



Universidad del Desarrollo

Universidad de Excelencia

Facultad de Derecho

**CÓMO SE INSERTA LA CONSULTA INDÍGENA EN LOS PROCEDIMIENTOS
CONTENIDOS EN EL CÓDIGO DE AGUAS**

POR: MARÍA INÉS CORTÉS REYES

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al título de Magíster en Derecho Ambiental

PROFESOR GUÍA:

SR. SEBASTIÁN DONOSO RODRÍGUEZ

Octubre 2021

SANTIAGO

© Se autoriza la reproducción de esta obra para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	iv
CAPÍTULO I: EXPLORACIONES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS.....	7
1.1 AGUAS SUBTERRÁNEAS.....	7
1.2 EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS	8
CAPÍTULO II: CONSULTA INDÍGENA EN CHILE	13
CAPÍTULO III: PROCEDENCIA DEL DECRETO 66, EN RELACIÓN CON EL CONVENIO 169 OIT.....	17
CAPÍTULO IV: APLICABILIDAD DE LA CONSULTA INDÍGENA EN PROCEDIMIENTOS DEL CODIGO DE AGUAS.....	22
CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA SOBRE APLICABILIDAD DE LA CONSULTA INDIGENA EN PROCEDIMIENTOS DEL CÓDIGO DE AGUAS.....	26
5.1 COMENTARIOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA.....	39
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES.....	42
BIBLIOGRAFÍA	44

RESUMEN

La consulta indígena, cuya configuración normativa se encuentra contenida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es regulada en Chile por el Decreto 66 del año 2013, el que respecto a las decisiones administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas y por ende ser objeto de consulta, ha establecido una distinción entre procedimientos no reglados que cuentan con un margen de discrecionalidad y los procedimientos reglados, tal como los establecidos en el Código de Aguas los que no poseen margen de discrecionalidad. En este sentido, han sido los tribunales los llamados a resolver los conflictos de aplicabilidad de la consulta indígena en los procedimientos reglados del Código de Aguas. A la luz de estos hechos, en este trabajo se analizará si la consulta indígena, tal como se encuentra reglamentada en el Decreto 66, sería aplicable a los procedimientos reglados en el Código de Aguas.

INTRODUCCIÓN

Los pueblos originarios representan las raíces de la cultura de cada país y es sabido que a medida que ha existido un avance de la modernización esas costumbres, así como su gente han ido disminuyendo en el tiempo. Es por esto, que han existido diversos esfuerzos internacionales por salvaguardar las raíces y la cultura de los pueblos originarios, esto a través de distintos instrumentos como la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que señala que “la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera”.

Complementando lo anterior, en las últimas tres décadas se han incorporado principios de reconocimiento práctico a las costumbres ancestrales de los pueblos originarios, quienes, además, han avanzado hacia la participación e integración de importantes cuerpos normativos logrando un espacio en la sociedad civil y política en nuestro país.

Son variados los factores que han ayudado a entender la evolución del reconocimiento de los Derechos de los pueblos, siendo la sequía y la escasez hídrica un punto de inflexión en esta materia, ya que, se ha convertido en la justificación necesaria para evidenciar la existencia hacia el respeto del medio ambiente y los propios recursos naturales infravalorados.

A través del presente trabajo, se pretende analizar si la consulta indígena, tal como se encuentra reglamentada en el Decreto 66, sería aplicable a los procedimientos reglados en el Código de Aguas. Para lo cual, en primer lugar, se efectuará un análisis del Decreto 66 y su procedencia con el Convenio 169 de la OIT enfocado en el deber de consultar las medidas administrativas y legislativas que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Considerándolo como antecedente base, para posteriormente analizar la aplicabilidad de la consulta indígena en procedimientos del Código de Aguas, estudiando también, la actual jurisprudencia, que han emitido los tribunales de justicia respecto a esta materia, situación que se analizará desde la perspectiva positiva de la aplicación de la consulta indígena en procedimientos reglados.

El desarrollo de este trabajo es a través de seis capítulos, siendo el primero de ellos el análisis sobre materias relativas a aguas subterráneas contenidas en el Código de Aguas; el segundo abordará la forma en que el Convenio 169 y el Decreto 66 regulan la consulta indígena; el tercer capítulo analiza la procedencia del Decreto 66, en relación con el Convenio 169 OIT respecto del deber de consulta indígena; mientras que en el cuarto capítulo se analizará el aspecto normativo de la aplicabilidad de la consulta indígena en procedimientos del Código de Aguas; para luego, en un quinto capítulo exponer pronunciamientos realizados por las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Antofagasta y Concepción sobre esta materia y finalmente el sexto capítulo presentar conclusiones de lo analizado.

CAPÍTULO I: EXPLORACIONES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

Las solicitudes de exploración de aguas subterráneas (en adelante EAS) son parte del procedimiento administrativo que se encuentra regulado en el Código de Aguas (en adelante CA). A continuación, mencionaremos las bases legales y administrativas que definen y regulan las exploraciones de aguas subterráneas.

1.1 AGUAS SUBTERRÁNEAS.

Las aguas subterráneas se encuentran definidas en el artículo segundo inciso tercero del CA, como *las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas*.

El CA define dos acciones en relación con las Aguas Subterráneas: la explotación y la exploración. La primera consiste en hacer uso de aguas subterráneas para usos particulares, como bebida, consumo doméstico, riego o uso industrial. Mientras que la exploración se define como la acción de indagar en una zona si existen aguas subterráneas. Así mismo, cuando se trata de aguas subterráneas, los artículos 58 y 59 del mismo texto legal señalan que tanto la explotación, como la exploración deben sujetarse a las normas que establezca la Dirección General de Aguas¹. Como es el Decreto MOP N° 203 que aprueba

¹ Art. 58 CA inciso primero: “cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas”.
Art. 59 CA: “la explotación de aguas subterráneas deberá efectuarse en conformidad a normas generales, previamente establecidas por la Dirección General de Aguas”.

reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas del año 2013 (en adelante Decreto 203).

1.2 EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

Como ya se mencionó, la EAS tiene relación con cavar el suelo en búsqueda de agua subterránea. En este sentido, el artículo 58 del CA, señala que *cualquier persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas*, por lo que es posible distinguir dos escenarios que atañen a las EAS que tienen relación con el dominio del terreno en donde se pretende explorar. Así, si la EAS se pretende efectuar en un terreno de dominio particular, ésta puede llevarse a cabo sin la autorización de la Dirección General de Aguas (en adelante D.G.A.) en terreno propio o ajeno con la respectiva autorización del dueño del propietario. Mientras que, si la exploración pretende realizarse en un bien nacional de uso público, se debe presentar una solicitud formal ante la Dirección General de Aguas, la que debe ajustarse al procedimiento establecido en el Título 1° del Libro Segundo del CA².

En ambos casos se deben cumplir las obligaciones definidas en el artículo primero del Decreto 203, que dicen relación con la improcedencia de la autorización de exploraciones en terrenos privados de zonas que alimenten

² El Título 1° del Libro Segundo del CA, se refiere a los artículos 130 y siguientes, donde detalla el procedimiento general de tramitación de las solicitudes que son ingresadas ante la Dirección General de Aguas, que consiste principalmente en el lugar de ingreso de la solicitud, sus respectivos contenidos específicos, antecedentes técnicos y legales que se deben acompañar, la difusión de la solicitud con el objeto de que los terceros que puedan verse afectados manifiesten su afectación mediante la oposición de la solicitud, así como los plazos asociados.

áreas de vegas y bofedales en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta³. Además de que las obras deben ejecutarse a una distancia mayor a las establecidas en los artículos 26, 27 y 28 del mismo Decreto⁴, con el objeto de no afectar derechos de aprovechamiento legalmente constituidos.

El procedimiento general de tramitación de una EAS considera el ingreso de una solicitud formal en la oficina regional de la D.G.A. o en la Gobernación Provincial⁵ respectiva, luego el solicitante tiene un plazo de 30 días hábiles para efectuar las publicaciones y difusión radial a las que se refiere el artículo 131⁶ del CA. Desde la fecha de la última difusión, se otorga un plazo de otros 30 días hábiles para que terceros que puedan verse afectados puedan oponerse a la solicitud. Este aspecto cobra importancia dentro del procedimiento de resolución de EAS, puesto que cualquier persona sea natural o jurídica puede formular una oposición

³ En este caso sólo procederán las exploraciones en esas áreas previa autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas de acuerdo al artículo 1° del Decreto 203.

⁴ Los artículos citados hacen referencia al área de protección que de acuerdo con artículo 61 del CA se encuentra definida por una franja paralela a la captación subterránea y en torno a ella. Esta área de protección en el caso de pozos corresponde al área de un círculo de 200 metros de radio. Pueden existir áreas de protección mayores a la indicada en el artículo 26 del Decreto 203 las que deben solicitarse al momento de presentar la solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, acompañando una memoria técnica que justifique debidamente el área solicitada.

⁵ A partir del 14 de julio de 2021, la Gobernación Provincial se transforma en la oficina Provincial del Delegado Presidencial, de acuerdo a la Ley 20990 que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, del año 2017.

⁶ Toda presentación que afecte o pueda afectar a terceros deberá publicarse, a costa del interesado, dentro de treinta días contados desde la fecha de su recepción por una sola vez en el Diario Oficial los días primero o quince de cada mes o el primer día hábil inmediato si aquéllos fueren feriados, y en forma destacada en un diario de Santiago.

Las presentaciones que no correspondan a la Región Metropolitana se publicarán, además, en un diario o periódico de la provincia respectiva y si no hubiere, en uno de la capital de la región correspondiente

dentro del plazo ya mencionado, debiendo acompañar los antecedentes que acrediten el perjuicio o afectación que produce la solicitud, de conformidad a lo dispuesto en la Resolución D.G.A. N° 1800 que Establece Criterios de la Dirección General de Aguas⁷. Es decir, si la oposición es formulada acompañando los antecedentes que den cuenta de una afectación directa, la D.G.A. se encuentra facultada para rechazar la solicitud de EAS bajo el argumento de que no se perjudiquen derechos de terceros. Por el contrario, si la oposición no acompaña los antecedentes mencionados la D.G.A. rechazará la oposición por no comprobar dicha afectación directa.

Luego de transcurridos los plazos mencionados, la solicitud es tramitada en la Dirección General de Aguas conforme a lo estipulado en la Resolución D.G.A. N° 3504 de 17 de diciembre de 2008, que aprueba el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos.

Cabe destacar que dentro del procedimiento administrativo de resolución de solicitudes de EAS, la D.G.A. debe solicitar el pronunciamiento del Ministerio de Bienes Nacionales o al organismo que administre dicho bien nacional de uso público⁸, cuyas observaciones deberán ser consideradas al momento de resolver

⁷ “El argumento de que es deber de la Dirección General de Aguas velar por que no se perjudiquen los derechos de terceros, no es motivo suficiente para el rechazo de las oposiciones a solicitudes relativas a derechos de aprovechamiento de agua. Sin embargo, si será motivo suficiente para denegar dichas oposiciones cuando en ellas no se haya acreditado el perjuicio alegado”

⁸ Art. 12 del Decreto 203: En el caso de que la tenencia del bien sobre el que recae la solicitud se haya entregado por el Estado, a cualquier título, a personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, el Ministerio de Bienes Nacionales o el organismo que administre el respectivo

la solicitud. Sin embargo, si dentro del plazo de 45 días hábiles de enviada la solicitud de pronunciamiento, no se ha recibido una respuesta la D.G.A. podrá prescindir de éste.

Así mismo, es relevante mencionar lo establecido en artículo 14 del Decreto 203, donde se individualizan las circunstancias en las que la Dirección General de Aguas podrá denegar o limitar una solicitud de EAS:

- a) *Cuando no se hayan cumplido los requisitos establecidos en el Código de Aguas y en el presente Reglamento.*
- b) *Cuando se perjudique o menoscabe derechos de terceros*
- c) *Cuando signifique un grave peligro para la vida o salud de los habitantes.*
- d) *Cuando según antecedentes técnicos, signifique un riesgo de contaminación del acuífero por desplazamiento de aguas contaminadas o de la interfase de agua dulce – salada.*
- e) *Por causales debidamente acreditadas por un acto fundado, en virtud de las cuales se comprometa gravemente el manejo y desarrollo de un determinado acuífero.*

Lo anterior implica que si la D.G.A. detecta dentro del proceso de tramitación de la solicitud que a lo menos alguna de las situaciones antes descritas se cumple, corresponde rechazar o limitar la solicitud. En este sentido cobra vital importancia

bien nacional de uso público expresarán en su informe dicha circunstancia y comunicarán a tales personas o instituciones la existencia de la referida solicitud.

el pronunciamiento que el Ministerio de Bienes Nacionales pueda efectuar especialmente en relación a la letra b) y c) ya que el Ministerio puede informar si los terrenos en los que se efectuará a EAS han sido entregados por el Estado a personas naturales o jurídicas.

Un ejemplo de la relevancia del pronunciamiento del Ministerio de Bienes Nacionales, es el caso de la solicitud de EAS presentada por CODELCO División Chuquicamata, la que fue rechazada por la D.G.A. en base al pronunciamiento del Ministerio de Bienes Nacionales, quién informó que la Comunidad Indígena de Toconce tenía en trámite una postulación de regularización territorial que se superponía con el área de la exploración solicitada por CODELCO, lo que sirvió de argumento a la D.G.A. para rechazar la solicitud de EAS en base al artículo 14 letras b) y d) de la Resolución DGA N°425, de 2007⁹, por considerar que al autorizar la exploración se afectarían los derechos la comunidad indígena¹⁰.

⁹ La Resolución D.G.A. N° 425 del año 2007, se encuentra derogada y como ya se mencionó, actualmente la norma que regula la exploración y explotación de aguas subterráneas es el Decreto MOP N° 203, que aprueba reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas del año 2013.

¹⁰ Lo resuelto por la D.G.A. fue ratificado por la Corte Suprema mediante Sentencia de fecha 15 de mayo de 2014, en Recurso de Casación Rol 14003-2013.

CAPÍTULO II: CONSULTA INDÍGENA EN CHILE

La consulta Indígena tiene su origen en el derecho internacional con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, a continuación, mencionaremos las bases legales que regulan la consulta indígena en Chile.

2.1 CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU APLICACIÓN EN CHILE

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169) fue adoptado el 27 de junio de 1989, entrando en vigor con fecha 6 de septiembre de 1991, a 12 meses del registro de la ratificación de los dos primeros estados (Noruega y México). En el Caso de Chile, el Convenio 169 fue ratificado mediante Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores del año 2008, entrando en vigor el 15 de septiembre de 2009 de conformidad con lo establecido en respectivo su artículo 38 párrafo 3.

El Convenio 169 plantea los estándares de la consulta indígena en el artículo 6 N° 1 letra a), donde se establece 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. Asimismo, el N° 2 del mismo artículo establece que las consultas llevadas a cabo en

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

Del inciso anterior, se destaca que el Convenio 169 se refiere a “pueblos interesados”, por lo que es necesario definir quienes son indígenas en Chile, para así determinar a quienes específicamente aplica el presente convenio.

En este orden de ideas, la Ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena (en adelante Ley 19253), señala en el artículo primero que *el “Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”*.

Lo anterior tiene concordancia con lo establecido en el mismo Convenio 169, donde se señala que este instrumento se aplica a pueblos que son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el país en épocas de la conquista española¹¹, además de fijar un criterio fundamental para

¹¹ Artículo N° 1 letra b) del Convenio 169 OIT: a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su estadales y que, cualquiera sea su país o en una región geográfica a la situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.

determinar a los grupos que aplica el convenio, como lo es la conciencia de su identidad indígena¹².

En la misma línea de lo anteriormente planteado, la Ley 19.253 establece en el artículo 34 que los servicios de la administración del estado y las organizaciones de carácter territorial deberán escuchar y considerar la opinión de los pueblos indígenas cuando traten materias que tengan relación con cuestiones indígenas.

Lo señalado en el párrafo anterior, sumado a lo dispuesto en el artículo 6 del convenio 169, son la base para el Decreto N° 66¹³, que aprueba el reglamento de consulta indígena en Chile (en adelante Decreto 66).

El Decreto 66 tiene su génesis en respuesta a la necesidad de establecer los lineamientos y principios de la consulta indígena en Chile, específicamente en miras a establecer un procedimiento adaptado y aplicable a la realidad de la normativa nacional y en concordancia con lo establecido en el Convenio 169, así en su parte considerativa señala que i) *“respecto a la consulta tienen que establecerse mecanismos apropiados a la escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a la realidad nacional”* y debido a la entrada en vigencia del convenio 169 *“se ha hecho necesario establecer un procedimiento*

¹² Artículo 1 N° 2, Convenio 169 de la OIT: la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.

¹³ Decreto N° 66, que aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica.

administrativo especial de aplicación general, que permita fijar la implementación del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 de aquel tratado internacional”.

Finalmente, en este apartado, no siendo menos importante a lo largo de este documento visualizaremos el ideal sentimiento del artículo 15 del Convenio 169, que reza lo siguiente: *“los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”*. Con esto lograremos entender que la solución futura al conflicto sería, de alguna manera, incorporar en nuestra legislación el verdadero sentido y alcance que nos entrega el citado artículo.

CAPÍTULO III: PROCEDENCIA DEL DECRETO 66, EN RELACIÓN CON EL CONVENIO 169 OIT

Considerando que el Decreto 66 regula el derecho de consulta indígena establecido en el Convenio 169, a continuación, se analizará si el Decreto 66 es consistente respecto al Convenio 169, en términos de los objetivos y principios de cada uno de ellos, que tienen relación con el deber de consultar a los pueblos interesados cuando se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles.

Si bien el objetivo del Convenio 169 no se encuentra explícitamente definido en el texto legal, documentos complementarios de la Oficina Internacional del Trabajo han definido su objetivo como “*superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas*”¹⁴. En el caso del Decreto 66, su objetivo se encuentra establecido explícitamente en el artículo primero donde se señala que “*el presente reglamento tiene por objetivo dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas, el cual se realiza a través del procedimiento establecido en el presente instrumento por parte de los órganos señalados en el*

¹⁴ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (169).

artículo 4° del presente reglamento, de acuerdo al artículo 6 N°1 letra a) y N° 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”.

En cuanto a sus principios a continuación se enumeran los principios que rigen la consulta indígena en el Convenio 169 de acuerdo con el documento denominado: Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica Una guía sobre el Convenio 169 OIT (2009).

- 1) **Buena fe:** En relación con efectuar la consulta en un clima de confianza mutua, llevando a cabo diálogos constructivos que eviten demoras, cumplan con los acuerdos pactados.
- 2) **De manera apropiada a las circunstancias:** otorgando los tiempos necesarios para que los pueblos organicen sus procesos internos de toma de decisiones para que así puedan participar de manera adecuada en el proceso de consulta.
- 3) **El carácter previo de la consulta:** la consulta debe efectuarse antes de la ejecución de las medidas identificadas que podrían afectarles a los pueblos indígenas.
- 4) **Procedimiento apropiado:** la forma de efectuar la consulta debe fomentar la participación de todos los pueblos que puedan verse afectados y la libre expresión de las opiniones.
- 5) **Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas:** es necesario que el hecho de llegar

a un acuerdo o a un consentimiento por parte de los pueblos indígenas sea el objetivo principal de la consulta.

Por otra parte, los principios del Decreto 66 se encuentran listados su Título II y son los siguientes:

- 1) **Buena fe:** los intervinientes en el proceso de consulta deben actuar de forma leal y correcta, buscando llegar a un acuerdo, mediante un dialogo sincero, de confianza y respeto mutuo. Respecto al Estado, la buena fe implica actuar con diligencia.
- 2) **Procedimiento apropiado:** para dar cumplimiento a este principio, el procedimiento de consulta debe aplicarse con flexibilidad, ajustándose a las particularidades de cada procedimiento.
- 3) **Carácter previo de la consulta:** la consulta debe efectuarse de forma previa, es decir con antelación a la ejecución de las medidas que puedan afectarles, para que así los pueblos indígenas tengan la posibilidad de influir de manera real en la medida que podría afectarles.

En base a los principios detallados con anterioridad y definición de los objetivos del Convenio 169, respecto del deber de consultar a los pueblos y el Decreto 66, es posible observar que existe una concordancia entre los principios rectores del Decreto 66 y el Convenio 169 respecto del deber de consulta indígena, así como también de su objetivo principal de disminuir las prácticas discriminatorias y

promover la participación de los pueblos indígenas en los procesos que puedan afectarles.

Si bien, en la formalidad, el Decreto 66 tiene concordancia con el Convenio 169, de igual forma fue aprobado sin llegar a un acuerdo en todas las materias con las comunidades indígenas involucradas en los procesos de consulta efectuados para este fin¹⁵, especialmente en lo que respecta a las medidas administrativas sometidas a consulta, toda vez que se aplica sólo a ciertos organismos del Estado, dentro de los cuales se excluye a las Municipalidades y manifiesta que la consulta es facultativa para los organismos descentralizados del Estado¹⁶.

Lo anterior, queda plasmado en el Informe de Observación de Consulta Indígena, del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH), donde se señala que no se llegó a un acuerdo respecto al alcance de las medidas administrativas que requieren ser consultadas, al señalar que “las medidas administrativas consultadas serían solamente aquellas con alcance general, cuestión que no distingue el Convenio 169”¹⁷. Este desacuerdo surge en base a

¹⁵ Decreto N° 66, considerandos finales: Que, si bien, a pesar de los esfuerzos no se logró un acuerdo en todas las materias, el resultado de este proceso de consulta se debe considerar como el inicio de un proceso evolutivo de complementariedad con los pueblos indígenas de forma que cualquier discusión futura comience sobre esta base.

Que el progreso alcanzado no se agota con la dictación de este nuevo reglamento de consulta, sino que debe entenderse como parte del compromiso que asume el Estado de Chile para mantener un diálogo permanente y continuo, con los pueblos indígenas, que permita un mayor conocimiento recíproco para seguir construyendo confianzas y alcanzar consensos respecto de aquellas medidas susceptibles de afectarles directamente.

¹⁶ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013)

¹⁷ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013) Informe de observación de consulta indígena.

que la definición de medidas administrativas ofrecida por la delegación de gobierno que a juicio del INDH, es restrictiva pues sólo se refiere a aquellas medidas que tengan un alcance general y carácter terminal siempre que posean un impacto significativo exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales.

Lo anterior, tiene relación con la forma en que el Decreto 66 visualiza la afectación. Al respecto el artículo 7 inciso primero señala que las *“medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente”*, identificando una posible afectación cuando las medidas tanto administrativas como legislativas, 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.

CAPÍTULO IV: APLICABILIDAD DE LA CONSULTA INDÍGENA EN PROCEDIMIENTOS DEL CODIGO DE AGUAS

Como ya se detalló, la norma nacional para la aplicación del Convenio 169 es el Decreto 66, el que en sus artículos iniciales detalla los organismos que deben aplicar la consulta indígena. Como es el caso de los ministerios, intendencias, gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa¹⁸.

Habiendo identificado los órganos de la administración del estado que deben realizar la consulta indígena en Chile. Otro aspecto relevante para establecer cuándo procede la consulta, se encuentra contenido en el artículo 7 del decreto 66 que define las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, haciendo una distinción entre medidas legislativas¹⁹ y administrativas (al igual que el Convenio 169), susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

Respecto de las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, el artículo 7 del Decreto 66 señala que “*son medidas administrativas*

¹⁸ Artículo 4 del decreto 66.

¹⁹ Artículo 7 del decreto 66: Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

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

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”.

De lo anterior, se desprende que cuando se trate de medidas administrativas, sería aplicable la consulta indígena cuando el Órgano de la Administración del Estado tenga la facultad de ejercer un margen de discrecionalidad en sus procedimientos administrativos que le permitan llegar a acuerdos con los pueblos indígenas. Sin embargo, se excluye del deber de consulta indígena a los actos de la administración que recaen en procedimientos reglados, por no contar con un margen de discrecionalidad que les permita actuar con cierta libertad debiendo ceñirse estrictamente a las reglas determinadas por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para analizar la naturaleza reglada de un procedimiento administrativo, en primer lugar, es necesario definir y delimitar el concepto de margen de discrecionalidad, el que puede entenderse como “un ámbito de acción

y decisión, al elección entre varias formas de comportamiento igualmente posible jurídicamente y que el Derecho no da a ninguna de estas formas de comportamiento una preferencia sobre las demás”²⁰, esta facultad conferida a la Administración del Estado para adoptar libremente una decisión, dentro de los márgenes establecidos por la propia ley, denota cierta lógica cuando debemos entender que la ley le deja a la Administración del Estado y sus órganos un poder de decidir y de apreciar libremente los antecedentes entregados a su conocimiento para finalmente dictaminar como obrar en su acto de decisorio.

Con lo antes dicho, queda claro que la potestad administrativa establecida en el CA, es de naturaleza reglada, esto, no puede ser de otra manera ya que es la propia ley la que atribuye a la Administración del Estado sus potestades y facultades, teniendo el administrado la oportunidad de ejercer el control sobre la discrecionalidad administrativa de manera judicial como por ejemplo lo es a través de la interposición de los recursos de protección que resolverán los Tribunales Superiores de Justicia (Corte de Apelaciones y Corte Suprema).

En el caso específico de las exploraciones de aguas subterráneas, la forma de presentar la respectiva solicitud y su procedimiento de tramitación se encuentra contenida y regulada en los artículos 58, 58 bis, 130 y siguientes del CA, además de los artículos 1° al 18° del Decreto 203, siendo un procedimiento específico, con cada una de sus etapas definidas desde su ingreso inicial hasta la resolución

²⁰ Forsthoﬀ (1958).

final que aprueba o rechaza la solicitud de EAS, es decir, en este caso se trata de un procedimiento enteramente reglado, dado que su ejercicio se ciñe a la constatación de los supuestos de hecho que integra la norma y a la aplicación consecuente del mandato determinado por ella (autorizar o rechazar la solicitud).

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA SOBRE APLICABILIDAD DE LA CONSULTA INDIGENA EN PROCEDIMIENTOS DEL CÓDIGO DE AGUAS.

Habiendo comprobado que los procedimientos establecidos en el CA son de carácter reglado, y considerando que de acuerdo con el Decreto 66, cuando se trata de éstos no correspondería efectuar una consulta indígena, es necesario analizar sentencias que emiten pronunciamiento sobre esta materia.

En primer lugar, conviene mencionar el caso de la Comunidad Indígena Atacameña de Peine²¹ de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (en adelante (ICA Antofagasta), sobre un recurso de reconsideración en contra de la Resolución N° 016 de fecha 28 de enero de 2020, de la Dirección General de Aguas, Región de Antofagasta, que autorizó la exploración de aguas subterráneas a la Compañía Minera Zaldívar SpA (en adelante Minera Zaldívar). Siendo preciso señalar que este caso se elevó a la Corte Suprema, producto de un recurso de Casación en el fondo impetrado por la D.G.A. en contra de la sentencia que es materia de este análisis. Sin embargo, la minera Zaldívar renunció a su derecho de exploración de aguas subterráneas antes de iniciar las faenas dentro del polígono previamente conferido por la D.G.A. haciendo alusión a la orden de no innovar decretada por la ICA de Antofagasta, producto del recurso de reclamación interpuesto por la comunidad. Impidiendo que la

²¹ ICA Antofagasta (2020) Rol 05-2020.

Excelentísima Corte Suprema se pronunciara sobre el fondo del asunto en discusión.²²

En este sentido, la ICA Antofagasta señala lo siguiente:

“(...) por lo que la participación de las comunidades originarias en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, constituye un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo, de tal manera que las consultas pueden ser un instrumento efectivo para lograr una relación transparente de diálogo auténtico y de cohesión social, desempeñando un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.”

“En efecto, 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

22 Causa Rol 14058-2020 de la Corte Suprema.

establecida en el Código de Aguas y en el Decreto Supremo M.O.P. N°203 de 2013”

Ello no es así, toda vez que la consulta es procedente 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.

Que el mecanismo de consulta indígena se justifica además, plenamente en el caso de autos, si se tiene en cuenta que, como consta del informe técnico y lo señalado por la propia Dirección de Aguas, de acuerdo al informe Ord. N°0039 de 27 de febrero de 2019 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) el área solicitada por CMZ para la exploración de aguas subterráneas se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, conforme a la Ley N°19.253 de 5 de octubre de 1993

En esas condiciones, resulta obvio que el proyecto de la CMZ para explorar aguas subterráneas afecta directamente a la comunidad indígena por la cual se reclama, pues la autorización supone el ingreso a terrenos que se encuentran bajo el régimen de propiedad indígena, que la comunidad reclama como propiedad suya, y en los cuales la empresa privada solicitante pretende realizar trabajos de exploración, lo que significa perforaciones y alteraciones del lugar, que tienen como propósito final la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

De lo anteriormente citado, se desprende que la ICA de Antofagasta, toma en consideración para su análisis lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²³, ya que argumenta que en el caso de autos no es posible recurrir al derecho interno, en el sentido del carácter reglado que tienen los procedimientos del CA y la distinción que hace el Decreto 66 en esta materia, para eludir el deber de consulta indígena, habiendo comprobado que se configura una susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas, siendo esto a juicio de la ICA de Antofagasta argumento suficiente para aperturar el proceso de consulta.

²³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumento ratificado por Chile y que entro en vigencia el 27 de enero de 1980.

En esta misma línea, se profirieron distintos fallos sobre esta materia, como es el de la Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante D.G.A.C)²⁴ de la ICA de Antofagasta, causa que también fue elevada a la Ilustrísima Corte Suprema, la que confirmó la sentencia emitida por la ICA de Antofagasta, ordenando a la D.G.A.C. a efectuar una consulta indígena, lo que el servicio referido llevó a cabo durante el año 2017.

Por otra parte, es relevante mencionar la sentencia del recurso de protección interpuesto en la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción (en adelante ICA Concepción), por la Asociación Indígena de Butalebún de Alto Biobío en contra de la D.G.A. Región del Biobío²⁵, fundamentado en la Resolución D.G.A.

²⁴ En Causa Rol 1356 – 2017 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta Protección se indicó: *“Que la calidad de actos reglados o no reglados no es óbice para efectuar los estudios antropológicos que determinen la necesidad o no de efectuar la consulta previa a la población indígena afectada puesto que lo determinante es la afectación que dicho acto administrativo producirá en la población antes de la dictación del acto, de allí que el artículo 7 del DS 66 en concordancia con el Convenio 169 OIT se refieran a afectación directa y específica, lo que puede acontecer con un acto reglado o no.” (...)* *“Precisamente la autorización de sobrevuelo permite a quien debe otorgarla una margen de discrecionalidad pues tiene dos opciones, concederla o negarla, para su concesión debe estarse a toda la normativa vigente no solo aquella propia de la aeronavegación sino a toda aquella que rige en el Estado de Chile, pues según establecen los artículos 7 y 8 del Código Civil, la ley se entiende conocida de todos los habitantes del país y es obligatoria desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, no pudiendo nadie alegar ignorancia de la ley después que esta ha entrado en vigencia, de modo que la autoridad aeronáutica, debió conocer y aplicar las normas del Convenio 169 OIT vigente en Chile desde 2008 y el DS 66 vigente desde el año 2014, al momento de decidir sobre el otorgamiento de los certificados de vuelos de las empresas recurridas”.*

²⁵ En Causa Rol 22.462-2019 de la Corte de Apelaciones de Concepción, Protección: *Tratándose en cambio de situaciones regladas, como la que se nos plantea en autos, no es que se deje de aplicar la consulta, sino que ella se aplicará terminados y cumplidos todos los requisitos que la regulación propia exige, antes de dictar el acto administrativo que puede afectar a las comunidades originarias, aplicándose para ellos los plazos y las condiciones mínimas que se regulan en el citado DS. N 66 para la implementación de la consulta. Lo anterior tiene asidero en que los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y no cabe duda que el*

N° 669 de 3 de julio de 2019, que establece bases de remate sobre aguas superficiales y corrientes del río Queuco, siendo preciso señalar que esta sentencia fue reemplazada por otra, debido a que la D.G.A. declaró el remate de aguas superficiales desierto, procediendo a rechazar las solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas superficiales que generaron la controversia que dio lugar al recurso de protección presentado por la recurrente, por lo que la discusión perdió materialidad²⁶.

En ambos casos tanto la ICA de Antofagasta y la ICA de Concepción fallan en favor de las comunidades indígenas recurriendo, entre otros argumentos, a las mismas razones que motivaron el caso de la Comunidad Indígena Atacameña de Peine, señalando que la naturaleza reglada de un procedimiento administrativo no es argumento suficiente para no efectuar una consulta indígena bajo los estándares del Convenio 169. Lo que se sustenta en que la naturaleza reglada de un procedimiento no asegura la no afectación de los derechos de las comunidades indígenas, ya que la base de la procedencia de la consulta indígena es la susceptibilidad de afectación directa que podría sufrir un pueblo indígena como consecuencia de alguna decisión que tome la Administración Pública.

Convenio 169 de la OIT tenga tal carácter, no pueden dejar de aplicarse bajo pretexto de ser contrarios o no estar contempladas, por la legislación de cada país suscriptor, las situaciones que en tales instrumentos se regulan.

²⁶ Causa Rol 134094-2020.

De lo anterior, se desprende que la base fundamental para determinar la procedencia de la consulta indígena es la susceptibilidad de afectación directa que puedan sufrir los pueblos indígenas con la implementación de medidas administrativas o legislativas. En este sentido, López Vyhmeister y Mohr Aros (2014), señalan que en Chile se ha fijado un estándar de afectación directa excesivamente alto, pasando por alto en nuestro ordenamiento interno la susceptibilidad de afectación mencionada en el artículo 6 del Convenio 169²⁷, por cuanto para determinar si es procedente la consulta indígena se busca comprobar la existencia de una afectación directa a las comunidades indígenas, siendo responsabilidad de la comunidad indígena comprobar ante sede judicial su afectación.

Lo dicho reviste importancia, al revisar los argumentos esgrimidos por la D.G.A. en esta materia, donde señala:

“Mediante Ord. N° 39, de 27 de febrero de 2019, la CONADI informó que el área solicitada se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, invocando la Ley N°19.253 de 5 de octubre de 1993. Sin embargo,

²⁷(...) Así las cosas, ante la duda acerca de si procede o no realizar la consulta previa, deberá tenerse presente que si la medida es susceptible de afectar a los pueblos indígenas, deberá gatillarse tal procedimiento. Entendemos entonces que el estándar de procedencia favorece necesariamente a los pueblos indígenas sin que sea admisible que se requieran certeras acreditaciones al respecto por parte de ellos, pesando sobre el Estado la obligación de demostrar que no hay afectación ni susceptibilidad de ella. Ver López Vyhmeister Ricardo. Mohr, Tania. (2014) Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? Revista de Derecho (Valdivia), v. 27, n. 1, p. 105-126, jul. 2014.

al respecto es procedente indicar que los artículos 34 y 64 de la citada ley, no son vulnerados mediante la tramitación de la solicitud en comento, toda vez que la protección a que estos artículos se refieren es de recursos naturales ubicados en tierras de pueblos indígenas, pero estos, en el caso particular de una exploración de aguas subterráneas, aún no han sido siquiera alumbrados. Por lo tanto, la propiedad ancestral indígena sobre las aguas no ha podido verse afectada, tomando en cuenta que la solicitud de que se trata persigue obtener autorización para explorar el recurso hídrico y no para explotarlo”.

(...) No obstante, y sin perjuicio de que los derechos de la reclamante pudiesen estar técnicamente relacionados con el sector que se solicita explorar, se debe considerar, que se trata justamente de una solicitud de exploración, no así de constitución de derechos de aprovechamiento, por lo tanto, la afectación en cuanto tal no se produciría, sobre la base de los antecedentes técnicos con que se cuentan.

Como puede apreciarse, la D.G.A. hace referencia a la falta de una afectación directa a la comunidad indígena Atacameña de Peine, que en su análisis no ha sido posible demostrar por lo que no apertura el proceso de consulta indígena, señalando que el tipo de solicitud objeto de la reclamación, corresponde a una exploración y no explotación de aguas subterráneas, por lo cual no se han

efectuado obras ni extracciones que puedan afectar la propiedad, así como tampoco los derechos de aprovechamiento que posee la comunidad indígena dentro del área de exploración solicitada por la Minera Zaldívar.

Si bien lo señalado por la D.G.A. es cierto por cuanto el objetivo de la exploración es la búsqueda de agua subterránea, no es menos cierto que si un titular de un proyecto de exploración de aguas subterráneas, encuentra aguas durante su ejecución, éste tendrá preferencia para la constitución del derecho de aprovechamiento, considerando como fecha de presentación de la solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas la fecha de la resolución que confirió el permiso de exploración²⁸.

En base a esto, si bien la exploración de aguas subterráneas no constituye un derecho de aprovechamiento de aguas, sí involucra de labores geofísicas de prospección y/o perforación del subsuelo para detectar aguas subterráneas, lo que constituye la ejecución de obras en los terrenos concedidos para la exploración. En este caso, siendo el terreno de la exploración, conforme al informe Ord. N°0039 de 27 de febrero de 2019 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) un área bajo régimen de propiedad indígena,

²⁸ Artículo 17 del Decreto MOP 203: Comprobada la existencia de aguas subterráneas en bienes nacionales, la Dirección General de Aguas preferirá al beneficiario del permiso de exploración, para la constitución del derecho sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del permiso.

Se entenderá que la fecha de presentación de la solicitud para constituir el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas será la fecha de la resolución que otorgó el permiso de exploración.

La preferencia señalada en el inciso primero de este artículo sólo podrá ejercerse dentro del plazo del permiso y hasta tres meses después, y siempre que el titular del permiso haya dado cumplimiento a la obligación indicada en el inciso segundo del artículo 15 de este Reglamento

indudablemente se produciría una afectación hacia la propiedad indígena de la Comunidad. La que es obviada por la D.G.A. bajo el precepto de que sólo existiría afectación cuando se constituyeran derechos de aprovechamiento de aguas, sin considerar las obras que se ejecutarían en el terreno una vez concedido el permiso de exploración.

Otro aspecto relevante para destacar dentro de los argumentos entregados por la D.G.A. tiene relación con el carácter reglado mencionado en el artículo 7 del decreto 66, que poseen los actos regulados en el CA.

En este sentido la D.G.A. señala lo siguiente:

(...) De este modo, 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. N°203, de 2013.

Si bien la D.G.A. no posee margen de discrecionalidad, por cuanto una vez ingresada una solicitud de exploración de aguas subterráneas, ésta debe tramitarse conforme al procedimiento establecido en el CA y en el Decreto N°

203, la aplicación de una potencial consulta indígena puede ser entendida, como un antecedente necesario para mejor resolver la solicitud, la que en el supuesto de ser considerada, ésta, no produciría desviaciones en el procedimiento, ni tampoco implicaría el ejercicio de un margen de discrecionalidad que de acuerdo a lo analizado el Servicio no posee.

Así mismo, es dable recordar que en cuanto a la discrecionalidad ésta no ha sido cuestionada en el análisis realizado por la ICA de Antofagasta, fundamentando su decisión en base a la susceptibilidad de afectación directa hacia los pueblos indígenas.

Por otra parte, es relevante mencionar que, en el supuesto de efectuarse una consulta indígena durante el proceso de tramitación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, se estaría dando cumplimiento al principio de carácter previo de la consulta contenido en el artículo 11 del Decreto 66, efectuando la consulta antes de la decisión administrativa y por ende antes de la ejecución de las obras de exploración de aguas subterráneas.

Complementando lo anterior, es preciso recordar que en el procedimiento administrativo de EAS reguladas en el CA, existe la facultad de oposición de parte de terceros que se sientan afectados por la solicitud, siendo ésta una instancia que podría resguardar los derechos de los pueblos indígenas, considerando que el ingreso de la oposición genera la obligación en la D.G.A. de

analizar los fundamentos que la motivan y emitir pronunciamiento previo a la resolución final que apruebe o rechace la solicitud de EAS.

En este sentido, el CA señala en su artículo 132 que *“los terceros que se sientan afectados en sus derechos, podrán oponerse a la presentación dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de la última publicación o de la notificación, en su caso”*, lo que se podría traducir en que cualquier persona sea natural o jurídica podría ejercer el derecho de oposición. Al respecto, la D.G.A. se ha pronunciado mediante el Oficio Ordinario N° 703, de fecha 23 de septiembre de 2013, de la D.G.A. Nivel Central señalando que *“el fundamento de las oposiciones prescritas en el Código de Aguas debe consistir en un efectivo perjuicio a los derechos de aprovechamiento de aguas del oponente. En este sentido, la jurisprudencia ha determinado que la preocupación del legislador ha sido la de proteger a quienes tienen constituidos derechos de aprovechamiento en la misma fuente natural y que pudieren verse lesionados o menoscabados ya sea por la adquisición o el ejercicio de otros derechos. No se trata de cualquier tercero, sino de aquel que tiene un derecho comprometido. En la misma línea, un reciente fallo de la Corte Suprema ha sentenciado que pueden oponerse a las solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas los que se sientan afectados en sus derechos por dichas peticiones. Ergo, exige que el oponente tenga un derecho amenazado por la solicitud de quien desea obtener un derecho de aprovechamiento”*.

Por su parte, la Resolución D.G.A. N° 1800 que Establece Criterios de la Dirección General de Aguas, en el numeral 13, señala que *“el argumento de que es deber de la Dirección General de Aguas velar por que no se perjudiquen los derechos de terceros, no es motivo suficiente para el rechazo de las oposiciones a solicitudes relativas a derechos de aprovechamiento de agua. Sin embargo, si será motivo suficiente para denegar dichas oposiciones cuando en ellas no se haya acreditado el perjuicio alegado”*. Lo que es complementado en el Oficio Ordinario N° 703, donde se señala que *“será obligación del oponente acompañar las pruebas suficientes que acrediten el perjuicio que invoca para su derecho”*.

Los criterios de la D.G.A. citados en los párrafos anteriores, limitan el ejercicio de una oposición a quienes tengan derechos de aprovechamiento constituidos o autorizados por la D.G.A. en la misma fuente. Por lo tanto, en el supuesto en que una comunidad indígena recurra a la oposición como una alternativa de protección sus derechos intrínsecos, entendiendo estos como la protección propia de sus tradiciones y costumbres ancestrales, esta oposición sería desestimada por la D.G.A. procediendo a rechazarla utilizando como argumento base que la opositora no acompañó los antecedentes necesarios que acrediten el perjuicio de derechos de aprovechamiento existentes en la misma fuente o en el caso de una EAS, dentro del polígono que se pretende explorar.

En vista de lo anterior, si bien la instancia de oposición es una alternativa a la que las comunidades indígenas podrían recurrir cuando sientan que alguna solicitud de EAS perjudica sus derechos, se debe tener presente que la D.G.A.

sólo se pronunciaría respecto de la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas existentes en el polígono.

Esto nos llevaría a pensar entonces, que se generaría en esta materia, una especie de instrumentalización del ejercicio derechos ciudadanos, entregando las comunidades indígenas la decisión respecto de la procedencia de consulta indígena a los Tribunales de Justicia. Donde, el reconocimiento judicial de las afectaciones plausibles a su condición de pueblos, generaría el reconocimiento de los derechos intrínsecos de éstos visualizando la judicialización de procesos administrativos, como una alternativa tendientes a lograr la solución del conflicto, generando así la obligación de que en un procedimiento reglado quepa la posibilidad de aceptar e introducir la consulta indígena de manera previa a la decisión final del órgano administrativo (D.G.A.), que rechaza la oposición, sin ir más allá del análisis necesario de lo que implica la afectación de los pueblos, independientemente de la titularidad o no de derechos de aprovechamiento de aguas.

5.1 COMENTARIOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

De acuerdo con lo analizado hasta ahora, es posible identificar dos grandes criterios de decisión que determinan la procedencia de una consulta indígena para procedimientos administrativos en Chile. A saber, la naturaleza reglada de los procedimientos y su relación con el margen de discrecionalidad y la

susceptibilidad de afectación que puedan sufrir las comunidades indígenas por el desarrollo del proyecto o actividad. Ambos criterios son derivados del Decreto.

Hasta ahora, el Decreto 66 había limitado la aplicación de la consulta indígena cuando se trata de Órganos de la Administración del Estado, condicionándola a la existencia de un margen de discrecionalidad que pudiera poseer la administración pública para tomar decisiones que permitan llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento con los pueblos consultados.

Sin embargo, a la luz de las sentencias analizadas, es posible comprobar una evolución de criterios que determinan la procedencia de consulta según la interpretación del artículo 7 del Decreto 66 en lo referente a las medidas administrativas, encontrándose la posibilidad de afectación a los pueblos indígenas por sobre el carácter reglado de los procedimientos administrativos, lo que valida la importancia de la consulta indígena como un instrumento que permita detectar las medidas que puedan afectar el *ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación con sus tierras indígenas*.

Adicionalmente, los fallos muestran una evolución en el nivel de aplicación del Convenio 169, pasando desde la aplicación de la consulta una vez comprobada la afectación directa a las comunidades indígenas hacia la detección de una posibilidad de afectación, lo que es relevante considerando que “cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses

de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena²⁹, lo que gracias a las sentencias analizadas es dable decir que también aplica a los procedimientos reglados dentro de la Administración Pública, tal como lo señala Fuenzalida (2017): *“salvo excepción muy calificada, la autoridad administrativa debe desatender el carácter de reglado del acto y tomar la decisión sometiéndola previamente a la consulta indígena de acuerdo a los estrictos criterios fijados por el derecho internacional”*.

Lo expuesto anteriormente, podría sentar un precedente para los órganos de la Administración del Estado, respecto de un cambio de criterio más concordante con el artículo 15 del Convenio 169, donde se señala que *“los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”*.

²⁹ Ver López Vyhmeister y Mohr (2014)

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

Como se evidenció a través de lo expuesto en este documento, la aplicación de la consulta indígena en Chile es un deber del estado cuando se trata de medidas legislativas y administrativas que sean susceptibles de afectar el ejercicio de las tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación con las tierras indígenas de los pueblos indígenas.

A la luz de los criterios jurisprudenciales de la ICA de Antofagasta y Concepción el carácter reglado de los procedimientos administrativos contenidos en el CA no es condicionante para la no realización de una consulta indígena. Toda vez que, si se prevé una medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas, la consulta es procedente.

Si bien, los procedimientos administrativos del CA no poseen un margen de discrecionalidad, sería posible insertar una consulta indígena dentro del procedimiento administrativo, la que puede ser entendida, como un antecedente necesario para mejor resolver la solicitud, lo que no produciría desviaciones en el procedimiento, ni tampoco implicaría el ejercicio de un margen de discrecionalidad que de acuerdo con lo analizado el Servicio no posee.

Finalmente, la aplicación de la consulta indígena en estos casos le entregaría valor al procedimiento administrativo, en contextos de inclusión de todos los grupos sociales. Cuestión que no sucede con los criterios establecidos para aceptar o rechazar las oposiciones administrativas que se generan dentro del

proceso, ya que como fue desarrollado, las decisiones que llevan a la administración a ponderar los hechos relatados por los pueblos en las oposiciones no conciben más allá de derechos materiales que podrían éstos poseer, dejando fuera del análisis los otros derechos propios a su condición de pueblos indígenas, situación que empobrece el respeto y criterios de la propia administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

ASTUDILLO BECERRA, Luis (2017): “¿cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas?: una breve revisión a los d.s. n° 66 del ministerio de desarrollo social y n° 40 del ministerio del medio ambiente”, *Estudios constitucionales*, 15(1), 129-152. (online) disponible en

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100005 .

BOETTIGER, Camila (2019): “caracterización del derecho de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma”, *Revista de Actualidad Jurídica*, N° 40: pp 29-59.

FORSTHOFF Ernst, (1958): *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, página 121.

PATIÑO PALACIOS, Luz Angela (2013): “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas”, *Acdi - Anuario Colombiano de Derecho Internacional* vol. 7, pp. 69-111 (online) disponible en

<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/acdi7.2014.03/2447>

FUENZALIDA, Sergio (2017): “LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y LA CONSULTA INDÍGENA”, *Revista de derecho*

(Coquimbo), 24(2), 181-210, (online) disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200181

LEPPE, Juan (2015), Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa, *Revista de derecho (Valparaíso)*, (44), 369-384, (online) disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100011

LÓPEZ VYHMEISTER, Ricardo; MOHR AROS, Tania (2014): “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia”, ¿Una cuestión de derecho?. *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(1), 105-126. (online) disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000100005

ROGERS, Sebastián; LÓPEZ DE MATURANA, Andrea (2013): Elementos Para Una Adecuada Implementación De La Consulta Indígena Del Convenio 169 De La OIT, *Justicia Ambiental*, p. 83, 2013, (online) disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2411768

SILVA, Carolina; PAROT, Gonzalo (2016): Desempeño del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para canalizar la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT, Revista de Derecho Ambiental • Año IV N° 6 (2016) • pp. 92-118. (online) disponible en <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43317/45303>

OTROS DOCUMENTOS

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013): Consulta a pueblos indígenas en Chile, disponible en: <https://www.indh.cl/la-consulta-a-pueblos-indigenas-en-chile/> Fecha de consulta: 26 de octubre de 2021.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013): Informe de observación de consulta indígena, disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/mesa-consenso-indigena.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Fecha de consulta: 26 de octubre de 2021.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013): GINEBRA. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (169). Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2021.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009): Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica Una guía sobre el Convenio 169 OIT. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/--publ/documents/publication/wcms_126163.pdf

LISTA DE NORMAS NACIONALES

Código de Aguas (1981)

Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (2013), Decreto N° 203 del Ministerio de Obras Públicas, 20 de mayo de 2013.

Ley 19.253 (1993) Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Coporación Nacional de desarrollo Indígena. 28 de septiembre de 1993.

Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 Letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica (2013), Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social , 4 de marzo de 2014.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS

Convenio N° 169 del Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblo indifenas y tribales en países independientes.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
(2007)

LISTA DE JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Antofagasta (2017): Rol 1356-2017, Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Dirección General de Aeronautica Civil, 10 de julio de 2017.

Corte de Apelaciones de Concepción (2019): Rol 22462-2019, Carmen Rosa Paine Tranamil, Abel Marilao y Asociación Indígena de Butaleubún de Alto Biobío con Dirección General de Aguas.

Corte de Apelaciones de Antofagasta (2020): Rol 5-2020, Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Dirección General de Aguas, 30 de octubre de 2020.