

DOCTRINA

## Más allá del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: La procedencia de la consulta indígena en la legislación ambiental sectorial

*Beyond the Environmental Impact Assessment System: The applicability of indigenous consultation in sectoral environmental legislation*

Gonzalo Sánchez Sandoval

*Investigador independiente*

**RESUMEN** El artículo analiza el diseño regulatorio del supuesto de procedencia de la consulta indígena en los actos administrativos ambientales, distinguiendo entre la resolución de calificación ambiental y los restantes actos administrativos sectoriales. Mientras que la primera cuenta con una regulación más detallada respecto del supuesto de procedencia de la consulta, los demás actos se encuentran sujetos a cuerpos normativos de distinta jerarquía que se contradicen entre sí, lo que genera una tensión al momento de evaluar la procedencia de la consulta indígena. Aunque parte de la doctrina advertía una restricción reglamentaria del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el análisis de la jurisprudencia reciente demuestra que la procedencia de la consulta indígena se evalúa conforme a los estándares internacionales y no de acuerdo con el desarrollo reglamentario de derecho interno. Si bien los tribunales ambientales razonan aún en clave de derecho interno, los tribunales ordinarios han ido superando los requisitos reglamentarios, reafirmando la primacía del Convenio 169 sobre la normativa infralegal. Esta nueva comprensión del sistema de fuentes genera desafíos para el Estado, pues se vuelve necesario establecer una legislación especial que diluya la incertidumbre generada por el derecho interno y que se haga cargo de la situación indeseada de la pluralidad de procesos de consulta respecto de actos administrativos vinculados con un solo proyecto o actividad.

**PALABRAS CLAVE** Consulta Indígena, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, reglamento general de consulta, susceptibilidad de afectación directa, actos administrativos ambientales.

**ABSTRACT** The article analyzes the regulatory design of the criterion for triggering Indigenous consultation in environmental administrative acts, distinguishing between

the environmental qualification resolution and other sectoral administrative acts. While the former has a more detailed regulation regarding the criterion for triggering consultation, the other acts are subject to normative frameworks of varying hierarchical levels that contradict each other, creating tension when assessing the applicability of Indigenous consultation. Although part of the legal scholarship had warned of a regulatory restriction of International Labor Organization Convention 169, the analysis of recent case law shows that the applicability of indigenous consultation is assessed according to international standards rather than domestic regulatory developments. While the environmental tribunals still reason within the framework of domestic law, ordinary courts have gradually moved beyond regulatory requirements, reaffirming the primacy of Convention 169 over infralegal norms. This new understanding of the legal sources system poses challenges for the State, as it becomes necessary to establish special legislation to reduce the uncertainty generated by domestic law and to address the undesirable situation of multiple consultation processes concerning administrative acts related to a single project or activity.

**KEYWORDS:** Indigenous consultation, International Labor Organization Convention 169, general consultation regulation, susceptibility of direct impact, environmental administrative acts.

## Introducción

A más de diez años de la entrada en vigor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de los principales instrumentos normativos de derecho interno que regulan el derecho a la consulta en Chile, y contrario a lo que se había advertido por la doctrina en un inicio (Contesse y Lovera, 2011: 150-151), en la jurisprudencia se aprecia una tendencia cada vez más favorable a aplicar los estándares internacionales.

Excluyendo las medidas legislativas, la regulación del supuesto de la consulta indígena en Chile presenta un carácter bifronte, según si se trata de una resolución de calificación ambiental (RCA), o bien de un acto administrativo diverso. Sobre la consulta indígena en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), existe una abundante literatura que ha tratado de explicar —o incluso controvertir— la homologación que se hiciera entre los impactos que imponen la necesidad de elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y la susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la consulta (Donoso, 2014: 57-82; Guerra, 2017: 22-26; Carmona, 2020: 219-224). Sin embargo, tratándose de los actos administrativos ambientales especiales, distintos de la RCA, falta doctrina actual que explique cómo opera el supuesto de procedencia de la consulta a partir de los recientes avances jurisprudenciales que se dieron desde 2020.

El objetivo de este trabajo es analizar cómo ha quedado configurado normativa-

mente el supuesto de procedencia de la consulta indígena en Chile, tratándose de actos administrativos ambientales distintos de la RCA, y contrastar dicha configuración con los pronunciamientos jurisprudenciales. Este contraste es útil y necesario a la hora de evaluar la procedencia de la consulta en casos sucesivos.

## **El modelo chileno de consulta indígena y la dualidad de regímenes jurídicos**

Tras la entrada en vigor del Convenio 169, constituyó un importante desafío la forma en que el Estado daba cumplimiento y ejecutaba dicho tratado. Aunque el convenio tiene un contenido sustantivo que desborda las cuestiones de los mecanismos de participación, la preocupación central estuvo determinada por los procesos de consulta. Esto puede explicarse, por una parte, porque la consulta es la «piedra angular» del Convenio 169 (OIT, 2013: 11), vale decir, la institución central que opera como garantía de los demás derechos de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectarles. Por otra parte, porque existía consenso en que las disposiciones relativas a la participación eran inmediatamente exigibles por los pueblos indígenas. Se trata de una criticada distinción que, a propósito del Convenio 169, fue introducida por el Tribunal Constitucional a inicios del 2000 (Contesse y Lovera, 2010: 29-36; Urrutia, 2022: 64-74). Hoy puede afirmarse que se trata de una distinción ya superada, tanto por el propio Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia de los tribunales de justicia, incluida la Corte Suprema (Sánchez, 2022: 255).

El hecho de que el Estado de Chile haya optado por reglamentar disposiciones autoejecutables del Convenio 169 reviste de una particularidad, pero no es una opción respecto de la cual deban presentarse reparos. La idea de que los procesos de consulta deben realizarse a través de «procedimientos apropiados», acorde al artículo 6 número 1 letra a) del convenio, hace preferible que sean los propios Estados los que definan las formas y modos en que han de desarrollarse dichos procesos. Fue el propio tribunal constitucional el que señaló que regular el procedimiento de consulta es una «necesidad urgente», pues «la autoejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo, sino que, por el contrario, lo impele».<sup>1</sup>

La pretensión de regular el procedimiento de consulta, entonces, parece impecable. Sin embargo, en la ejecución de esta idea se ha incurrido en dos problemas, uno de tipo formal y otro de tipo sustantivo. En el plano formal, el reparo se plantea a propósito del instrumento empleado para regular el procedimiento de consulta, un reglamento, aunque lo óptimo es que ello se haga a través de una ley (Herrera, 2014: 229). En el plano sustantivo, y es aquí donde ocurren los problemas venideros, la objeción se plantea desde el momento en que el reglamento decide regular cuestiones

---

1. Sentencia rol 2.387, Tribunal Constitucional, 23 de enero de 2013.

que van mucho más allá de lo procedimental, e incorpora, en los hechos, alteraciones a cuestiones sustantivas que ya estaban reglamentadas en el Convenio 169.

Específicamente, el aspecto más problemático dice relación con el elemento que gatilla la consulta: la susceptibilidad de afectación directa. El artículo 6 número 1 letra a) del Convenio 169 dispone con claridad que los gobiernos deberán «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». Por su parte, el Decreto Supremo 66 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 número 1 letra a) y número 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga la normativa que indica (también denominado reglamento general de consulta), dispone en su artículo 7:

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

En contraste con la norma convencional homóloga, se puede apreciar que el Reglamento General de Consulta redefine y reconceptualiza lo que ha de entenderse por susceptibilidad de afectación directa, introduciendo aspectos ajenos a lo regulado en el derecho internacional (Guerra, 2017: 24). Las preocupaciones acerca de la restricción del Convenio 169 de la OIT e, incluso, de un incumplimiento del tratado (Astudillo, 2017: 148), son del todo atendibles.

Ahora bien, existe un acto administrativo ambiental especial cuyos supuestos de procedencia de consulta tienen una regulación especial: la RCA.<sup>2</sup> El artículo 8 del reglamento general de consulta establece, en lo pertinente, que:

La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 19300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos

---

2. Es importante destacar que, aunque los reglamentos no sean del todo explícitos, la única RCA que es consultable es la que deriva de la evaluación de un EIA.

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

Si bien la Ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente no se refiere específicamente al proceso de consulta indígena, salvo el principio general de participación regulado en su artículo 4 inciso segundo, es el Decreto Supremo 40 del Ministerio del Medio Ambiente que Aprueba el Reglamento del SEIA el que establece específicamente en qué casos corresponde decretar un proceso de consulta indígena en el marco de las evaluaciones ambientales.

De esta forma, a nivel de derecho interno estamos en presencia de una dualidad de regímenes jurídicos de la consulta según qué tipo de acto administrativo es susceptible de ser consultado. La distinción crucial radica en determinar si se trata de una RCA, o bien, de un acto administrativo distinto.

Con todo, y dado que el Convenio 169 se encuentra vigente en Chile con un contenido imperativo que es autoejecutable, puede argumentarse que el artículo 6 número 1 letra a) también resulta aplicable para efectos de determinar cuándo ha de decretarse un proceso de consulta, con independencia del desarrollo reglamentario de derecho interno.<sup>3</sup>

Se observa, entonces, que en Chile tenemos una doble dualidad de regímenes de consulta. El Convenio 169 de la OIT y el reglamento general de consulta tienen regulaciones distintas acerca del supuesto de procedencia de la consulta, por lo que en un caso concreto ha de decidirse qué norma prima. Si se ha seguido el camino de preferir la normativa interna, sucede que también hay una dualidad de regímenes, pues se aplicarán reglas distintas según se trate de una RCA, o bien, de otro acto administrativo.

Toda esta dispersión de regímenes genera un cierto grado de dificultad al momento de resolver casos concretos, pues ha de decidirse cuál de todos los cuerpos normativos tiene preferencia o, en caso de que se estimen todos aplicables, cual es el ámbito de cada uno. La situación se ha vuelto tan confusa que hay casos del SEIA que se han resuelto aplicando el reglamento general de consulta, pero bajo los estándares del Convenio 169 de la OIT, como si todo pudiera resolverse con una mescolanza de normas y criterios.<sup>4</sup>

Ante esta dispersión de normas, con distintos estándares, pero referidas a una

---

3. A pesar de que este trabajo no pretende abordar el desafío que este problema presenta para la teoría del derecho y de las fuentes, en mi opinión, la contraposición entre el artículo 7 del reglamento general de consulta y el artículo 6 número 1 letra a) del Convenio 169 representa un problema de antinomia, no de validez del reglamento. No se trata de juzgar la validez en virtud de las normas del Convenio, sino de determinar cuál norma se aplica en un caso concreto. El criterio de jerarquía y el principio *pro persona* llevan a sostener que la antinomia se resuelve en favor del Convenio 169.

4. Véase sentencia 85.957/2021, Corte Suprema, 14 de febrero de 2022.

misma materia, corresponde hacer un esfuerzo de sistematización con la finalidad de ir acotando espacios de incertidumbre en los operadores jurídicos. Es esta pretensión la que motiva la sistematización que se presenta a continuación.

### La armonía del reglamento general de consulta con el Convenio 169

No es el objeto de esta investigación abordar la especial configuración de la consulta indígena en el marco del SEIA, materia sobre la cual hay diversidad de trabajos académicos con posturas bastante críticas. Soy del parecer que una correcta lectura del reglamento del SEIA y la Ley 19300 permite concluir que la procedencia de la consulta en el SEIA se ajusta al Convenio 169 (Sánchez, 2022: 260-268).

En general, se ha sostenido que el reglamento del SEIA establecería requisitos de procedencia exigentes para la consulta al haberse homologado los impactos significativos que hacen procedente un EIA con la susceptibilidad de afectación directa establecida en el Convenio 169. Esto trae como consecuencia, por una parte, que se introdujera una exigencia ajena al Convenio 169 y, por otra, que se excluyera la consulta en las declaraciones de impacto ambiental (Mahn, 2021: 72-73).

Es posible argumentar que la homologación de los «impactos significativos» con la «susceptibilidad de afectación directa» no es problemática, toda vez que el primero solo sea empleado para hacer referencia a los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19300 que hacen exigible un EIA (artículo 2 reglamento SEIA). De la simple lectura de dicho artículo se desprende que no todos los literales incorporan elementos de significancia, no obstante, el literal d) reconoce expresamente la susceptibilidad de afectación a población protegida como causal de ingreso por EIA. Luego, la idea de que el SEIA requiere un impacto de determinada magnitud (significancia) para que proceda la consulta es normativamente injustificada.

Así, para que se configure la susceptibilidad de afectación en el marco del SEIA, debiera bastar con que se trate de un proyecto o actividad que se desarrolle en territorio indígena (Carmona, 2020: 222) o que tenga la aptitud de afectar componentes ambientales que sean aprovechados por los pueblos indígenas. En todos estos casos, se genera tanto el deber de consultar como la necesidad de evaluar el proyecto mediante un EIA.<sup>5</sup> Esta circunstancia se ve reforzada por el desarrollo reglamentario de las causales de ingreso a dicho instrumento, en el que es el territorio indígena, o los recursos naturales existentes en él, lo que determina si un impacto se traduce en susceptibilidad de afectación directa (artículos 5 al 10 del reglamento del SEIA). La exigencia de significancia del impacto no se deriva de ninguna de sus normas, por lo

---

5. La imbricación implica que, si un proyecto evaluado mediante EIA genera la susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas, aunque no podrá ser sometido a consulta indígena, deberá ser necesariamente rechazado en virtud de la causal establecida en el artículo 19 inciso tercero de la Ley 19300.

que se trata de un criterio extrajurídico y *contra legem*.

Se puede concluir, entonces, que el supuesto de procedencia de la consulta indígena en el SEIA es uno solo: la susceptibilidad de afectación directa. La elección de una u otra norma no impacta en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. A esta conclusión se arriba tanto por aplicación directa del Convenio 169 o por aplicación del reglamento del SEIA. la antinomia del reglamento general de consulta con el Convenio 169

Desde el punto de vista del derecho interno, salvo la RCA, todos los actos administrativos ambientales regulados en legislaciones sectoriales, incluso en la Ley 19300, se someten al reglamento general de consulta. Con ello se genera una tensión importante, porque este reglamento establece criterios diversos a los del Convenio 169 para determinar cuándo se está en presencia de una medida administrativa susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.

La tensión se genera en aquellos casos en que, luego de una petición de consulta por las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas, la administración se niega a decretar un proceso de consulta e invocar los criterios reglamentarios. Como dichos criterios no están contenidos en el tratado internacional que justifica la petición de los pueblos interesados, la judicialización es inevitable.

Desde la teoría del derecho, se está en presencia de una antinomia entre el artículo 7 del reglamento general de consulta y el artículo 6 número 1 letra a) del Convenio 169. Mientras el primero, en un caso concreto, deniega el derecho a la consulta, el segundo, lo exige.

Tras más de diez años de vigencia de este esquema regulatorio, corresponde analizar cómo ha sido resuelta esta antinomia por la jurisprudencia.

Las restricciones del reglamento general de consulta: un estudio de casos en la jurisprudencia reciente De su simple lectura, se desprende que son tres los elementos introducidos por el artículo 7 del reglamento general de consulta que son ajenos al artículo 6 número 1 letra a) del Convenio 169 de la OIT: i) que se trate de un acto formal que contenga una declaración de voluntad de la administración; ii) que dicho acto tenga una naturaleza no reglada con un margen de discrecionalidad para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento; y iii) que sea causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. A continuación, se analizará cómo la jurisprudencia ha abordado cada uno de estos elementos.

Un acto formal que contenga una declaración de voluntad de la administración

De acuerdo con el artículo 7 del reglamento general de consulta, para que se trate de una medida susceptible de afectar a pueblos indígenas se requiere que esta emane

de un acto formal que contenga una declaración de voluntad de la administración.<sup>6</sup> Aunque son pocos los casos en que se ha discutido este requisito, es posible encontrar sentencias que han tenido la ocasión de pronunciarse sobre él.

En uno de estos casos, la Corte de Apelaciones de Concepción acogió un recurso de protección por ausencia de consulta indígena en el marco de la elaboración de una «Guía para el desarrollo participativo de proyectos de energía», a cargo del Ministerio de Energía. En el informe del recurso, la autoridad recurrida argumentó que: «ninguna de las guías que ha elaborado el Ministerio de Energía, y que actualmente se encuentran en proceso de actualización, cumplen con el requisito básico y fundamental de constituir una medida administrativa, y menos aún legislativa» toda vez que ellas «no han sido aprobadas por el Ministerio de Energía a través de la dictación de ningún tipo de acto administrativo, atendida la naturaleza indicativa y no vinculante».<sup>7</sup> La Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo:

OCTAVO: Que, aun cuando pudiera estimarse que el estándar de lo debido en cuanto a la exigencia de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile respecto de la consulta indígena establecida en el Convenio 169 de la OIT se ha de cotejar de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social antes citado, y que solo deberán consultarse a los pueblos indígenas las medidas administrativas o legislativas señaladas en su artículo 7, lo cierto es que dicho decreto solo es un instrumento jurídico de nivel inferior, ni siquiera de rango legal y que es de mero derecho interno, por lo que, pese a sus definiciones, prima por sobre él el contenido obligacional convencional del propio Convenio 169, el cual, por concernir a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene un rango superior, que incluso constituye límite para el ejercicio de la soberanía nacional, tal como prescribe el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

NOVENO: Que, si se limitara el contenido de la obligación convencional referida, de efectuar las consultas indígenas solo a aquellos casos en que exista un acto formal de la administración, que reúna las características descritas en el citado texto del Decreto 66, se estaría restringiendo el ámbito de la obligación estatal, propiciándose una interpretación que es contraria al de la adecuada protección de los sujetos beneficiarios de ella [...]. Es por ello que el principio *pro persona*, entendido como preferencia normativa, tiene como una de sus manifestaciones la preferencia por la

---

6. Aunque se trata de un requisito que no está presente en el Convenio 169, resulta difícil apreciar cómo es que genuinamente este establezca trabas al ejercicio de consulta, si se considera que prácticamente todos los actos administrativos son formales y contienen declaraciones de voluntad de la administración. El artículo 3 inciso segundo de la Ley 19880 define acto administrativo como «las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública».

7. Sentencia rol 13.031-2020, Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de septiembre de 2020.

norma más protectora.<sup>8</sup>

Como puede apreciarse, la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió la antinomia recurriendo a criterios de jerarquía<sup>9</sup> y *pro personae*,<sup>10</sup> de modo que el requisito establecido a nivel reglamentario es desplazado por la norma convencional.

En la jurisprudencia también se ha discutido la inexistencia de una declaración de voluntad de la administración en el otorgamiento de concesiones mineras, las que se conceden mediante actos judiciales no contenciosos. En general, los tribunales han sido reacios a sostener que en este tipo de procesos puede existir consulta indígena,<sup>11</sup> pero esta discusión va mucho más allá de la contraposición entre el reglamento general de consulta y el Convenio 169, pues este último tratado señala que son consultables las «medidas administrativas o legislativas», sin incluir las judiciales.<sup>12</sup>

### La naturaleza no reglada y discrecional del acto administrativo

La naturaleza no reglada del acto administrativo que permita el ejercicio de un margen de discrecionalidad para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento ha generado un mayor debate en la jurisprudencia. Ahora bien, este debate no ha alcanzado a llegar al problema que plantea el reglamento general de consulta, que consiste

---

8. Sentencia rol 13.031-2020, Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de septiembre de 2020. Fue confirmada por la Corte Suprema en sentencia rol 125.619-2020, 1 de junio de 2021.

9. Se trata del clásico método de resolución de antinomias en derecho, en virtud del cual se debe dar preferencia a la norma de mayor rango.

10. El principio *pro personae* consiste en un método de interpretación que exige preferir «aquella interpretación de las normas de derecho interno que otorgara la protección más amplia y profunda de los derechos humanos» (Nash, 2024: 187).

11. Como excepción, la Corte de Apelaciones de Temuco dictó una sentencia que dejó abierta la puerta a este tipo de procesos: sentencia rol 297-2020, Corte de Apelaciones de Temuco, 28 de septiembre de 2020. Asimismo, véase Guerra (2022: 337-344) para un comentario de las implicancias del fallo.

12. Son dos los argumentos para sostener que procede la consulta indígena en el otorgamiento de concesiones mineras, pese a que se concedan por resolución judicial. Primero, porque los actos judiciales no contenciosos, por su naturaleza, se asimilan a actos administrativos, y una interpretación finalista del artículo 6 número 1 letra a) determina que ellos no están excluidos dentro de las «medidas administrativas». Segundo, que tratándose de concesiones mineras, corresponde aplicar el artículo 15 número 2 del Convenio 169: «En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras». La norma no distingue el tipo de acto por medio del cual se autoriza la prospección o explotación de recursos naturales existentes en territorio indígena. Para un profundo desarrollo argumentativo en favor de la consulta en estos casos, véase Carmona (2020: 157-193).

en el espinudo desafío de discernir entre lo reglado y lo discrecional. Tratándose de actos administrativos ambientales, es difícil categorizarlos como completamente discrecionales o reglados, ya que lo usual es que se trate de actos administrativos de carácter mixto,<sup>13</sup> respecto de los cuales el reglamento general de consulta entrega pocos criterios para determinar la procedencia de la consulta.

En la jurisprudencia, en cambio, el debate ha ido por otra senda, porque lo que usualmente se ha argumentado es la naturaleza reglada del procedimiento, no del acto terminal. La distinción, aunque sutil, es relevante, porque prácticamente todos los procedimientos administrativos son de tipo reglado y, de seguirse dicho criterio, la consulta indígena nunca sería procedente.

Llamativamente, la jurisprudencia no ha advertido este punto. En los casos en que se ha resuelto en favor de la consulta, sencillamente se ha optado por aplicar directamente el Convenio 169 de la OIT. En otros, sin embargo, se ha denegado la consulta en virtud de argumentos que son jurídicamente insostenibles. Es lo que ocurrió con el caso *Central hidroeléctrica Añihuerraqui*, en el que la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de protección ante la negativa a la consulta en el marco de una solicitud de concesión eléctrica definitiva. Entre otros argumentos, la Corte sostuvo que la concesión eléctrica se otorga «dentro de un procedimiento reglado que no contempla para su otorgamiento, que en forma previa, en razón al territorio en que se concede y características de los predios en que se instalará, se efectúe la realización de una consulta indígena», y que «la Ley General de Servicios Eléctricos no faculta a la Superintendencia del ramo para hacer alteraciones o cambios en el procedimiento reglado a que debe sujetarse la tramitación de una solicitud de concesión eléctrica aprobándola o denegándola», con lo cual concluye que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles «no está facultada para decretar la consulta».<sup>14</sup>

Los argumentos transcritos, abandonados por la jurisprudencia actual, son incorrectos e inductivos a error. Con toda certeza se puede afirmar que, salvo el SEIA, ningún procedimiento administrativo contempla en su propia regulación la realización de un proceso de consulta indígena,<sup>15</sup> menos tratándose de procedimientos reglados por leyes previas a la entrada en vigor del Convenio 169. Precisamente por

---

13. Véase artículo 30 de la Ley 20600, que establece un límite para el control judicial de los actos administrativos ambientales, por cuanto no podrán «determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

14. Sentencia rol 23.272-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de agosto de 2018.

15. Lo más cercano se encuentra en el artículo 34 inciso segundo de la Ley 21455, en cuanto dispone que «la participación ciudadana deberá permitir el acceso oportuno y por medios apropiados a la información necesaria para un efectivo ejercicio de este derecho. Asimismo, considerará la oportunidad y mecanismos para formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas, considerando criterios de viabilidad legal, pertinencia técnica y oportunidad; sin perjuicio de los estándares propios de los procesos de consulta indígena que deban llevarse a cabo, cuando corresponda».

ello, tanto el Convenio 169 como el reglamento general de consulta se aplican a la generalidad de los procedimientos administrativos. Por otra parte, es irrelevante que la ley especial no confiera atribuciones al órgano para hacer modificaciones al procedimiento, porque, en realidad, son el Convenio 169 y el reglamento general de consulta los cuerpos normativos que le imponen este deber. Finalmente, el hecho de que la administración solo pueda aprobar o denegar una concesión nada dice acerca del carácter discrecional del acto administrativo, pues la disyuntiva entre aprobar y rechazar se presenta en el otorgamiento de todo tipo de autorizaciones y permisos, sin que ello implique negar su carácter discrecional.

Así, es posible apreciar que el carácter reglado del procedimiento y la omisión de la ley especial respecto a la consulta no han sido impedimento para que la jurisprudencia entienda que deba decretarse dicho proceso. Recientemente la Corte Suprema señaló que:

No resulta admisible los argumentos de la recurrida y la autoridad administrativa, en cuanto a que [...] el procedimiento de autorización de una estación base, atendido que se encuentra integrante (sic) reglado en la Ley General de Urbanismo y Construcción, su ordenanza, el Título II de la Ley General de Telecomunicaciones sobre las Concesiones y Permisos y el decreto de adjudicación, no admite que el órgano administrativo pueda abrir una etapa de consulta indígena, porque aquella no se encontraría contemplada en dicha normativa, [pues] cabe señalar que los órganos del Estado tienen la obligación de ajustar su actuar al ordenamiento jurídico, lo cual, en el caso de autos, y a diferencia de lo sostenido por la recurrida, no se agota en la normativa que citó, porque las personas involucradas —comunidades indígenas—, además, se encuentran reglamentadas por una legislación especial, que el Estado, igualmente, se encuentra obligado a cumplir, en consecuencia, la no aplicación de dicha normativa por el órgano administrativo al momento de verificar que el particular ejecutara su proyecto, redundaría en que el actuar de ninguno de ellos se ajuste a derecho.<sup>16</sup>

En sentido similar resolvió la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al establecer que:

No resulta atendible lo señalado por la reclamada en cuanto a que, en razón del carácter reglado que tiene la aprobación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, este tipo de proyectos no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, correspondiendo su aprobación o rechazo a la Dirección General de Aguas, conforme a la normativa específica establecida en el Código de Aguas y en el Decreto Supremo M. O. P. 203 de 2013. Ello no es así, toda vez que la consulta es pro-

---

16. Sentencia rol 248.067/2023, Corte Suprema, 27 de agosto de 2024.

cedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como lo indica el artículo 6 del Convenio 169, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile.<sup>17</sup>

Finalmente, cabe destacar la sentencia de la Corte Suprema de 19 de septiembre de 2021, que se pronuncia respecto de la decisión del Consejo de Monumentos Nacionales a desarrollar un proceso de diálogo con comunidades indígenas, sin decretar consulta, en el marco de una caracterización arqueológica. En el fallo, la Corte Suprema recordó que «en nuestro ordenamiento jurídico es, precisamente, el procedimiento de consulta indígena el mecanismo de diálogo idóneo entre los integrantes de los pueblos originarios y la administración del Estado», y concluyó que:

La instrucción de «diálogo con las comunidad indígenas interesadas en el procedimiento» sin más resulta ilegal, si se considera que con tal orden el Consejo de Monumentos Nacionales está creando formalidades procedimentales ajenas a la ley y los reglamentos, en contravención a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 18575, y vulnerando, además, lo estatuido en el artículo 7 inciso segundo de la Carta Fundamental, que le prohíbe atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le ha conferido en virtud de la Constitución o las leyes.<sup>18</sup>

Se concluye, entonces, que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios ha tendido a favorecer la realización de procesos de consulta, aun cuando el procedimiento que regula el acto administrativo no lo contemple dentro de sus trámites. La defensa de la administración, en orden a no abrir procesos de consulta indígena en procedimientos reglados, es jurídicamente inadmisibles, porque, salvo el SEIA, no hay ningún procedimiento especial en Chile que contemple expresamente la realización del proceso de consulta indígena. Precisamente por ello, el reglamento general de consulta y el Convenio 169 se aplican con carácter general y supletorio. El dilema, entonces, consiste en el requisito de carácter discrecional de la potestad que se pretende ejercer, cuestión que nada tiene que ver con el carácter reglado del procedimiento.

## El impacto significativo y específico

La superación del requisito del «impacto significativo y específico» para decretar consulta, que ocurre a partir del 2020, marca uno de los principales hitos en la pro-

---

17. Sentencia rol 14/2019, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de octubre de 2020. Cabe destacar que, de forma reciente y posterior al envío de este artículo, la Corte de Apelaciones de Santiago también sostuvo que era procedente la consulta indígena respecto del acto administrativo que autoriza la exploración de aguas subterráneas (sentencia rol 659/2023, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2025).

18. Sentencia rol 17.289/2021, Corte Suprema, 19 de septiembre de 2021.

tección de los derechos de los pueblos indígenas. El caso en cuestión versaba sobre un recurso de protección interpuesto respecto de la ausencia de consulta indígena en una licitación para el mejoramiento de un parque nacional, toda vez que, a juicio de la autoridad administrativa, no se encontraba acreditado que dicho proyecto afectaría a los pueblos indígenas. La Corte Suprema sostuvo que:

No resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedía por no existir afectación a las comunidades y personas naturales en nombre de quienes se recurre, puesto que la obligatoriedad de este proceso exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta.<sup>19</sup>

Este es un criterio que se ha repetido en variadas oportunidades<sup>20</sup> y demuestra una desaplicación del reglamento general de consulta. Resulta claro que la «potencialidad de afectación» dista mucho de un «impacto significativo y específico», por lo que la Corte razona considerando el mandato del artículo 6 número 1 letra a) del Convenio 169.

Esta interpretación es correcta porque el Convenio 169 es un instrumento normativo de rango superior, y su artículo 6 número 1 letra a) es autoejecutable, por lo que desplaza lo prescrito en el reglamento general de consulta. Se trata de una antinomia que se resuelve en virtud de criterios de jerarquía y *pro persona*, razonamiento que debe celebrarse, porque la solución inversa invitaría a invocar disposiciones de derecho interno para incumplir un tratado internacional.

## El caso de los tribunales ambientales

Los casos analizados precedentemente se dan en el contexto de conocimiento y resolución de acciones de protección o acciones especiales ante la judicatura ordinaria. En relación con los tribunales ambientales, la mayoría de los casos se enmarcan en el SEIA y solo en pocas ocasiones han tenido que pronunciarse acerca de la procedencia de la consulta indígena en otros actos administrativos ambientales. El Primer Tribunal Ambiental se ha pronunciado sobre la (im)procedencia de decretar procesos de consulta indígena en el marco de la tramitación de un Programa de Cumplimiento (PdC) presentado en el contexto de un procedimiento sancionatorio. En las sentencias, el tribunal ha sostenido que la resolución que se pronuncia sobre un PdC es un acto trámite cualificado que resuelve el fondo del asunto planteado. No obstante, al

---

19. Sentencia rol 138.439/2020, Corte Suprema, 29 de marzo de 2021.

20. Véanse sentencia rol 75.957/2021, Corte Suprema, 14 de febrero de 2022; sentencia rol 4.838/2022, Crte Suprema, 26 de agosto de 2022; sentencia rol 78.935/2021, Corte Suprema, 14 de octubre de 2022; sentencia rol 162.630/2022, Corte Suprema, 1 de agosto de 2023; sentencia rol 248.067/2023, Corte Suprema, 27 de agosto de 2024.

tratarse de un acto de naturaleza sancionatoria —o que se enmarca dentro del *ius puniendi* estatal— es incompatible con la realización de un proceso de consulta:

No es posible admitir la consulta indígena dentro de un procedimiento sancionatorio, toda vez que esta resulta incompatible con los alcances y objetivos de este tipo de asuntos [...]. Pretender sostener que [la] intervención en calidad de terceros interesados les confiere el derecho a ser consultados por estimarse que sufren algún tipo de afectación con la conducta del infractor, implicaría desnaturalizar el objeto del aspecto colaborativo de dicha intervención, para transformarlo en uno de tipo dispositivo de una potestad exclusiva y excluyente del Estado.<sup>21</sup> En otra sentencia, el Primer Tribunal ambiental razonó:

Centésimo sexagésimo séptimo. Que, la aprobación de un PdC no le otorga a la [Superintendencia del Medio Ambiente] un margen de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo en los términos que exige el convenio 169 ya citado, por lo que forzar la aplicación de la [consulta indígena] terminaría desnaturalizando una u otra institución.

Centésimo sexagésimo octavo. Que, por otro lado, el legislador ha plasmado con absoluta claridad sobre la aplicación de la consulta indígena cuando así lo ha decretado como en el caso del SEIA; y como contrapartida, no incluye la consulta indígena en la [Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente], ni en particular en el Título III de la Infracciones y Sanciones (sobre el procedimiento sancionatorio); ni para la aprobación o rechazo de un PdC según el DS 30/2012.<sup>22</sup>

Como ya lo han resaltado otros autores (Mahn, 2021: 75-78), son cuestionables los razonamientos del Primer Tribunal Ambiental. En primer lugar, es incorrecto

---

21. Sentencia rol R-17-2019, Primer Tribunal Ambiental, 26 de diciembre de 2019. Véase también sentencia rol R-25-2019, Primer Tribunal Ambiental, 30 de diciembre de 2019. Cabe destacar que la Corte de Apelaciones de Antofagasta se pronunció posteriormente, vía recurso de protección, sobre la (im) procedencia de la consulta indígena en el marco de la tramitación del PdC en el mismo procedimiento sancionatorio. La Corte compartió los argumentos del Primer Tribunal Ambiental y concluyó que «no cabe duda de que el procedimiento bajo el cual se sustancia el Programa de Cumplimiento no es susceptible de consulta indígena, desde que para la procedencia de la consulta indígena es requisito que se trate de un acto legislativo o administrativo, hecho del cual carece el Programa de Cumplimiento al tener naturaleza sancionatoria» (sentencia rol 22.339-2022, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 25 de noviembre de 2022). El argumento de la Corte es equivocado, pues un PdC no es, en estricto rigor, un acto de la administración, sino que del administrado, por lo que mal podría tener naturaleza sancionatoria, ya que el particular no ejerce potestades públicas y mucho menos se puede sancionar a sí mismo. Pero si la Corte se refiere no al PdC, sino a la decisión de la administración respecto de él, es incomprensible que este último acto no sea administrativo. La Corte parece insinuar que los actos sancionatorios de la administración no podrían ser actos administrativos, cuestión que no se ha planteado por la doctrina hasta el momento y que de aceptarse constituiría un cambio radical de paradigma del procedimiento administrativo sancionador.

22. Sentencia rol R-21-2019, Primer Tribunal Ambiental, 27 de octubre de 2020.

sostener que los PdC hacen parte del *ius puniendi* estatal, y mal podría serlo porque es un acto propio del particular y el acto que le corresponde a la administración es sencillamente aprobarlo o rechazarlo. Es cierto que los PdC se enmarcan en un procedimiento sancionatorio, pero el efecto principal de su presentación es, precisamente, suspender el procedimiento y, para el evento de que sea aprobado y ejecutado satisfactoriamente, lograr la eximición de la sanción. Tanto la sanción como los incentivos al cumplimiento tienen el mismo objetivo: reafirmar el cumplimiento de la normativa, pero solo el primero de los instrumentos es genuinamente ejercicio del *ius puniendi*, mientras que los segundos constituyen una renuncia o atenuación de él.

En segundo lugar, es cierto que la consulta indígena y los PdC tienen objetivos y finalidades distintas, pero de ello no se puede derivar su incompatibilidad. En este argumento están presentes las falacias de la falsa dicotomía y de *non sequitur*, porque ninguna relación tiene la finalidad del acto que se pretende consultar con la procedencia o improcedencia de la consulta. De hecho, los procesos de consulta indígena se dan en el marco de procedimientos con finalidades variadas y diversas, y no se ha sostenido allí tal argumento.<sup>23</sup> No hay norma convencional, legal, ni siquiera reglamentaria que establezca como requisito que la medida que se pretende consultar deba tener determinados objetivos y no otros. Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que la intervención de los pueblos indígenas debe considerarse apriorísticamente como favorable a la protección del medio ambiente,<sup>24</sup> lo que reafirma la total compatibilidad del proceso de consulta en la tramitación de un PdC cuyo objetivo es, a la postre, el cumplimiento de la normativa ambiental.

En tercer lugar, el distingo de la intervención en calidad de terceros y la intervención a través de la consulta, en orden a que la primera tendría un carácter colaborativo y la segunda, dispositiva, es artificial. La consulta indígena es justamente un mecanismo colaborativo de diálogo que permite tomar en cuenta las particularidades y perspectivas de los pueblos indígenas (Guerra y Sánchez, 2021: 27-28), sin que ello implique una transferencia de potestades, toda vez que los poderes decisorios se

23. Si se sigue el argumento del Primer Tribunal Ambiental, en orden a que la consulta indígena sería improcedente en un PdC porque mientras el procedimiento sancionatorio pretende imponer una sanción, la consulta indígena está orientada a favorecer un diálogo, entonces esta no procedería prácticamente en ningún caso. Es como si se argumentara que no procede la consulta indígena en el SEIA porque la evaluación ambiental tiene como objetivo determinar que los proyectos se ajusten a la normativa vigente, mientras que la consulta indígena tiene otras finalidades. Si se reduce al absurdo el argumento, tendríamos que sostener que la consulta indígena solo procede en la consulta indígena, porque es el único procedimiento que tiene la idéntica finalidad, cuestión tautológica.

24. Caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honnat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia serie C 400, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2022, párrafo 250, disponible en <https://tipg.link/mcU6>.

mantienen en el Estado.

En cuarto lugar, la afirmación de que en la aprobación o rechazo de un PdC no hay un margen de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento es un argumento que el Primer Tribunal solo enuncia, pero no justifica. Como ocurre con la mayoría de los actos administrativos ambientales, el acto que se pronuncia sobre un PdC tiene una naturaleza mixta, toda vez que, si bien los supuestos de aprobación y rechazo están reglados, en la evaluación de los criterios de aprobación (Farrán, 2022: 255) o en la elaboración de observaciones existe un margen de discrecionalidad que es usual ver en la práctica.

Finalmente, sostener que el legislador ha sido claro acerca de cuándo procede la consulta indígena (como ocurre con el SEIA) y concluir que cuando la ley especial no la contempla, entonces no procede, es un argumento doblemente erróneo. Primero, porque no es el legislador el que estableció la procedencia de la consulta en el SEIA, sino que esta fue incorporada por el solo hecho de entrar en vigor el Convenio 169 y, más adelante, a través de reglamentos. Segundo, porque no hay ley que contemple la procedencia de la consulta para ningún procedimiento administrativo, de modo que para determinar si procede o no decretarla han de analizarse otras fuentes normativas, como el Convenio 169 de la OIT o el reglamento general de consulta.

Con el repaso de estos cinco puntos no se pretende sostener que en los casos resueltos por el Primer Tribunal Ambiental procede la consulta indígena, sino solo demostrar que los argumentos esgrimidos por las sentencias resultan insuficientes para su descarte. La cuestión relevante sigue siendo, entonces, determinar si las acciones del PdC podrían ser susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

En otro caso, el Tercer Tribunal Ambiental acogió una reclamación respecto de una declaratoria de humedal urbano que afectaba predios que correspondían a comunidades indígenas, estimando que en dicho caso debió decretarse un proceso de consulta indígena. La discusión se centró en la potestad discrecional o no para declarar un humedal urbano. La tesis del Tercer Tribunal Ambiental es que, en la declaratoria de humedal, la administración cuenta con un cierto margen de discrecionalidad:

La administración posee un margen de discrecionalidad para hacer uso de la potestad que confiere la Ley 21202: primero porque, en el procedimiento de declaratoria iniciado de oficio, el [Ministerio del Medio Ambiente] cuenta con —y así la ejerció— una amplia facultad para decidir sobre cuáles de los humedales existentes en el territorio nacional deben ser colocados bajo protección oficial; y luego, porque el mismo Ministerio —una vez iniciada la instrucción del procedimiento de declaratoria— deberá conciliar y componer los diferentes intereses en juego, entre ellos, los sociales, económicos y ambientales, articulando soluciones que maximicen su mayor realización posible.<sup>25</sup>

---

25. Sentencia rol R-56-2022, Tercer Tribunal Ambiental, 22 de mayo de 2024.

Como puede apreciarse, el debate se centró en el carácter discrecional de la administración al momento de declarar un humedal, postura que ha sido controvertida, en atención a que también podría sostenerse que la declaratoria de humedal es puramente declarativa de una situación preexistente (González, 2023: 244).

No sería procedente, entonces, la consulta indígena, pero por razones que corren en una senda distinta a los razonamientos del Tercer Tribunal Ambiental. Ante todo, sostengo que no existe tal margen de discrecionalidad, al menos en los términos que lo entiende el tribunal, pues, una vez iniciado el procedimiento, si la administración constata que la zona geográfica reviste los caracteres de un humedal, la ley no establece una opción distinta a su declaración.

Sin embargo, este no es un argumento para descartar la consulta, porque la discrecionalidad no es un elemento a tener en cuenta al momento de ordenar dicho proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 número 1 letra a) del Convenio 169. El argumento, que también deriva de su carácter meramente declarativo, es que no se trata de una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, porque es un acto que no trae consecuencias jurídicas distintas o adicionales a las ya existentes en forma previa a su declaración. Así, la obligación de ingresar al SEIA está configurada con independencia de la declaración de un humedal, y la orden de que los planes territoriales consideren la presencia de humedales urbanos «para efectos de establecer las condiciones bajo las que deberán otorgarse los permisos de urbanizaciones o construcciones que se desarrollen en ellos» (Ley 21202, artículo 5 número 1) no tiene la aptitud de generar algún cambio en el estatus jurídico de la zona, y será el respectivo instrumento el que podría, eventualmente, ser susceptible de afectar los derechos e intereses de los pueblos indígenas.<sup>26</sup>

## Conclusiones

Del estudio de casos se desprende que en la justicia ordinaria los requisitos reglamentarios de procedencia de la consulta van en abandono, lo que reafirma la vigencia y la autoejecutabilidad del artículo 6 número 1 letra a) del Convenio 169. En sede de tribunales ambientales se aprecia una postura diversa, porque siguen tomando en

---

26. Posterior al envío del presente artículo, la Corte Suprema acoge un recurso de queja respecto de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, con argumentos similares a los que aquí se esgrimieron. Específicamente, la Corte Suprema sostuvo que, aún si se aceptara un cierto margen de discrecionalidad de la administración, sucede que para declarar un humedal sólo basta que se cumplan «con ciertas características medioambientales expresamente previstas en la ley y su reglamento, sin otra consideración». Adicionalmente, la Corte sostuvo que la obligatoriedad de ingresar futuros proyectos al SEIA es una «carga que, por sí misma, carece de aptitud para privar, perturbar o amenazar las tradiciones y costumbres ancestrales, las prácticas religiosas, culturales o espirituales de los pueblos originarios, o la relación con sus tierras indígenas» (Corte Suprema, rol 18.509/2024, de 19 de mayo de 2025).

consideración el reglamento general de consulta e incorporando requisitos que son ajenos a él, como la finalidad del procedimiento y del acto.

Son varios los argumentos que juegan a favor de la primacía del Convenio 169, que van desde la aplicación de criterios de jerarquía y especialidad para resolver una antinomia, el principio *pro persona* y la invocación de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

Son al menos dos los desafíos que presenta este panorama. El primero es para la administración, en tanto debe tener a la vista los criterios jurisprudenciales no solo respecto a los supuestos de procedencia de la consulta indígena, sino también respecto a la primacía del Convenio 169 y los estándares internacionales por sobre las fuentes de derecho interno. El segundo desafío es estructural, pues si se sigue el criterio jurisprudencial, que aquí defiende, existirían una pluralidad de actos administrativos que deben ser consultables. Esto plantea el dilema de determinados proyectos, obras, planes y programas, que requieren de una pluralidad de actos administrativos, muchas veces vinculados. Teóricamente, en estos casos debieran realizarse tantas consultas como actos administrativos existan, situación que involucra un importante desgaste para todos los actores, incluidos los pueblos indígenas. La forma en que se resuelve este dilema debe abordarse a nivel normativo y siempre con la participación de los pueblos interesados.

En conclusión, pese a que el esquema regulatorio de los procesos de consulta indígena se ha mantenido inalterado en Chile por más de una década, existe un avance jurisprudencial importante en la forma en que se comprende el sistema de fuentes sobre la materia. En general, tratándose de diversos actos administrativos ambientales, los tribunales ordinarios han mostrado una tendencia a aplicar directamente el Convenio 169 de la OIT, lo que permite desplazar las restricciones reglamentarias al ejercicio del derecho a la consulta indígena.

En este artículo se ha pretendido demostrar que la primacía del Convenio 169 por sobre el reglamento general de consulta se justifica en diversos criterios interpretativos empleados por la jurisprudencia, particularmente la resolución de una antinomia mediante el criterio de jerarquía, el principio *pro persona* y la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados. Sin embargo, en sede de tribunales ambientales se aprecia un razonamiento anclado a los requisitos reglamentarios para la procedencia de la consulta, como el carácter reglado de del acto administrativo que se pretende consultar.

El criterio amplio de procedencia de consulta, que se ha evidenciado en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y que aquí se ha defendido, conlleva desafíos importantes para el Estado. El primero de ellos es unificar criterios de procedencia de la consulta indígena por parte de la administración que se ajuste a los criterios establecidos por los tribunales y evite la judicialización. El segundo, que es más estructural, dice relación con la eventualidad de pluralidad de consultas respecto de actos

administrativos que se vinculan con un solo proyecto, lo que genera una situación indeseable y desgastante para todos los actores. Estos desafíos merecen ser abordados a través de mecanismos sujetos a deliberación democrática en los que se cuente con la participación de los pueblos indígenas interesados.

## Bibliografía

- ASTUDILLO, Luis (2017). «¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? Una breve revisión a los DS 66 del Ministerio de Desarrollo Social y 40 del Ministerio del Medio Ambiente». *Estudios Constitucionales*, 15 (1): 129-152. DOI: [10.4067/S0718-52002017000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-52002017000100005).
- CARMONA, Cristóbal (2020). «Evaluación ambiental, consulta indígena y el “desplazamiento” de los derechos de los pueblos indígenas». *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (248): 199-232. DOI: [10.29393/RD248-17EACC10017](https://doi.org/10.29393/RD248-17EACC10017).
- . (2020). «Minería en territorio indígena: Analizando la ausencia de consulta en el otorgamiento de concesiones mineras en Chile». *Revista de Derecho* (Valparaíso), 55: 157-193. DOI: [10.4067/S0718-68512020000200157](https://doi.org/10.4067/S0718-68512020000200157).
- CONTESSE, Jorge y Domingo Lovera (2010). «Pueblos indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional». En Universidad Diego Portales (editor), *Anuario de Derecho Público* (pp. 21-37). Santiago: Universidad Diego Portales.
- . (2011). «El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento». En Universidad Diego Portales (editor), *Anuario de Derecho Público* (pp. 127-151). Santiago: Universidad Diego Portales.
- DONOSO, Sebastián (2014). «Declaraciones de impacto ambiental y consulta indígena en el SEIA: Comentario a la tendencia de homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 OIT». En Libertad y Desarrollo (editor), *Anuario de doctrina y jurisprudencia. Sentencias destacadas 2013* (pp. 57-83). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- FARRÁN, Angelo (2022). «El criterio de aprobación: “Eficacia” del programa de cumplimiento como articulador de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente y la revisión de los Tribunales Ambientales». *Ius et Praxis*, 28 (3): 248-266. DOI: [10.4067/S0718-00122022000300248](https://doi.org/10.4067/S0718-00122022000300248).
- GONZÁLEZ, Luciano (2023). «El contencioso administrativo sobre la declaratoria de humedales urbanos: La tensión entre la conservación y la motivación del acto administrativo». *Revista de Derecho* (Concepción), 253: 235-247. DOI: [10.29393/RD253-10CALG10010](https://doi.org/10.29393/RD253-10CALG10010).
- GUERRA, Felipe (2017). «Los tribunales ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de los proyectos de inversión

- en Chile». *Revista de Justicia Ambiental*, 9: 19-38. Disponible en <https://tipg.link/mcXs>.
- . (2022). «Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile (Corte de Apelaciones de Temuco)». *Revista de Derecho* (Valdivia), 35 (2): 337-344. DOI: [10.4067/S0718-09502022000200337](https://doi.org/10.4067/S0718-09502022000200337).
- GUERRA, Felipe, y Gonzalo Sánchez Sandoval (2021). «La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile». *Ius et Praxis*, 27 (3): 24-44. DOI: [10.4067/S0718-00122021000300024](https://doi.org/10.4067/S0718-00122021000300024).
- HERRERA, Juan (2014). «La sustancia de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT». *Revista de Estudios Ius Novum*, 7 (7): 209-244.
- MAHN, Nicolás (2021). «Análisis crítico de la normativa y jurisprudencia nacional respecto a la consulta indígena en materia ambiental, en relación con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 31: 59-92. DOI: [10.21703/issn2735-6337/2021.n39-04](https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-04).
- NASH, Claudio (2024). «Modelos de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución. Debates constitucionales en Chile». *Estudios Constitucionales*, número especial: 176-200. Disponible en <https://tipg.link/mcbw>.
- OIT, *ero* Disponible en <https://tipg.link/mcdB>.
- SÁNCHEZ, Gonzalo (2022). «Las consecuencias jurídicas de la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno». *Revista de Derecho Ambiental*, 18: 253-276. DOI: [10.5354/0719-4633.2022.68558](https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68558).
- URRUTIA, Osvaldo (2022). «Control preventivo y cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en los tratados internacionales: El problema con la doctrina del Tribunal Constitucional chileno». *Estudios Constitucionales*, 20 (1): 56-80. DOI: [10.4067/S0718-52002022000100056](https://doi.org/10.4067/S0718-52002022000100056).

## Sobre el autor

Gonzalo Sánchez Sandoval es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y magíster en Derecho con mención en Derecho Público de la misma universidad. Fue abogado asistente del Tribunal Constitucional de Chile. Actualmente es estudiante del máster en Derecho Ambiental y de Sostenibilidad en la Universidad de Alicante, España (becario Fundación Carolina). Su correo electrónico es [gonzalo.sanchez@derecho.uchile.cl](mailto:gonzalo.sanchez@derecho.uchile.cl). ORCID: [0000-0002-1723-0174](https://orcid.org/0000-0002-1723-0174).