectación a los diversos principios del Derecho Ambiental que transgreden la posibilidad de una tutela judicial efectiva ajustada en atención a los más altos estándares de un justo y racional procedimiento, entendiéndose que debido a las inconsistencias y falta de garantías ya referidas en materia de consulta previa indígena, deviene en que éstos han quedado constreñidos a utilizar la vía administrativa y de la justicia ambiental ante un sistema fallido que resguarde sus derechos.

De todos modos, es necesario advertir que los principios ambientales en la actualidad son indispensables para guiar a los tribunales con competencia ambiental, siendo una herramienta que orienta constantemente en sus decisiones. La relevancia de estos principios para la interpretación respecto de conflictos de índole tan sensible e importante colectivamente como lo son las controversias en materia ambiental, en la actualidad responde a problemas cuya permeabilidad-dinámica social, económica y política se encuentra en permanente mutación, debiendo atenderse a sus directrices que se ajustan a distintos contextos, pero con el deber de no perder de vista sus grandes fundamentos orientadores.

Por lo tanto, y como medida a promover en este trabajo se destaca la necesaria modernización o reforma de la normativa ambiental vigente, ya que el hecho de respetar y aplicar los principios de buena fe, igualdad, acceso a la justicia y de participación, significaría en un sistema moderno que aboga por el fidedigno cumplimiento de los principios preventivo y precautorio en estas materias, lo que se traduciría en la aceptación en el SEIA de un adecuado entendimiento de la potencialidad de afectación directa como factor gatillante de la CI, o eventualmente, de la procedencia de la CI ante una DIA, excluyendo, esta vez en serio, el tradicional criterio de equivalencia de la SAD con los llamados impactos significativos señalados en la LBGMA y desglosados en el RSEIA, lo que traería aparejado una mayor garantía y respeto a los derechos de los pueblos indígenas como cualquier interés que puedan afectar los estilos de vida o la cosmovisión de estos grupos humanos; y, como consecuencia de ello, la impetración de un sistema donde sea factible un desarrollo sostenible, legal y conjuntamente adecuado, en respeto de las comunidades y en conjunto con ellas.

Bibliografía Citada:

- Aguas, J.; Nahuelpán, H. (2019). Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad*, 29 (1). Recuperado en <https://dx.doi.org/10.7770/0719-2789.2018.cuhso.04.a01>
- Anaya, J. (3 de septiembre de 2009). Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco La Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75*. Recuperado en <https://www.refworld.org/es/ref/informision/cdhonu/2009/es/68863>
- Aninat, S. (17 de abril de 2014). Los desafíos pendientes del Convenio N°169. *Centro de Estudios Públicos*. Recuperado en <https://www.cepchile.cl/investigacion/los-desafios-pendientes-del-convenio169/https://www.cepchile.cl/investigacion/los-desafios-pendientes-del-convenio-169/>
- Astudillo Becerra, L. F. (2017). *¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? (Una breve revisión a los D.S. N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social y N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente)*. *Estudios Constitucionales*, 15(1). Recuperado en <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v15n1/art05.pdf>
- Barría, J. (2019). La consulta indígena en la institucionalidad ambiental de Chile: consecuencias para la minería y las comunidades indígenas collas de la región de Atacama. *Investigaciones Geográficas*, (57). Recuperado en <https://doi.org/10.5354/0719-5370.2019.53490>
- Carmona, C. (2020). EVALUACIÓN AMBIENTAL, CONSULTA INDÍGENA Y EL “DESPLAZAMIENTO” DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Revista De Derecho Universidad De Concepción*, 88 (248). <https://doi.org/10.29393/RD248-17EACC10017>
- Contesse, J. (2012). El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. *Ediciones Universidad Diego Portales*. Recuperado en <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wpcontent/uploads/2020/12/Convenio1692012.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 noviembre de 2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), San José.
- Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y Tribales

- Donoso, S. (2016). *Declaraciones de impacto ambiental y consultas indígenas en el SEIA: impacto a la tendencia de homologación*. Instituto Libertad y Desarrollo. Recuperado en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-57-83-Declaraciones-de-impacto-ambiental-y-consultas-indigenas-en-el-SEIA-impacto-a-la-tendencia-de-homologacion-SDonoso.pdf>
- Durán, Soto, Á. (2021). *LA SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL*. Revista De Derecho Universidad De Concepción, 89(250). <https://doi.org/10.29393/RD250-11SAAD10011>
- González, P., & Quiroz, L. (2013). Alcance de la consulta previa del convenio No. 169 de la OIT y su interpretación restrictiva en Chile: un riesgo latente para la protección efectiva de los pueblos indígenas. *Revista De Derecho Ambiental*, (4). Recuperado en <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/30256>
- González, P., & Quiroz, L. (2013). Alcance de la consulta previa del convenio No. 169 de la OIT y su interpretación restrictiva en Chile: un riesgo latente para la protección efectiva de los pueblos indígenas. *Revista De Derecho Ambiental*, (4). Recuperado en <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/30256>
- Greene, F. (2014). *Consulta indígena en la experiencia comparada* (Informe técnico). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Hervé, D. (2015). *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificie Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado en <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68558>
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Procedimientos para la celebración de consultas con los pueblos indígenas: Experiencias de Noruega*. Recuperado en https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40gender/documents/publication/wcms_534669.pdf
- Instructivo SEA 16116 de 2016. Recuperado en https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_ndeg_161116.pdf
- Hunter Ampuero, I. (2021). *Derecho ambiental chileno: Tomo I*. DER Ediciones. <https://www.derediciones.com/products/derecho-ambiental-chileno-tomo-i-ivan-hunter>
- Leppe Guzmán, Juan Pablo. (2015). Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental: Análisis de una relación normativa. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (44). Recuperado en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100011>

- López Vyhmeister, Ricardo, & Mohr Aros, Tania. (2014). *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?* Revista de derecho (Valdivia), 27(1). Recuperado en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000100005>
- Meza-Lopehandía G., M. (2016). LA JURISPRUDENCIA DEL MULTICULTURALISMO EN CHILE: LA CONSULTA PREVIA INDÍGENA ANTE TRIBUNALES. *Revista De Ciencias Sociales*, (69). Recuperado en <https://doi.org/10.22370/rscs.2017.69.932>
- Observatorio Ciudadano. (abril de 2021). DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN UNA NUEVA CONSTITUCION PARA CHILE: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y COMPARADOS.
- O'Diana Rocca, R. (2022). *La consulta previa en actividades extractivas: un análisis del balance y propuestas a 10 años de su aplicación en el Perú*. Derecho & Sociedad, (58).
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas. *Departamento de Normas Internacionales del Trabajo*. Recuperado en <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Procedimientos para la celebración de consultas con los pueblos indígenas: Experiencias de Noruega*.
- Parot, G. (2013, junio 21). *La procedencia de la consulta indígena*. Universidad de Chile. Recuperado en <https://uchile.cl/noticias/102356/la-procedencia-de-la-consulta-indigena>
- Primer Trámite Constitucional Senado: Mensaje de la Historia de la Ley Sobre Las Bases Generales del Medio Ambiente N°19.300 (pdf) (14 septiembre 1992). *Biblioteca del Congreso Nacional*.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2024). *Informe sobre Desarrollo Humano 2023-2024: Romper el bloqueo: Reimaginar la cooperación en un mundo polarizado*.
- Ruiz Molleda, J. C. (2012). *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su reglamento*. Instituto de Defensa Legal.
- San Martín, C. (2015). *LA IMPLEMENTACIÓN DE “LA CONSULTA” DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN CHILE: LAS IMPLICANCIAS PARA LA GRAN MINERÍA*. Universidad de Chile. [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile].

Repositorio Académico de la Universidad de Chile. Recuperado en https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130584/Tesis_OK.pdf?sequence=4

- Sánchez, G. (2022). *Las consecuencias jurídicas de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno*. Revista De Derecho Ambiental, 2(18).

- Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). (24 de agosto 2016). Instructivo sobre el proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de impacto Ambiental. *Oficio ordinario N°161116 SEA*. Recuperado en

https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/instructivos/of_ord_ndeg_161116.pdf

- Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). (24 de agosto 2016). Instructivo sobre el proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de impacto Ambiental. *Oficio ordinario N°1611/16 SEA*.

- Servicio de Evaluación Ambiental. Recuperado en <https://www.sea.gob.cl/portal-de-participacion-ciudadana-y-consulta-indigena/proceso-de-consulta-pueblos-indigenas-pcpi-0>

- Servicio de Evaluación Ambiental. <https://www.sea.gob.cl/portal-de-participacion-ciudadana-y-consulta-indigena/proceso-de-consulta-pueblos-indigenas-pcpi-0>