

**Revista de Derecho Ambiental. Año IV N° 6.**



**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

**Director Responsable**

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

**Editor Responsable**

Jorge Ossandón Rosales

**Comité Editorial**

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción  
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso  
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile  
Dra. Pilar Moraga Sario, Universidad de Chile  
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco  
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)  
Centro de Derecho Ambiental  
Facultad de Derecho. Universidad de Chile  
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile  
+562 29785354  
[cda@derecho.uchile.cl](mailto:cda@derecho.uchile.cl)  
<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons  
atribución - compartir igual 4.0 internacional



**Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT**

*Performance of the Environmental Impact Assessment System (SEIA) at channeling indigenous consultation of the ILO Convention 169*

**Carolina Silva**

Abogada, U. Chile

[carolinasilveli@gmail.com](mailto:carolinasilveli@gmail.com)

**Gonzalo Parot**

Abogado, U. Chile

[gparot@gmail.com](mailto:gparot@gmail.com)

**Resumen:** A partir de un desarrollo jurisprudencial, se ha adoptado el criterio regulatorio de canalizar la consulta indígena para proyectos de inversión, deber del Estado conforme a las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, a través de la evaluación de impacto ambiental. El presente artículo revisa, a partir de la doctrina y los precedentes administrativos disponibles, el desempeño de la consulta indígena en el SEIA. Para ello, se consideran como principales obstáculos la oportunidad de la consulta, la equivalencia de impactos significativamente adversos con la susceptibilidad de afectación indígena y la finalidad de ambos procedimientos. En esta línea, se analiza el cumplimiento de los requisitos de la consulta de buena fe, llegar al consentimiento o lograr un acuerdo y de procedimientos adecuados. Finalmente, se concluye que el SEIA presenta particularidades relevantes que dificultan la canalización de la consulta, de lo que se sigue la necesidad de mejorar el marco regulatorio o de revisar la decisión de mantener la consulta en el SEIA.

**Palabras clave:** Consulta indígena, Convenio N° 169 de la OIT, evaluación ambiental, Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

**Abstract:** Starting from a jurisprudential development, a regulatory criterion has been adopted to canalize the indigenous consultation regarding investment projects (a State duty under the Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries of the ILO, C169) through the environmental impact assessment system (SEIA). The article reviews, by analyzing doctrine and available administrative precedents, the efficiency of indigenous consulting procedures in the SEIA. Considering as main obstacles the timing of the indigenous consultation; the equivalence of significantly adverse impacts with the susceptibility of indigenous affectation; and the finality of both procedures, the analysis evaluates fulfillment of the requirements of good faith, of reaching agreement or consent, and appropriate procedures. The article concludes that the SEIA has specific and relevant particularities that hinder an efficient indigenous consulting. For this reason, it is

*so necessary improve regulatory framework or review the permanence of indigenous consulting within the SEIA.*

**Key words:** *Indigenous consultation, ILO Convention N° 169, environmental evaluation, Environmental Impact Assessment System (SEIA).*

## **Introducción**

En una paulatina adaptación a los criterios de la Corte Suprema, al día de hoy se ha establecido una institucionalidad específica para dar cumplimiento al deber de consulta a los pueblos indígenas emanada del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT (Convenio N° 169 o Convenio). Tratándose de proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), se ha asentado la integración del proceso de consulta con la evaluación de los impactos generados sobre el medio ambiente, así como la asimilación de los criterios para determinar la procedencia de la consulta con aquellos que determinan los impactos ambientales más significativos. Teniendo presente esta decisión regulatoria, el objetivo del presente artículo es exponer sobre el desempeño, las fortalezas y las debilidades que ha demostrado el SEIA para canalizar los procesos de consulta previa requeridos por el artículo 6° del Convenio, considerando asimismo las lecciones otorgadas por la práctica de estas consultas dentro del sistema.

Como se desarrollará a lo largo del análisis, la tesis central radica en la actual incapacidad del SEIA para llevar a cabo un procedimiento que tanto por su oportunidad - consulta previa- como por su objetivo -llegar al consentimiento o lograr un acuerdo, de buena fe- presenta características incompatibles con una adecuada evaluación de impactos ambientales. Si bien la solución a esta incapacidad ya escapa a los alcances de este artículo, a raíz de esta conclusión puede sostenerse que las decisiones regulatorias a futuro deberán propender a radicar las competencias y mecanismos para hacer frente al Convenio N° 169 fuera del SEIA o, alternativamente, a robustecer y compartimentar adecuadamente las instancias de la evaluación ambiental para dar plena cabida a la dimensión de la consulta en concordancia con las normas internacionales.

Por sobre todo, se propone desmarcar el análisis del ámbito de los mecanismos que, inevitablemente, fueron gestándose al alero de la aplicación judicial de las normas de directa aplicación (las así denominadas “disposiciones autoejecutables”)<sup>1</sup>, para idear un marco regulatorio que canalice los derechos del Convenio N° 169 en nuestro ordenamiento

---

<sup>1</sup> Según se expondrá más adelante, a partir del año 2000 el Tribunal Constitucional ha diferenciado aquellas normas “programáticas” del Convenio N° 169 de la OIT de otras normas, como el artículo 6 N° 1 que consagra el derecho a la consulta, cuya aplicación es directa, sin necesidad de una norma que las ejecute o las implemente. CARRASCO, Edesio. 2013. Razonabilidad y proporcionalidad: Criterios para la Determinación de la Consulta Indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT. Revista Chilena de Derecho 40 (1): 303-305.

jurídico en armonía con un sistema que garantice el derecho a desarrollar actividades económicas de modo sustentable y respetuoso con el medio ambiente.

Cabe tener presente que, más allá de la vigencia de dicho Convenio en nuestro país, en la actualidad, la obligación de efectuar la consulta trasciende la propia normativa, siendo considerado, a la fecha, un principio general del Derecho Internacional<sup>2</sup>.

Con la dictación del DS N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente (RSEIA) se consagró la incorporación de la consulta indígena en el SEIA en los proyectos de inversión que deben someterse a éste. A su vez, con posterioridad, se dictó el DS N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el Reglamento que regula el Procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra A) y N° 2 del ya mencionado convenio (Reglamento de Consulta Indígena).

Habiendo transcurrido ya un tiempo considerable desde que se generó este mecanismo de aplicación de la consulta indígena en el seno de la evaluación ambiental de proyectos, es posible evidenciar la existencia de: (i) precedentes de diverso orden - mayoritariamente administrativos- que dan cuenta del rendimiento de esta instancia de consulta<sup>3</sup>; y (ii) desarrollos doctrinales de posturas disímiles respecto a los alcances y obstáculos de esta institucionalización<sup>4</sup>. En definitiva, considerando que la consulta indígena, actualmente, en materia de evaluación de proyectos se regula por la normativa del SEIA, es que resulta relevante analizar si la naturaleza de ambas instituciones resulta conciliable<sup>5</sup>, la que a su vez está determinada por los estándares internacionales que han sido establecidos al respecto.

<sup>2</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2012. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245 párr. 164.

<sup>3</sup> Es posible acceder a procesos de consulta indígena en [www.seia.gob.cl](http://www.seia.gob.cl). Algunos ejemplos son los siguientes:  
Proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado” <[http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id\\_expediente=8342382](http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=8342382)>;  
Proyecto “Actualización Proyecto Minero Quebrada Blanca” <[http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id\\_expediente=2129640748#-1](http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2129640748#-1)>;  
Proyecto “Parque Eólico Aurora” <[http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id\\_expediente=2128641641](http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2128641641)>, entre otros.

<sup>4</sup> CARRASCO, Edesio. 2010. Corte Suprema, Consulta Indígena y Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Una relación que no termina de aclararse. Sentencias Destacadas. Una mirada desde las políticas públicas. Santiago, Ediciones LyD: 217 y ss., disponible en <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-187-223-Corte-Suprema-consulta-indigena-y-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental-una-relacion-que-no-termina-de-aclararse-ECarrasco.pdf>>; DIAZ, Iván, “El principio de igualdad y la consulta del Convenio N° 169 de la OIT. Análisis de un caso”, disponible en <[http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/El\\_principio\\_de\\_igualdad\\_y\\_la\\_consulta\\_del\\_Convenio\\_169.pdf](http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/El_principio_de_igualdad_y_la_consulta_del_Convenio_169.pdf)>; OLIVARES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la consulta de los pueblos indígenas del Convenio 169 y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. [en línea] <<http://decs.pjud.cl/index.php/informes/informes-academicos>> p. 24 y ss.; entre otros.

<sup>5</sup> HERVÉ, Dominique y BERMÚDEZ, Jorge. 2013. La Jurisprudencia Ambiental Reciente: Tendencia al Reconocimiento de Principios y Garantismo con los Pueblos Indígenas. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales [en línea] <[http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2013/Anuario2013\\_todo.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2013/Anuario2013_todo.pdf)> [consulta: 20 diciembre 2014], p. 248.

A lo largo de este artículo, el primer aspecto a revisar es lo que ha indicado la jurisprudencia sobre la aplicación del Convenio N° 169 a los procesos de evaluación ambiental dentro del SEIA, para luego analizar cómo se ha acogido el procedimiento de consulta en la regulación del sistema, describiendo el procedimiento de consulta vigente y otros mecanismos relacionados con la susceptibilidad de afectación de pueblos indígenas. A continuación se explorarán las falencias detectadas en esta regulación, recurriendo tanto a disonancias a nivel reglamentario como a los casos de consultas desarrolladas hasta la fecha, para finalmente profundizar sobre los estándares impuestos por el Convenio y su contraste con los fenómenos detectados.

## **1. Operatividad de la Consulta Indígena en el SEIA**

El SEIA se encuentra regulado por la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300) y por el RSEIA. Dicho sistema tiene por objeto determinar si el impacto que genera un proyecto, de aquellos contemplados en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y el artículo 3° del RSEIA, se ajusta o no a la normativa vigente<sup>6</sup>, estableciendo mecanismos para asegurar que dichos impactos se sometan a las normas aplicables y otorgando medidas que se hacen cargo de aquellos impactos significativos que trascienden el mero cumplimiento normativo. Los impactos son entendidos como una alteración al medio ambiente, provocada por un proyecto, directa o indirectamente<sup>7</sup>. La Ley N° 19.300 contempla un concepto amplio de medio ambiente<sup>8</sup>, considerándolo como un sistema global constituido por diversos elementos, entre ellos los socioculturales. Tras una evaluación ambiental llevada a cabo por diversos organismos sectoriales, el cumplimiento de la normativa ambiental y el manejo adecuado de los impactos significativamente adversos viene otorgado por la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Ante este escenario, el año 2008 se ratificó en Chile el Convenio N° 169, que a falta de una regulación interna que le diera cauce empezó a permearse en la aplicación normativa judicial, dando lugar a la exigibilidad de la consulta a los pueblos indígenas ante medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente. Es así como la identificación de la RCA -que es el acto administrativo terminal del proceso de evaluación ambiental, otorgando en definitiva la autorización para desarrollar una actividad o proyecto de inversión- como una medida administrativa susceptible de afectar directamente a pueblos

---

<sup>6</sup> Artículo 2, letra j) de la Ley N° 19.300. Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes.

<sup>7</sup> Artículo 2, letra k) de la Ley N° 19.300. Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada.

<sup>8</sup> Artículo 2, letra ll) de la Ley N° 19.300. Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

indígenas surge a partir de decisiones jurisprudenciales de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>9</sup>. Esta realidad derivó en un conjunto de criterios comúnmente aplicables por la Corte Suprema en relación con aprobaciones ambientales, que revisaremos a continuación.

### **1.1 Precedentes relevantes sobre la aplicación directa del Convenio N° 169**

Como se ha indicado, la adopción de la consulta como una participación ciudadana especial dentro del procedimiento de evaluación ambiental de proyectos de inversión no es casual. La legitimación del SEIA como instancia adecuada para canalizar la consulta indígena proviene de la jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que, en reiterados fallos, han equiparado los procedimientos y los estándares aplicables a la consulta con aquellos que rigen el SEIA, exigiendo que la RCA como medida administrativa dé cuenta del cumplimiento de este deber estatal.

Se trata de un criterio pertinente en el esquema planteado por la autoejecutabilidad del Convenio, pues las Cortes han enfrentado la RCA (acto administrativo terminal) con el ordenamiento jurídico vigente, que incorpora el deber de consulta. El análisis sobre la idoneidad de este criterio *ad hoc* debe pasar por una revisión de los casos de aplicación del Convenio en sede judicial.

Esta jurisprudencia solo ha sido posible en virtud de las bases fijadas por el Tribunal Constitucional. Junto con establecer que el deber de consulta es directamente exigible a los órganos de la Administración del Estado<sup>10</sup>, el Tribunal ha limitado el alcance de la consulta indígena, sosteniendo que no puede ser vinculante ni entendida como el ejercicio de soberanía<sup>11</sup>.

Resulta comprensible que en este contexto, se haya optado por la RCA como principal medida administrativa que debe ser consultada, pues el SEIA goza de una legitimación especial, con un procedimiento que contempla la participación de diversos organismos técnicos y políticos así como de los interesados potencialmente afectados<sup>12</sup>,

---

<sup>9</sup> “Contrariamente a lo que sugiere la noción de norma auto-ejecutable utilizada por el TC, en la práctica, el regulador se ha visto frente a la necesidad de crear nuevos reglamentos que permitan implementar los mecanismos de participación y consulta indígena, cuestión que ha sido reclamada, por diversas razones y en distintos tonos, tanto desde el mundo indígena como del empresarial”. MENESES SOTELO, Felipe. 2015. Tratamiento de los Pueblos Indígenas en el Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Panorama Sucinto. Temas de Actualidad: Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 124.

<sup>10</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 4 de agosto de 2000. Rol N° 309-2000.

<sup>11</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 3 de abril de 2008. Rol N° 1.050-2008.

<sup>12</sup> “Algunos agregan y entienden que, el carácter complejo del acto es producto de la fusión de actos homogéneos de sujetos diversos, cada uno de los cuales representa aspectos diversos del interés común, de este modo se caracteriza el acto complejo con base en la unidad del interés pretendido por los sujetos autores de las manifestaciones de voluntad convergentes en el acto mismo. Pero cabe también considerar que el elemento que en definitiva da unidad al acto complejo y que lo diferencia, por ende, de la mera suma de actos simples, no es solo la identidad de contenido de las declaraciones de voluntad que concurren a su formación,

otorgando en la práctica, una autorización de funcionamiento, que supone una relación estable y duradera entre la Administración y el Titular y generando obligaciones exigibles - al menos- durante la vida útil del proyecto<sup>13</sup>. La instancia de evaluación ambiental, debido a su estructura particular, deviene aparentemente en la instancia ideal donde podrían (o no) solucionarse las eventuales controversias con pueblos indígenas<sup>14</sup> ante la Administración del Estado.

El primer fallo que se enfrenta a la exigibilidad de la consulta respecto a una RCA rechaza un recurso de protección interpuesto contra un proyecto de Piscicultura en Palguín<sup>15</sup>. En esta sentencia, la Corte establece que procede la consulta cuando se produzca “afectación” de la comunidad indígena, lo que básicamente se traduce en los efectos, características o circunstancias del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300: reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. La Corte Suprema rechaza el recurso, justamente porque durante la evaluación ambiental no se hizo énfasis en la existencia de los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300 ni en la consecuente necesidad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

La sentencia establece el criterio fundamental que el instrumento de ingreso al SEIA determinará si se realiza la consulta. Si no se producen los efectos del artículo 11, bastará con una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y no será necesario realizar una consulta. En cambio, si se producen los efectos citados, corresponde realizar un EIA con un proceso de participación ciudadana. Esto ratifica la suficiencia de la participación ciudadana con características *ad hoc* para satisfacer, en opinión de la Corte, los requisitos del Convenio N° 169. La raíz de esta distinción radica en el margen de apreciación técnica que se otorga a la autoridad ambiental para decidir si el proyecto justifica su instrumento de ingreso al SEIA, lo que es distinto, como veremos más adelante, de la determinación sobre la afectación de pueblos indígenas.

Otra sentencia, que rechaza un recurso de protección interpuesto contra la planta de tratamiento de efluentes de la Planta Valdivia de CELCO<sup>16</sup>, sometida a evaluación mediante un EIA con participación ciudadana. Ya establecido que el ingreso por DIA

---

sino el hecho de que tales declaraciones procedan de sujetos estructuralmente autónomos y cuya discrepancia, por tanto, al ser objeto de una ordenada previsión por el ordenamiento, goza de relevancia jurídica”. SEPÚLVEDA, Doris. 2012. Invalidación Sobreviniente. El Caso de la Resolución de Calificación Ambiental. Legal Publishing Chile, Santiago. p. 40.

<sup>13</sup> *ibid.*, pp. 37-39.

<sup>14</sup> “[E]l SEIA va transformándose poco a poco en el principal punto de contacto entre los regulados y la Administración en lo que respecta a las falencias regulatorias del marco institucional que rige la actividad económica, un mecanismo de solución de conflictos ad portas de la entrega de la autorización de funcionamiento por parte de la autoridad”. PAROT, Gonzalo. 2014. Limitaciones estructurales del SEIA ante Falencias Regulatorias. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 172.

<sup>15</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia de 17 de mayo de 2010. Recurso de Protección, Rol N° 1525-2010.

<sup>16</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia de 14 de octubre de 2010. Recurso de Protección, Rol N° 4078-2010.

implica que el proyecto no es susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas, este fallo es relevante porque da por cumplida la obligación de consulta impuesta por el Convenio a través de la participación ciudadana propia de un EIA. Se aplica así el principio de flexibilidad del Convenio, según el cual los derechos otorgados deben implementarse teniendo en cuenta las condiciones de cada país. En este caso, la consulta indígena estaría suficientemente canalizada por la participación ciudadana de la Ley N° 19.300, en la medida que se realizó de buena fe y a través de un procedimiento adecuado a las circunstancias.

Otro fallo que introduce consideraciones relevantes sobre la consulta es el que acoge un recurso de protección interpuesto contra una modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama<sup>17</sup>. La Corte se explaya sobre las especiales características que debe tener la consulta indígena, estableciendo que para este caso las instancias de participación de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones son insuficientes, pues solo constituyen un despliegue de información y los consultados no "...tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados". De este modo, se atiende a los requisitos específicos que debe satisfacer un proceso de participación para dar cumplimiento al Convenio 169. Por otra parte, la Corte no considera suficiente el pronunciamiento conforme de la CONADI, estimando que la afectación se configura por la evidente repercusión que tendría un nuevo Plan Regulador sobre las costumbres y los sistemas de vida de los indígenas de la zona.

En sucesivos fallos, la Corte afina paulatinamente los criterios que guían la consulta indígena en el SEIA. La sentencia que deja sin efecto la RCA aprobatoria del proyecto Parque Eólico Chiloé<sup>18</sup> expande la hipótesis de afectación homologada a la normativa ambiental. Esta sentencia sigue la misma línea que los fallos anteriores, pero en lugar de fundamentar la afectación en la letra c) del art. 11 de la Ley N° 19.300, se basa en la letra f), vinculando la existencia de impactos sobre sitios de valor arqueológico con la afectación de intereses de los pueblos indígenas. La Corte determina que mediante un proceso de consulta puede determinarse el adecuado manejo de estos sitios, respetando la cultura y las tradiciones de los pueblos vinculados a los restos encontrados.

En el fallo de Sondajes de Prospección Paguanta<sup>19</sup>, se indica que la participación ciudadana propia de un EIA permitiría que los potenciales afectados tengan la posibilidad real de influir en el proyecto. En contraste, en caso que se opte por una DIA, ésta debe presentar antecedentes suficientes que permitan acreditar la no afectación de pueblos indígenas.

Es así como en estos y otros fallos la Corte Suprema ha delineado los criterios fundamentales que permiten canalizar la consulta indígena a través del SEIA, tal como se ha plasmado en el RSEIA y en el Reglamento de Consulta Indígena. Sin embargo, la

---

<sup>17</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 13 de julio de 2011. Recurso de Protección, Rol N° 258-2011.

<sup>18</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012. Recurso de Protección, Rol N° 10.090-2011.

<sup>19</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia de 30 de marzo de 2012. Recurso de Protección Rol N° 11.040-2011.

aplicación de estos criterios en la práctica y ciertos fallos recientes permiten poner en duda la idoneidad de este mecanismo. Por ejemplo, el denominado caso El Morro<sup>20</sup> ha resultado especialmente controvertido, pues la realización de un procedimiento de consulta indígena a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) demostró ser insuficiente para la Corte Suprema, que acogió el recurso de protección de las comunidades y dejó sin efecto la RCA del proyecto. Del mismo modo, existen diversos procedimientos de consulta iniciados oficialmente por el SEA que han sacado a relucir las contradicciones internas<sup>21</sup> del SEIA para cumplir con los estándares de la consulta indígena. Pasaremos a explorar estas limitaciones a continuación.

## **1.2 Mecanismos de la consulta en el SEIA**

De acuerdo con lo expuesto, el Reglamento del SEIA establece mecanismos para determinar si resulta necesario que un proyecto de inversión desarrolle un proceso de consulta indígena de conformidad con el Convenio N° 169 y para efectuar esta consulta en caso que sea necesario. Según dispone el artículo 85 del Reglamento del SEIA<sup>22</sup>, la determinación de la susceptibilidad de afectación directa de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se basa en el análisis de la existencia de efectos, características y/o

---

<sup>20</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia de 7 de octubre de 2014. Recurso de Protección Rol N° 11.299-2014.

<sup>21</sup> Estas contradicciones se evidencian en materias específicas que serán revisadas en lo sucesivo, pero que dicen relación con la oportunidad de la consulta, identificación de los efectos significativamente adversos y su relación con la susceptibilidad de afectación y la disonancia de propósitos del SEIA y de la consulta respecto a los proyectos de inversión. Algunos ejemplos pueden verse en la consulta indígena desarrollada durante la evaluación ambiental de proyectos como “Central Hidroeléctrica Añihuerraqui” <[http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id\\_expediente=7564864](http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=7564864)>, “Continuidad Operacional Cerro Colorado” [http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id\\_expediente=8342382](http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=8342382) y “Proyecto Parque Eólico Aurora” <[http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id\\_expediente=2128641641](http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2128641641)>, Parque Eólico Küref <[http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id\\_expediente=5792591](http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=5792591)>.

<sup>22</sup> Artículo 85.- Consulta a Pueblos Indígenas.

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

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

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

circunstancias del artículo 11 letra c), d) y f) de la Ley N° 19.300 y los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA<sup>23</sup>.

En caso que se verifique alguna de estas hipótesis, el proponente deberá presentar su proyecto a evaluación mediante un EIA y el SEA deberá efectuar, durante el transcurso de la evaluación ambiental, un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental<sup>24</sup>.

Más allá del procedimiento del Reglamento de Consulta Indígena, la tramitación de la consulta indígena no es regulada detalladamente en el Reglamento del SEIA. Por una parte, se alude al inciso segundo del artículo 4° de la Ley N° 19.300; con ello, además de hacer referencia al cumplimiento del estándar internacional (el Convenio), se refuerza el deber de 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. El artículo 85 reitera los principios de la consulta conforme al Convenio N° 169 y al Reglamento de Consulta Indígena, exigiendo un proceso de buena fe, con mecanismos apropiados a las características socioculturales de cada

---

<sup>23</sup> Artículo 7.- Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. (...)

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

Artículo 8.- Localización y valor ambiental del territorio. (...)

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

(...)

Artículo 10.- Alteración del patrimonio cultural. (...)

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

(...)

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

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

<sup>24</sup> Cabe señalar que a pesar de haberse realizado esfuerzos de arribar a un consenso amplio sobre la institucionalidad de la consulta, no fue posible llegar a acuerdo sobre la canalización de la consulta indígena respecto a proyectos de inversión en el procedimiento de evaluación ambiental. “La canalización de la consulta de los proyectos de inversión al SEIA ha generado cuestionamientos así como cierta incertidumbre respecto de cómo y cuándo aplicar la consulta indígena al ingresar un proyecto al SEIA. Desde el 2009, los Tribunales han participado de esta discusión, donde han decidido la procedencia de un EIA para determinados proyectos y calificado si la participación ciudadana cumple los estándares del Convenio. Por tanto, el nuevo reglamento del SEIA, con el objetivo de otorgar mayor claridad y el cumplimiento de las obligaciones legales, incorporó a los pueblos indígenas dentro de las causales que dan lugar al EIA y estableció elementos específicos para la consulta indígena. Sin embargo, para la Mesa de Consenso, este diseño fue uno de los temas sin acuerdo.” ANINAT, Isabel. 2014. Los desafíos pendientes del Convenio 169. Puntos de Referencia, Centro de Estudios Públicos, N° 369, Abril: 5.

pueblo y a través de sus instituciones representativas, asegurando la participación informada y la posibilidad de influir en el proceso de evaluación ambiental, tanto respecto del EIA como de las sucesivas Adendas.

En el proceso participarán exclusivamente los pueblos afectados -entendemos como tales a aquellos asociados directamente con los efectos reconocidos de los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA- y la finalidad es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, sin que el arribo a esta finalidad sea un requisito esencial para garantizar el derecho a consulta.

Existen otras disposiciones de relevancia relacionadas con la consulta indígena. El artículo 86 del Reglamento del SEIA establece un deber de los Directores Regionales y del Director Ejecutivo -según corresponda- del SEA de celebrar reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, cuando el proyecto en cuestión presentado por DIA o EIA no reconozca susceptibilidad de afectación, siendo que éste se emplaza en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. El objeto específico de estas reuniones es evaluar si procede una terminación anticipada del procedimiento. La “proximidad” a que se refiere esta disposición se entiende necesariamente como un criterio más genérico que la afectación propiamente tal, correspondiendo en estricto rigor a la existencia de estos grupos humanos en el área de influencia directa e incluso indirecta del proyecto.

Asimismo, en caso que existan dudas sobre la susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el artículo 27 del Reglamento del SEIA dispone un procedimiento de análisis a cargo del SEA. De acuerdo con la regulación otorgada por el Instructivo contenido en el Oficio Ord. N° 140.143 de 27 de enero de 2014 de la Dirección Ejecutiva del SEA, el análisis cubre dos hipótesis: (i) si el proponente va a ingresar por EIA y reconoce susceptibilidad de afectación directa, el análisis busca levantar información sobre los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas que deban ser considerados para la consulta, y; (ii) si el proponente debe ingresar por EIA pero no está seguro sobre la susceptibilidad de afectación directa, el análisis busca determinar si ésta se verifica o no en relación a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. En cualquier caso, la respuesta a una solicitud de pronunciamiento en este sentido ante el SEA corresponderá a un acto administrativo de juicio, constancia o conocimiento, por lo que no se trata de una conclusión sobre si existe susceptibilidad de afectación directa en un caso particular.

### **1.3 Recuento de dificultades detectadas en los procesos de consulta en el SEIA**

Establecida así la institucionalidad de la consulta a través del SEIA, resulta del mayor interés desarrollar un diagnóstico temprano sobre el desempeño de estos mecanismos, tanto en relación con las normas del Convenio N° 169 -si es que la consulta

como se ha llevado en la práctica demuestra una garantía adecuada de los principios consagrados en este tratado internacional – como en relación con los propósitos de la institucionalidad ambiental- si efectivamente las evaluaciones de proyectos de inversión logran asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y la previa identificación y manejo de sus riesgos ambientales, otorgando en caso afirmativo una certificación en tiempo y forma al proponente<sup>25</sup>.

Como veremos en la siguiente sección, existen aspectos de fondo que generan dudas sobre la canalización de la consulta indígena. En particular, un problema que parece ser el núcleo del contraste entre los principios del Convenio N° 169 y la regulación de la consulta en el SEIA es la oportunidad, pues el proyecto que se somete a evaluación ya se encuentra detallado y pormenorizado en el EIA respectivo, lo que limita significativamente los posibles resultados de la consulta. A esta interrogante se suma la problemática asimilación de la susceptibilidad de afectación directa con los efectos significativamente adversos que guían a la institucionalidad ambiental.

En esta sección abordaremos estos problemas en el orden indicado, revisando en el funcionamiento del SEIA desde que entró en vigencia su nuevo reglamento: (i) la problemática relacionada con la oportunidad en que se realiza la consulta en relación con un proyecto de inversión; (ii) la interpretación de la susceptibilidad de afectación directa como efecto significativamente adverso y sus distorsiones, y; (iii) la divergencia de propósitos que se evidencia entre ambos procedimientos.

### **1.3.1 La oportunidad de la consulta respecto a proyectos ingresados al SEIA**

El principal problema que se ha evidenciado en los procedimientos de consulta desarrollados en la fecha se relaciona con la oportunidad de la consulta, por cuanto al ingresar el proyecto al SEIA el diseño original se encuentra preestablecido y la

---

<sup>25</sup> Parte importante de la doctrina nacional apoya la canalización de la consulta a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Así por ejemplo: “Bajo la misma lógica de la diferencia esencial a la que alude el TC, es perfectamente compatible una consulta diferenciada a los indígenas cuando la participación ciudadana proceda dentro del SEIA”, CARRASCO, Edesio. *op. cit.*, p. 214. Sin embargo, ello no obsta a la prevención respecto a la evolución de la institucionalidad con el paso del tiempo y la necesidad de profundizar la regulación por vías reglamentarias o legislativas: “...mientras no exista y se consolide en la práctica una institucionalidad única a cargo de la consulta, como se discutirá a continuación, lo más conveniente es mantener el diseño actual, especialmente considerando las especificidades técnicas requeridas en materia ambiental (...). El mismo Tribunal Constitucional ha reiterado la necesidad de que los órganos colegisladores establezcan una regulación de la consulta que entregue directrices claras en cuanto a su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características”. ANINAT, Isabel, *op. cit.*, p. 9. Por otra parte, en contra desde que se gestó esta tendencia se encuentran CONTESSE y LOVERA. “...la jurisprudencia parece equiparar las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental con los estándares sobre consulta del Convenio, cuestión que no tiene asidero”. CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo. 2011. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. Anuario de Derecho Público UDP, Santiago, Universidad Diego Portales, p. 150.

identificación y contacto previo con las comunidades potencialmente afectadas queda entregado en buena medida a la disposición del proponente.

Los requisitos para admitir a tramitación y aprobar un proyecto en el SEIA son cuantiosos y propenden a un nivel relativamente estático de certeza sobre la descripción del proyecto, la determinación de sus emisiones, descargas y residuos y la predicción de sus impactos ambientales. La clausura del sistema se da con el artículo 28 del Reglamento del SEIA<sup>26</sup>, que limita la posibilidad de añadir antecedentes que alteren lo presentado más allá de las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones requeridas por la autoridad. La formulación de Adendas, que conforme al Reglamento del SEIA se han reducido a una Adenda inicial y otra complementaria salvo en casos debidamente justificados<sup>27</sup>, debe restringirse a estas aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de la información.

En definitiva, el supuesto básico del SEIA es que los proyectos presentados demuestren un nivel de definición aceptable para asegurar que la predicción de impactos se encuentre sustentada en una proyección ajustada a la realidad. En la práctica, la consulta implica una flexibilización de los aspectos modificables a lo largo de la evaluación ambiental<sup>28</sup> que potencialmente puede afectar la certeza en la predicción de impactos<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Artículo 28 inciso final Reglamento del SEIA. “Una vez presentado el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según corresponda, no se aceptará posteriormente la inclusión en éstos de partes, capítulos, anexos u otros antecedentes que hubieren quedado pendientes, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 16 y 19 de la Ley, según sea el caso”.

<sup>27</sup> Artículo 43.- Pronunciamientos sectoriales sobre el contenido de la Adenda Complementaria. “Los órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación del Estudio dispondrán de un plazo máximo de quince días para informar sobre la Adenda Complementaria, contados desde la solicitud. Dichos informes deberán cumplir las exigencias señaladas en el inciso segundo del artículo 35 del presente Reglamento. Asimismo, deberán señalar fundadamente si los errores, omisiones o inexactitudes de la Adenda han sido subsanados y si las observaciones presentadas por la comunidad que se enmarquen en el ámbito de su competencia han sido abordadas de manera adecuada por el titular. De ser necesario y en casos debidamente justificados, se solicitarán las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se estimen pertinentes, según lo establecido en los artículos 41 y 42 de este Reglamento. Las solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a que alude este artículo sólo podrán referirse a los antecedentes presentados en la Adenda Complementaria respectiva”.

<sup>28</sup> “No obstante, el hecho que la CS haya por medio de este fallo fijado un estándar para su procedencia (la afectación debe ser explicitada razonablemente) y un principio una vez que esta está siendo llevada a cabo (proporcionalidad), objetiviza, en parte, la discusión en el SEIA. Si a lo anterior se suma el hecho que el nuevo RSEIA fija, por primera vez, reglas más precisas respecto de la dimensión indígena en la evaluación, se logra tener reglas (RSEIA), estándares (explicitación razonable) y principios (proporcionalidad) que permiten, dentro de lo evolutivo que es un asunto como este, encausar, sensatamente, aspectos complejos de la evaluación ambiental cuando hay comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas”. CARRASCO, Edesio, *op. cit.*, p. 313.

<sup>29</sup> “Lo anterior es consecuencia natural de las exigencias de proporcionalidad que impiden dos posibles sentidos absurdos del Convenio 169: que todo deba consultarse o que nada deba consultarse. Para evitar el primer extremo (que todo se consulte), estos criterios de significación permiten discernir situaciones irrelevantes en términos de percepción o impacto de aquellas que tiene una entidad suficiente para que razonablemente puedan afectar a un grupo humano. Por otra parte, para evitar el segundo extremo (que nada se consulte) es preciso que estos mínimos de objetivación se complementen con la ponderación de “modos [de afectación] no percibidos por la población del Estado” (“ways not felt by others in society”) como patrón para discernir la necesidad de la consulta...”. NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio. 2014. La Consulta Indígena en el Procedimiento de Calificación Ambiental: Desarrollo Reglamentario y Configuración Judicial.

Del mismo modo, los plazos previstos para la evaluación ambiental se encuentran establecidos tanto en favor del proponente como de una evaluación ambiental adecuada. Según ha quedado sentado explícitamente en lo relativo a la institución de las RCA, el tiempo en el que se pueda ejecutar un proyecto presenta especial relevancia, pues es fundamental contar con una línea de base actualizada que refleje lo más fielmente posible el estado del medio ambiente al momento en que se ingresa el proyecto a evaluación. Lo anterior permite sostener que los plazos de evaluación resultan relevantes no solo para otorgar fluidez a la aprobación de proyectos de inversión, sino también para que la aprobación del proyecto y el comienzo del plazo de caducidad de la RCA no disten excesivamente del levantamiento de la línea de base del proyecto.

Existe una práctica extendida en los procedimientos de consulta llevados a cabo en el SEIA, que consiste en la aplicación del artículo 32 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos para poder extender los plazos de la evaluación ambiental más allá de lo dispuesto en la Ley N° 19.300<sup>30</sup>, con el objetivo de realizar una consulta indígena conforme a los estándares del Convenio<sup>31</sup>.

Si bien la decisión parece inevitable, atendido el marco legal que no otorga otros mecanismos para enfrentar la situación, no parece razonable sacrificar los plazos de la evaluación ambiental, que tienen un sentido específico para la protección ambiental, para dar cabida a la consulta indígena en el SEIA.

La problemática de la oportunidad de la consulta se ha admitido tácitamente en el trabajo de la Comisión Asesora Presidencial para la reforma del SEIA, que se planteado como principal modificación *en pos* de canalizar adecuadamente la consulta indígena una reforma en el rol que debe cumplir el relacionamiento previo y el carácter vinculante o no vinculante de sus resultados<sup>32</sup>. El que la discusión se centre en la posibilidad de hacer vinculantes o no vinculantes los acuerdos a los que se arribe en esta etapa refleja hasta qué

---

Anuario de Derecho Público 2014, Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

<sup>30</sup> Esta práctica también se sustentaría en el Reglamento de Consulta, sin perjuicio que no suele citarse el artículo específico que dispone la suspensión en las Resoluciones que suspenden el procedimiento.

Artículo 18. Suspensión del proceso de consulta. “Si durante el proceso de consulta se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que impidan la realización u obstaculicen gravemente cualquiera de las etapas de la misma, el órgano responsable de la medida podrá suspender fundadamente el mismo hasta que se den las condiciones requeridas para su continuación”.

<sup>31</sup> Se han verificado medidas de suspensión del procedimiento conforme al artículo 32 de la Ley N° 19.880 en la evaluación ambiental de numerosos proyectos en el SEIA, incluyendo Continuidad Operacional Cerro Colorado, Actualización Proyecto Minero Quebrada Blanca, Planta de Sulfato de Cobre Pentahidratado, Línea de Transmisión Carén Bajo - Melipeuco, Central Hidroeléctrica Neltume, Línea de Alta Tensión S/E Neltume-Pullinque, Parque Eólico Chiloé (tercera presentación), Parque Eólico Aurora, Plan de Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones-Polpaico, Nueva Línea 2X220 Encuentro - Lagunas y Central Hidroeléctrica Añihuerraqui.

<sup>32</sup> “Medio Ambiente y Hacienda discrepan en reforma al SEIA”, Fundación Terram. [en línea] <<http://www.terram.cl/2015/10/22/medio-ambiente-y-hacienda-discrepan-en-reforma-al-seia/>> [consulta: 30 octubre 2015]

punto se puede desnaturalizar el SEIA para mantener el *status quo* de la institucionalidad ambiental.

En definitiva, se puede verificar que la canalización de la consulta en el SEIA termina por afectar los plazos de evaluación y evidencia una contradicción inherente respecto del nivel de determinación del proyecto que se somete a consulta/evaluación. Como veremos, este diagnóstico pugna con el principio fundamental de la buena fe de la consulta, pues difícilmente se puede argumentar que el proceso de consulta de un proyecto en evaluación permita negociar equitativamente el contenido del eventual acuerdo; por el contrario, parte esencial de ese contenido -la aprobación del proyecto, en la medida que cumpla con la normativa ambiental- ya viene prefigurada en la negociación. La posibilidad de influir en la decisión producto del proceso de consulta paralelo al SEIA se ve así sujeta a cuestionamientos.

### 1.3.2 Susceptibilidad de afectación o impactos significativamente adversos

Otro problema latente que se verifica de la revisión de los procedimientos de consulta se encuentra en la necesidad de identificar la susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas con la generación de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300. La tesis que ha predominado en la institucionalidad ambiental es aquella que descarta sin más la “susceptibilidad” como elemento rector, para referir simplemente la existencia o no de efectos significativos en relación con los pueblos indígenas<sup>33</sup>.

Sin embargo, esta noción resulta riesgosa para un adecuado funcionamiento de la institucionalidad del SEIA. Lo primero es el criterio de descarte según el cual la falta de impactos significativos exime del deber de consulta, pues el proyecto ingresará mediante una DIA sin participación ciudadana.

La identificación de impactos significativos trae aparejada la necesidad de presentar un EIA, lo que no es baladí: implica un análisis de los riesgos ambientales que se pueden identificar a partir de la predicción de impactos, que deberá traer aparejado un conjunto de propuestas para que el proyecto logre neutralizar estos riesgos conforme a la normativa aplicable. El estándar a partir del cual se puede entender que estos riesgos se han efectivamente neutralizado viene otorgado a partir de diversos conceptos indeterminados dispuestos entre los artículos 5 y 10 del Reglamento del SEIA, que se van acotando a partir

---

<sup>33</sup> “La Administración, sin abandonar el carácter preventivo que informa el sistema de evaluación ambiental, debe evaluar la afectación de acuerdo con el principio de proporcionalidad: el juicio de apreciación de la afectación no debe ser desproporcionado. Este juicio no es extraño en la región y recuerda la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que también extiende el estándar de proporcionalidad al escrutinio de medidas administrativas impugnadas por incumplir el deber de consulta. Ciertamente, la proporcionalidad se vincula con el estándar de flexibilidad: el examen de afectación directa que no se mide con la vara de la proporcionalidad conduce al absurdo y suprime la posibilidad de flexibilidad que expresamente concede el artículo 34 del Convenio”. NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio, *op. cit.*, p. 323.

de criterios técnicos de los servicios sectoriales competentes dependiendo del componente ambiental potencialmente afectado.

Este análisis complejo se ve desvirtuado por una tendencia a generalizar impactos significativamente adversos con el objetivo de lograr consultas indígenas en situaciones donde muy posiblemente no existirían efectos significativamente adversos en virtud de los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA. La extensión del procedimiento de consulta, muchas veces a exigencia de las comunidades indígenas interesadas, busca en definitiva que se dé por cumplido el estándar exigido por el Convenio N° 169<sup>34</sup>, reduciendo los riesgos de una judicialización posterior<sup>35</sup>. Esta extensión busca también canalizar los resultados de las negociaciones gestadas en el procedimiento de consulta a través de la RCA aprobatoria, lo que a su vez desvirtúa el análisis respecto a la neutralización de riesgos por parte de las medidas de mitigación, compensación y reparación ofrecidas por el titular.

La situación se radica en buena parte en la profunda diferencia entre ambas instituciones. La consulta se gesta en la susceptibilidad de afectación, que en estricto rigor no se corresponde con la determinación unilateral de la afectación por la autoridad, pues la percepción subjetiva de los grupos humanos ante una medida administrativa podría ser razón suficiente para consultar, para luego determinar si existe efectivamente la afectación y llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento<sup>36</sup>. La necesidad de mitigar, reparar o compensar nace de la efectiva predicción de impactos significativos a partir de una propuesta de proyecto determinada. El traslape de ambos conceptos se vuelve inviable, tanto si se pretende develar la verdadera naturaleza de la consulta indígena como si se busca un sistema eficiente y efectivo para evaluar impactos ambientales.

Los recientes Dictámenes de la Contraloría General de la República en relación con el proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”<sup>37</sup> dan cuenta de esta contradicción

---

<sup>34</sup> “Aun cuando el resultado de la consulta sea por regla general no vinculante, de conformidad al principio de la buena fe debe agotar las instancias para generar acuerdo sobre la materia objeto de la consulta, y no ser visto como un mero trámite formal que debe cumplir obligatoriamente toda medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas”. OLIVARES, Alberto, *op. cit.*, p. 15.

<sup>35</sup> Ref. citas N° 22 y 23. Asimismo, cfr.. CARRASCO, Edesio, *op.cit.*, pp. 208 y 218.

<sup>36</sup> Se trata de una discusión que existe desde que se ratificó el Convenio y que precede por tanto al actual Reglamento del SEIA. Un fallo de la Corte Suprema que parece apoyar la tesis de la susceptibilidad de afectación es el del Caso del Fallo sobre el Plan Regulador de San Pedro de Atacama (Sentencia 13 de julio de 2011, Rol N° 258/2011), donde se indica: “De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.” (Considerando 5°). También en ese sentido las sentencias de 30 de marzo de 2012 sobre el caso de Sondajes de Prospección Paguanta (Rol N° 11.040-2011) y de 04 de agosto de 2010 de la Corte de Apelaciones de Valdivia (confirmada por la Corte Suprema) del caso Estación de Transferencia de Residuos Sólidos (Rol N° 243-2010 CA de Valdivia).

<sup>37</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictámenes N° 88.248 de 12 de noviembre de 2014 y N° 32.996 de 24 de abril de 2015. En el segundo dictamen, se dispone: “Precisado lo anterior, en relación con el caso de la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa y el proyecto ‘Continuidad Operacional Cerro

en los presupuestos para gatillar un proceso de consulta. En su primera respuesta a un requerimiento de ilegalidad presentado por el Secretario Ejecutivo de la Comunidad Indígena Aymara de Cancosa, en contra de la decisión del Director Regional del SEA de Tarapacá de excluir a su comunidad de la consulta indígena, la Contraloría manifiesta que efectivamente la comunidad se encuentra dentro del área de influencia del proyecto (según se acredita a partir de los antecedentes entregados por el mismo proponente), por lo que resulta menester que el SEA tome las medidas necesarias para incluir a esta comunidad en la consulta. Luego, solicitada la reconsideración por el SEA, la Contraloría precisa su respuesta, mostrando deferencia técnica al indicar que el SEA deberá resolver, fundadamente, si se generan efectos significativamente adversos respecto a esta Comunidad, en cuyo caso sí será necesario efectuar la consulta.

Aquí vemos reflejada la contradicción inherente respecto a la predicción de impactos significativos del proyecto y su relación con el proceso de consulta. La tendencia del proponente, ante un escenario de potencial conflicto con comunidades emplazadas en el área de influencia de su proyecto, es a englobar lo más posible en el proceso de consulta. El SEA, por su parte, mandado para verificar las circunstancias concretas de los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA en relación con tales comunidades, puede determinar que no se verifican los presupuestos para incluirlas en la consulta. Y sin embargo, resulta evidente que existe susceptibilidad de afectación, por cuanto las mismas comunidades reclaman su derecho a ser consultadas en el proyecto. Lo anterior reviste plena lógica, como veremos más adelante, en los estándares del Convenio, pues los supuestos para dar lugar a un proceso de consulta no tienen por qué ser equivalentes a las características, efectos o circunstancias que hacen necesario que el proponente otorgue medidas de mitigación, compensación y mitigación.

### **1.3.3 Disonancia de propósitos del SEIA en el panorama actual**

Parece compleja la configuración de un deber estatal, como es el desarrollo de un proceso de consulta respecto a un acto administrativo autorizatorio, en un procedimiento donde el proponente busca consolidar una versión específica de un determinado proyecto en base a una descripción y a un conjunto de medidas. El deber de consulta se diluye así entre el proponente y la autoridad ambiental, siendo que la determinación final -la aprobación del proyecto- se encuentra preestablecida. En la medida que se cerciora el cumplimiento del deber de consulta, que depende de la satisfacción de ciertos estándares según revisaremos en la sección próxima, la noción de un sistema de evaluación que pueda

---

Colorado', es menester hacer presente que, acorde con lo planteado por la aludida organización comunitaria, la extracción de agua del bofedal Lagunillas para la ejecución del referido proyecto originaría una afectación significativa de su sistema de vida y costumbres, lo que constituiría a esa población protegida en susceptible de ser afectada directamente por dicho proyecto y, por consiguiente, debería ser incluida en el respectivo proceso de consulta por parte del SEA, a menos que dicha repartición pública determine, fundadamente, que no es efectivo que se produzca un impacto significativo”.

ir perfeccionando sus estándares de precaución y protección de los componentes ambientales para que todo proyecto internalice sus impactos nocivos sobre el medio ambiente entra en disonancia con la canalización de aspectos institucionalizados en el Convenio N° 169 que otorgan al SEIA propósitos diversos.

La problemática se encuentra en el carácter único del SEIA dentro del marco regulatorio chileno, donde se presenta como principal instancia donde se pormenoriza la actividad sometida a la aprobación de la autoridad, bajo un esquema integrativo y transectorial. En consecuencia, la instancia preferente donde es posible determinar los alcances de una propuesta determinada y su interacción con otros intereses, que en el caso de los pueblos indígenas se pueden relacionar con aspectos más generales del convenio - como la relación con los territorios o los recursos naturales- es el SEIA.

El SEIA, en base a su lógica tradicional, propende a la verificación de ciertos requisitos mínimos para otorgar un nivel considerado legítimo de protección ambiental preventiva ante la incertidumbre de los riesgos futuros. Supone en tal sentido una garantía, que lleva a asumir una alta probabilidad de aprobación si se cumple con este nivel predeterminado. Aún si se llega a un término anticipado del procedimiento de evaluación, el objeto es corregir el ingreso del proyecto para que se adecúe a la normativa ambiental, otorgando mayores estándares en relación con la determinación de los grupos humanos a considerar, de las medidas adecuadas para hacer frente a la afectación de estos grupos humanos y de las instancias de información y participación en la evaluación ambiental. En consecuencia, la posibilidad de influenciar en la decisión de fondo -si el proyecto se desarrollará o no en un lugar y tiempo determinado, lo que en realidad es una decisión anterior al ingreso del SEIA- difícilmente encuentra cabida en la consulta realizada conforme al Reglamento del SEIA.

Es así como incluso ante el panorama del rechazo de un proyecto sometido al SEIA, éste podrá siempre reingresar al sistema e, incluso, con mayores grados de certeza sobre la causal específica para rechazar su proyecto. El artículo 16 inciso 3° de la Ley N° 19.300 establece que el rechazo de un proyecto siempre deberá indicar las exigencias específicas que el proponente deberá cumplir, es decir, supone incluso a nivel del marco legal que se están otorgando los lineamientos para una futura evaluación exitosa.

Lo anterior lleva a concluir que la verdadera instancia de consulta de buena fe y con posibilidad real de influenciar en un proyecto se da en este ámbito: en la posibilidad de obtener un rechazo del sistema para aquellos proyectos que no logran cumplir adecuadamente con los requisitos necesarios para neutralizar los efectos significativamente adversos detectados en relación con las comunidades indígenas, pues es en el reingreso donde se abren nuevamente las alternativas en torno a elementos básicos del proyecto.

## 2. La consulta en el SEIA y el cumplimiento de los estándares del Convenio N° 169

Ya establecido un diagnóstico sobre los elementos del SEIA que han ido adaptándose para conciliarse con la naturaleza del Convenio N° 169, en particular las materias que pueden ser discutidas en el contexto del SEIA, la oportunidad adecuada para poner en discusión tales materias y la forma en que se configura la causal que gatilla la necesidad de efectuar la consulta, es posible revisar si las soluciones que se han implementado a partir de la normativa y en la práctica permiten dar por cumplidos los estándares de la consulta indígena.

Este análisis se realiza a partir de la determinación de los estándares internacionales, que cotejados con los mecanismos de consulta implementados en la práctica permiten enumerar los principales obstáculos que presenta la integración de la consulta en el SEIA. En tal sentido, se aprecian inconvenientes tales que, aún si se determina la utilidad de mantener ambos sistemas integrados, deben ser tomados en cuenta si se pretende que los estándares de la consulta sean validados en la generalidad de los casos.

Para efectuar dicho análisis, se han seleccionado tres características centrales<sup>38</sup> que debe presentar la consulta indígena identificadas por diversos estándares internacionales, las que se analizan en relación con las particularidades del SEIA, a objeto de determinar si este mecanismo sería o no compatible para satisfacerlas: se trata de la buena fe, la necesidad de observar procedimientos adecuados y el objetivo de llegar al consentimiento o lograr un acuerdo.

### 2.1 Contradicción institucional respecto a la finalidad de la buena fe

La buena fe, se ha entendido como “parte sustantiva de la institución de la consulta y le otorga una connotación jurídica especial como diálogo cuya finalidad es arribar a acuerdos que obligan a las partes”<sup>39</sup>. En tal sentido, se destaca la relevancia de que los pueblos indígenas puedan expresar adecuadamente su opinión sobre la medida, que esta opinión se efectivamente sopesada por la autoridad, “de manera que es preciso que los

---

<sup>38</sup> Los estándares consensuados a nivel internacional con que debe contar una consulta indígena han sido desarrollados en OLIVARES, Alberto, *op.cit.*, pp. 12 y ss., y son los que se indican a continuación: (i) la consulta debe realizarse con carácter previo; (ii) La consulta debe ser realizada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo; (iii) La consulta debe ser realizada a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas; (iv) La consulta debe ser adecuada y accesible; y (v) La consulta debe ser informada.

<sup>39</sup> ANAYA, James. 2012. Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Chile, Noviembre, p. 17. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

procedimientos de consulta no sean conducidos para cumplir con un formulario, sino para atender razones, ponderarlas y, de ser necesario, cambiar de opinión”<sup>40</sup>.

Tradicionalmente, la buena fe es entendida como un principio del derecho de los contratos que tiene dos dimensiones. La buena fe en su faz subjetiva es entendida como la convicción interna de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, de actuar conforme a derecho, incluso si se encuentra en un error. Es así como la buena fe, en el ámbito civil, es una noción que justifica el error. En su faz objetiva, en cambio, la buena fe impone a los contratantes un deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato<sup>41</sup>. Se trata de un estándar de conducta que se aprecia flexiblemente y en abstracto para cada caso.

Parece necesario entonces, considerando el principio de buena fe, que el diálogo que se genere entre la autoridad y los pueblos indígenas obedezca a razones, que no exista una predisposición de alguna de las partes en relación a las pretensiones de la otra, que se consideren en profundidad las razones esgrimidas por su mérito y que exista una respuesta concreta y racionalmente satisfactoria. En el marco de un procedimiento autorizatorio general, este requisito implicaría que la imposición de los efectos de la decisión sobre los pueblos indígenas no sea meramente impuesta por un ejercicio caprichoso autoritario, por el tenor de las circunstancias o el marco jurídico. Considerando el deber general de motivación que pesa sobre la Administración del Estado<sup>42</sup>, la buena fe del procedimiento de consulta indígena revestiría un carácter altamente cualificado, donde entre los fundamentos de la decisión deben encontrarse claramente explicitada la ponderación de los intereses involucrados y la forma en que éstos fueron considerados y satisfechos en caso que corresponda.

Incluso, en el marco de las obligaciones del Convenio se puede interpretar la buena fe en un sentido más sustancial. Según señala Contesse (2012), la traducción del concepto *iusprivatista* de buena fe al ámbito de las relaciones de la Administración con los pueblos indígenas supone una atención a los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación de consulta, vinculados necesariamente a demandas de justicia intergeneracional que el Convenio busca remediar<sup>43</sup>. Independiente de lo acertado o no de

---

<sup>40</sup> CONTESSE, Jorge. 2012. El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile. En: El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno Mecanismos y obstáculos para su implementación. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. p. 196.

<sup>41</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. 2010. Los contratos, Parte General. Legal Publishing, Santiago, 5ª Edición, parr. 62.

<sup>42</sup> Artículo 11 inciso 2° Ley N° 19.880. “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Artículo 41 inciso 4° Ley N° 19.880. “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

<sup>43</sup> Cfr. CONTESSE, *op. cit.*, pp. 196-198.

interpretar conceptos del ámbito internacional y público en clave privatista<sup>44</sup>, resulta inevitable que la consulta indígena a cualquier nivel se encuentre enmarcada en un contexto histórico y en las demandas de los pueblos indígenas.

El concepto de la buena fe se encuentra recogido en el Reglamento de Consulta como un principio rector<sup>45</sup>, que exige un actuar leal y correcto de todos los intervinientes, “sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones”, reconociendo la necesidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado, pero limitando este último requisito al procedimiento del Título III del Reglamento. En otras palabras, en el marco institucional de la consulta indígena, el resultado de la consulta -lo previo, informado o libre que puede ser el consentimiento- se encontraría igualmente acotado al procedimiento específico que da lugar a la consulta.

La contradicción entre la posibilidad de una aceptación en igualdad de condiciones respecto a una decisión que ya viene prefigurada por parte de la Administración del Estado es algo que se refleja particularmente en el SEIA. Traducido a este ámbito, la buena fe se podría sintetizar, en términos generales, como un mandato de integración particularísimo respecto a la participación ciudadana ordinaria, contemplada Párrafo 3° del Título II de la Ley N° 19.300, por cuanto la consulta debiera enfocarse en la posibilidad de intervenir en las decisiones más fundamentales respecto a un proyecto de inversión. La realidad de una afectación indígena debiera ser capaz de generar cambios sustantivos en el proyecto, llevando a cuestionar asimismo respecto a la viabilidad de su ejecución, si la afectación resulta tal que no sea posible de enfrentar mediante medida alguna.

Sin embargo, contra esta óptica, el SEIA se encuentra estructurado de modo que permite la aprobación de proyectos; según ya se ha analizado, los proyectos ya se encuentran fuertemente prefigurados al momento de su ingreso, siendo que el sistema tiende a perfeccionarlos en base, principalmente, al marco referencial de los antecedentes presentados por el titular. Un reflejo de esta situación es que el sistema aprueba los proyectos en su gran mayoría, según se ve reforzado por las cifras; así, entre 2010 y 2013, se han sometido a calificación 3.785 proyectos y/o actividades de inversión. De ese total, se

---

<sup>44</sup> Esto sin perjuicio que las normas de interpretación de la ley del Código Civil requieren que se prefiera la definición legal de los conceptos. La depuración conceptual doctrinaria se encuentra así en conflicto con las normas de la interpretación de la ley.

<sup>45</sup> Artículo 9° Reglamento de Consulta. “La buena fe es un principio rector de la consulta, en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco del procedimiento establecido en el Título III, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable.

Para el Estado la buena fe también implicará actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados”.

han aprobado 3.615 y solo se han rechazado 170<sup>46</sup>. Ante una DIA o un EIA presentado a evaluación ambiental, una comunidad indígena se hace parte de la gestión ambiental de un proyecto cuya viabilidad *per se* no se encuentra en duda y que, por lo mismo, no plantea el desarrollo de escenarios alternativos para su ejecución; en tales condiciones, la posibilidad de realizar cambios sustantivos también se ve fuertemente matizada.

La regulación ambiental busca que el proyecto ingresado por el particular a evaluación no sufra modificaciones sustantivas. Es altamente improbable que se logre un proceso de consulta de buena fe si las comunidades deben aceptar la gran mayoría de la propuesta como parte inalterable del eventual acuerdo<sup>47</sup>.

Según ya se ha analizado, el titular somete a consulta indígena un proyecto cuyos lineamientos y características ya se encuentran recogidas en el instrumento sometido a evaluación, incluyendo una línea de base, predicción de impactos ambientales, identificación de impactos significativos y medidas de mitigación, reparación y/o compensación, con una escasa posibilidad de modificar aspectos sustanciales del proyecto. La posibilidad de desarrollar un proceso de consulta de buena fe -que supone una debida ponderación de las posturas tanto del titular del proyecto como de los pueblos indígenas, siendo que el proyecto viene predefinido y que su aprobación es altamente probable- es baja. En el mediano plazo, considerando los mecanismos de revisión y relacionamiento temprano vigentes y en elaboración, es posible que la solución se vaya gestando en torno a una lógica binaria, donde el rechazo del proyecto se vuelva una herramienta para subsanar los problemas de relacionamiento previo de los proponentes que, una vez subsanados en una instancia ajena a la Administración y al SEIA, permitan una calificación ambiental favorable en una nueva instancia de evaluación.

Parece olvidarse que la obligación internacional de llevar a cabo la consulta recae sobre el Estado y no sobre privados<sup>48</sup>. Es deber del SEA el diseño y desarrollo de un proceso de consulta<sup>49</sup> y es obligación del Estado el establecer los mecanismos que aseguren la participación informada<sup>50</sup>. El problema detrás de esta obligación, es que dada la complejidad de algunos proyectos de gran envergadura (principalmente mineros y energéticos), el Estado no logra una comprensión cabal de éstos y finalmente el único que conoce realmente el proyecto es el Titular del mismo. En consecuencia, será siempre el privado el que tenga el control respecto de la información y, por ende, respecto a la profundidad con que se lleve a cabo la consulta. Por tanto, si bien formalmente se indica que es el SEA el que tiene la responsabilidad, se produce “una privatización de facto de la responsabilidad del Estado”<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> CHILE. Ministerio del Medio Ambiente. Balance de Gestión Integral año 2013. [en línea] <[http://www.dipres.gob.cl/595/articles-114873\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.gob.cl/595/articles-114873_doc_pdf.pdf)> [consulta: 30 diciembre 2014].

<sup>47</sup> NÚÑEZ POBLETE, *op. cit.*, pp. 333-337.

<sup>48</sup> CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit.*, pp. 114.

<sup>49</sup> Artículo 85 del RSEIA.

<sup>50</sup> Artículo 83 del RSEIA, en relación con artículo 4° de la Ley N° 19.300.

<sup>51</sup> CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit.*

## 2.2 Los procedimientos adecuados versus los procedimientos del SEIA

El RSEIA no establece la oportunidad precisa en que debe efectuarse el proceso de consulta, ni tampoco puede extraerse de lo dispuesto en el Reglamento de Consulta Indígena, dado que el artículo 8° de este reglamento, establece que las RCA se consultarán de acuerdo a “(...) la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece (...)”. El único plazo al que es posible atender es al de evaluación ambiental, que dependerá de si se trata de un EIA o DIA.

Lo anterior no es baladí, pues la consulta debe efectuarse de manera previa; si ésta se efectúa al final de los procesos de toma de decisión, la buena fe que debe observarse corre peligro<sup>52</sup>. A su vez, al no otorgar la posibilidad de cambiar de opinión, se lesiona el espíritu del principio, que persigue lograr un diálogo genuino entre las partes<sup>53</sup>; el SEIA, por tanto, en especial en los casos en que se desarrolla una consulta indígena tardía, no daría lugar a los procedimientos adecuados para desarrollar la consulta. En la práctica, la tendencia de las consultas indígenas desarrolladas durante la evaluación ambiental es a dejar la evaluación ambiental del proyecto en espera, lo que perjudica asimismo al titular que busca obtener la calificación ambiental de su proyecto<sup>54</sup>.

Los organismos internacionales han indicado que la consulta, para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución<sup>55</sup>, es decir, antes del diseño y ejecución de un proyecto<sup>56</sup>. En su mayoría, los procesos de consulta indígena llevados a cabo en el SEIA se efectúan de manera tardía en relación a la definición de un proyecto o actividad, una vez que el proyecto ya se encuentra totalmente definido<sup>57</sup> y tramitadas otras autorizaciones administrativas, como derechos de aprovechamiento de aguas o concesiones sobre bienes nacionales.

<sup>52</sup>“Si la consulta previa se hace, por ejemplo, hacia el final del proceso de toma de decisión, se lesiona el espíritu de buena fe que debe animar la aplicación del tratado.” Cfr. CONTESSE, Jorge, *op. cit.*, p. 196.

<sup>53</sup> Cfr. CONTESSE, Jorge, *op. cit.*

<sup>54</sup> Según se ha explicitado (vid. Nota 31) numerosos procedimientos de consulta indígena llevados a cabo en el seno de la evaluación ambiental de proyectos han requerido la suspensión del procedimiento mediante la aplicación de medidas provisionales del artículo 32 de la Ley N° 19.880, en atención a la imposibilidad de efectuar una consulta adecuada en los plazos otorgados por la normativa ambiental.

<sup>55</sup> CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L./V/II. Doc.56/09, p. 118.

<sup>56</sup> “La consulta de buena fe exige entender que el respectivo procedimiento tiene efectivo interés en recabar el parecer de las instituciones representativas de las comunidades indígenas que puedan resultar afectadas por el proyecto, de modo que exista posibilidad de establecer las adecuaciones, modificaciones u otras acciones que resulten pertinentes al caso”. DÍAZ, Iván, *op. cit.*, p. 6.

<sup>57</sup> “El control de admisibilidad y el término anticipado del procedimiento por falta de información relevante o esencial constituyen dos mecanismos diferenciados, aunque con un objetivo común. Ambos están destinados a evitar, desde el inicio de la tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, errores derivados de la falta de información entregada por el proponente. Al igual como ocurre normalmente en los

Según ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el deber de consulta requiere que se considere a los pueblos indígenas “...en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”<sup>58</sup>. En tal sentido, un aviso temprano permite una discusión interna con tiempo dentro de las comunidades que permitirá una respuesta adecuada ante el Estado.

Asimismo, la consulta debe tomar en cuenta las características socioculturales de los pueblos a ser consultados y debe efectuarse a través de las instituciones representativas de los mismos. Se trata de una doble carga para el SEA, que deberá contar con los recursos necesarios y proporcionar la asistencia debida a los pueblos indígenas, de manera que éstos puedan participar en pie de igualdad en el proceso de consulta, debiendo además contar con las herramientas necesarias para identificar las instituciones representativas que deben participar del proceso. Por diseño, la recopilación de antecedentes sobre el área de influencia del proyecto queda a cargo de la consultoría privada que pueda contratar el Titular y, considerando el interés de llevar adelante el proyecto, puede resultar cuestionada.

En este contexto, resalta la necesidad de potenciar las tratativas preliminares que pueda desarrollar el titular si debe ingresar al SEIA un proyecto que, de acuerdo con las exigencias legales y reglamentarias, ya debe traer un grado importante de definición técnica e ingenieril. Sin duda, cabría cuestionar cómo el actual sistema de evaluación puede materializar el cumplimiento de un deber propiamente estatal -que en este caso recae en el SEA-, si no es capaz de otorgar vías para una consulta indígena adecuada una vez que el proyecto ingresa a evaluación ambiental.

Por otra parte, el SEA debe otorgar antecedentes para identificar las comunidades susceptibles de ser afectadas y la forma en que podrá llevarse la consulta, sin que se le haya dotado de competencias técnicas ni recursos para asegurar que se satisfaga el deber de consulta respecto de todos los individuos pertenecientes a grupos humanos indígenas. En tal sentido, la solución de otorgar el mandato específico de desarrollar la consulta conforme al Convenio N° 169 a cada organismo específico que otorgue medidas administrativas es cuestionable, pues la competencia para enfrentar la complejidad de las materias propiamente indígenas requiere de un perfilamiento y un robustecimiento sectorial. El desarrollo de la consulta se encarga a cada organismo sectorial en base a un mandato difuso

---

procedimientos administrativos, para que la Administración pueda resolver correcta y fundadamente, debe contar con la información necesaria. En el caso del SEIA dicha información se referirá a las alteraciones que la ejecución del proyecto o la actividad sometido al sistema causarán sobre el medio ambiente, así como la idoneidad de la vía de sometimiento a través de la cual la Administración deberá ponderar dichos efectos, características o circunstancias”. BERMÚDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 300.

<sup>58</sup> CIDH. Caso Saramaka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, parr. 133.

de coordinación<sup>59</sup>, problema que afecta con particular intensidad a la autoridad ambiental enfrentada a casos complejos de consulta indígena.

### 2.3 Objetivo de llegar al consentimiento o lograr un acuerdo

La consulta indígena, no persigue informar a las comunidades indígenas ni tampoco solo se lleva a cabo para recabar su opinión<sup>60</sup>, sino que por el contrario, persigue en el contexto de un diálogo efectivo, llegar a un acuerdo o bien, conseguir el consentimiento. Así, se puede afirmar que el objetivo del Convenio es claro.

Sin embargo, a nivel nacional, el artículo 85 del RSEIA ha relativizado este objetivo al señalar que “(...) no obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta (...)”.

Lo anterior contrasta con el extremo contrario del espectro de posiciones, que ya radicaría un efectivo derecho a veto para los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Si bien existe amplio consenso en que el derecho a ser consultados no implica un derecho a veto<sup>61</sup> respecto a las medidas administrativas consultadas, el comprometer medidas concretas que no se hagan cargo de las aspiraciones de los pueblos indígenas para influir en aspectos sustanciales del proyecto puede resultar ajeno al espíritu del Convenio.

De hecho, existen casos en la normativa internacional en que la falta de consentimiento impide la concretización de medidas<sup>62</sup>: uno es el artículo 16.2 del mismo

---

<sup>59</sup> Artículo 12 Reglamento de Consulta. Responsable de los procesos de consulta. “El órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta, será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta”.

Artículo 5° Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado. “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”.

<sup>60</sup> Cfr. CONTESSE, Jorge, *op. cit.*, p. 200.

<sup>61</sup> Diversas sentencias de nuestros tribunales de justicia se han referido al tema, entre éstas: Corte Suprema sentencia de 14 de octubre de 2010, Recurso de Protección, Rol N° 4078-2010, considerandos 2° y 4°; Tribunal Constitucional sentencia de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309 considerando 38 y sentencia de 3 de abril de 2008 Rol N° 1050, considerandos 13 y 15. Asimismo lo plantean exponentes de la doctrina nacional: “En otras palabras, debe excluirse toda posibilidad de un veto mutuo al momento de realizarse la consulta”, CARRASCO, Edesio, *op. cit.*, p. 302,

<sup>62</sup> Estas normas pueden ser de todo tipo, no solo en tratados de derechos humanos o sobre medio ambiente. Por ejemplo, las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial (Estándares IFC), en su Guía de Desempeño N°7, se refieren especialmente a proyectos de inversión que pueden afectar a pueblos indígenas y establece estándares incluso más exigentes que los revisados a nivel internacional. Así, establece que es exigible el consentimiento libre e informado en los proyectos susceptibles de causar impactos en tierras y recursos naturales, ya sea que estén en régimen de propiedad tradicional o bien bajo uso consuetudinario, los que impliquen reubicación de comunidades, y los que afecten el patrimonio cultural crítico (es decir, área naturales con valor cultural o espiritual). Los estándares recogen la relevancia de incorporar procesos de consulta en etapas previas, es decir en el diseño del proyecto, resaltando el rol activo que debe tener la empresa cuando es el estado el encargado de las relaciones con pueblos indígenas.

Convenio N° 169, que prevé como requisito esencial que exista este consentimiento para acceder a la reubicación de una comunidad<sup>63</sup>. Otro caso se ubica en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, exigiendo el consentimiento previo de los pueblos indígenas para acceder al almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en sus tierras y territorios<sup>64</sup>. Incluso, según ha dispuesto la CIDH, los proyectos que supongan un impacto profundo en los derechos de propiedad (entendidos en el sentido amplio que comprende los territorios de uso ancestral) requieren un consentimiento previo<sup>65</sup>.

Al respecto, James Anaya ha señalado que “(...) si no se logra el consentimiento o acuerdo después de haberse finalizado un proceso de consulta, corresponde al Estado proceder a tomar una decisión sobre la medida sometida a consulta (...)”<sup>66</sup>. Sin embargo, dicha decisión encuentra como límite el garantizar los derechos de los pueblos indígenas, lo que debiera plantear el problema de internalizar y regular un mecanismo para que el Estado, sea en sede parlamentaria o administrativa, haga frente a diferencias insalvables entre la comunidad indígena que se encuentra incuestionablemente afectada y las vías de desarrollo económico que buscan de una aprobación.

El SEIA no establece nada parecido a lo que señala de manera irrestricta el Convenio, o quién fuera Relator de Naciones Unidas para este tema; de esta manera, se entiende que en caso de que la consulta cumpla con los estándares establecidos en el artículo 85 del RSEIA, bastará para entender como garantizado el derecho a consulta previa, pudiendo transformarse esta en un trámite formal, o bien en medidas que no dicen relación alguna con los impactos ocasionados, lo que se traduce muchas veces en una mera transacción con los pueblos indígenas que minimiza sus legítimas aspiraciones en relación con el desarrollo del proyecto.

A modo de ejemplo, se constata lo anterior en el proceso de consulta indígena del Proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”; en este caso, se aprecia que la empresa

---

<sup>63</sup> “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”. Artículo 16.2, Convenio N° 169.

<sup>64</sup> “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Artículo 29.3. Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>65</sup> “La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”. CIDH. Caso Saramaka vs. Surinam, *op. cit.*, parr. 137.

<sup>66</sup> ANAYA, James, *op. cit.*, pp 19.

firmó un “Convenio de Cooperación y Colaboración”, en el que ésta se obliga a generar puestos de trabajo, becas de estudio, fondo de obras de desarrollo comunitario, comprar un vehículo 4x4, entre otras medidas, no entendiéndose su relación con el Proyecto, dado que el acuerdo se firmó fuera del contexto del SEIA, pero finalmente termina formando parte de la RCA. Otro ejemplo de lo anterior, consiste en el reciente “Protocolo de acuerdo final” del proceso de consulta del Proyecto “Línea de Alta Tensión S/E Neltume-Pullinque”, en que las medidas acordadas consisten principalmente en mejoramiento de viviendas, conexión eléctrica y plaza de juegos infantiles.

## **Conclusiones**

De acuerdo a lo analizado y considerando los términos actuales de la reglamentación del SEIA, la obligación estatal de consultar respecto a la ejecución de proyectos de inversión contenida en el Convenio N° 169 resulta compleja de ser llevada adelante respetando los estándares internacionales. Es posible afirmar que la regla de clausura del Convenio, que requiere de una decisión final por parte del Estado en caso de no obtenerse el acuerdo ni el consentimiento de las comunidades indígenas, no ha generado una respuesta concreta que permita viabilizar correctamente la consulta indígena más allá de la participación ciudadana convencional del SEIA. La posibilidad que exista una problematización institucional respecto a la viabilidad de un proyecto o de sus características más esenciales resulta ilusoria, considerando los índices de aprobación de los proyectos en el SEIA y la piedra de tope del artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución Política.

Es así como desde una óptica del SEIA, la consulta implica necesariamente una presión sobre el sistema para readecuar sus estándares de rechazo, pues el procedimiento de evaluación ambiental en curso resulta inadecuado para hacer frente a los estándares del Convenio N° 169. Este panorama regulatorio pugna con la garantía constitucional relativa a la ejecución de actividades económicas lícitas y la seguridad jurídica, pues el sometimiento de proyectos a estándares técnico-ambientales adecuados cede en definitiva a la solución de conflictos ambientales y territoriales con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Si se pretende que el SEIA absorba y se haga cargo del deber de consulta, enfrentando las legítimas desavenencias entre los titulares y las comunidades indígenas potencialmente afectadas, buscando lograr un consentimiento de buena fe que dé cuenta de la generalidad de aspectos que forman parte del Convenio N°169 -en relación a los territorios ocupados ancestralmente, al uso ancestral de recursos y su convivencia con la explotación comercial de los mismos, entre otras materias-, parece necesario aceptar el sacrificio de un sistema que otorgue señales claras sobre los estándares vigentes cuyo cumplimiento garantiza la sustentabilidad de los proyectos de inversión.

Esta configuración ciertamente debiera llevar a reconfigurar el esquema regulatorio sobre el cual opera la actividad económica, pues no parece posible que el Estado delegue enteramente a la actividad privada el cumplimiento de los estándares del Convenio N° 169

a los proponentes de los proyectos sin asumir debidamente sus responsabilidades, generando las políticas públicas y logrando acuerdos legislativos que se hagan cargo de las múltiples aristas inconclusas que se permean al SEIA. Si ello no ocurriera, las alternativas son aceptar un sistema de cumplimiento difuso de los estándares del Convenio N° 169 -es decir, cuyo nivel de cumplimiento a los estándares del Convenio depende de la conflictividad que se pueda y/o desee promover ante las instancias de participación formales- y que genere por tanto serias incertidumbres a quienes deseen desarrollar proyectos que ingresen a evaluación, o derechamente formalizar las instancias de consulta para promover un acuerdo institucional ficto, en base a una valoración jurídica distorsionada del nivel de cumplimiento de estándares del Convenio. Esta última opción parece simplemente postergar la solución a los problemas de nuestros pueblos originarios que no desaparecerán por una institucionalidad que se encargue de minimizar conflictos.

Así, actualmente resulta bastante complejo poder afirmar que las comunidades indígenas logran realmente influir en la selección de alternativas, elaboración y puesta en marcha de un proyecto, entendiendo que la consulta debe ser un proceso y no un acto meramente singular. Es paradigmático que la posibilidad de influir en los proyectos se identifique con las posibilidades recursivas que otorga la infracción al deber de consulta, en lugar de enfocar los esfuerzos en definir tempranamente proyectos que cumplan con este deber y respeten los derechos de los pueblos indígenas.

Resulta deseable poder generar instancias de participación previas al ingreso al SEIA, dado que si bien, este sistema resulta integrador de muchos organismos del Estado, requiere de una definición tal del proyecto que impide una real intervención posterior en el mismo por parte de las comunidades indígenas. Dicha posibilidad deberá ser analizada procurando que las autoridades a cargo tengan conocimientos respecto a las variables ambientales y culturales, así como también económicas y sociales, dado que en no ser así, sería un retroceso respecto de la situación actual. Es necesario que el Estado invierta recursos en generar incentivo y apoyo a la participación indígena, de manera de poder avanzar en garantizar sus derechos fundamentales.

Recibido: 5-11-2015

Aceptado: 19-12-2015