

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA EN LAS CONCESIONES DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

THE RIGHT OF INDIGENOUS PEOPLES TO PRIOR CONSULTATION IN THE GEOTHERMAL ENERGY CONCESSIONS

*Santiago Orpis Jouanne**

RESUMEN: A partir de la aprobación del Reglamento de General de Consulta Indígena, el Ministerio de Energía ha decidido someter a procedimientos de consulta indígena a los decretos que otorgan concesiones de explotación de energía geotérmica, a pesar de que estas normas jurídicas no cumplen con los requisitos para ser consultables. Esto obligará a que, si un proyecto de este tipo puede tener efecto sobre los pueblos indígenas, deba someterse a al menos dos procesos de consulta Indígena distintos, antes de empezar su construcción.

PALABRAS CLAVE: Consulta indígena – Concesiones de energía geotérmica – Convenio OIT 169.

ABSTRACT: Since the approval of the Regulation of the Indigenous Consultation, the Ministry of Energy has decided to submit to Indigenous Consultation processes to the Concessions of Exploitation of Geothermal Energy, although those norms do not meet the requirements to be consulted. That will force that, if a project could affect to the Indigenous Populations, must undergo at least two different Indigenous Consultation processes, before starting its construction.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, diplomado en Recursos Naturales y Energía de la misma Universidad. Correo electrónico: sorpis@uc.cl.

KEY WORDS: Indigenous Consultation – Geothermal Energy Concessions – ILO Convention 169.

* * *

INTRODUCCIÓN

En 2009 entró en vigencia en Chile el Convenio OIT 169 (Organización Internacional del Trabajo), en virtud del cual, los gobiernos deben realizar un procedimiento de consulta indígena cada vez que una medida administrativa o legislativa sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas.

Luego de complejos procedimientos de consulta indígena sobre los mecanismos para efectuar la correspondiente de consulta indígena, el gobierno reguló este derecho de los pueblos indígenas, por una parte, a través de un procedimiento especial para los proyectos de inversión, establecido en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y, por la otra, con un reglamento general de consulta indígena, para hacer consultas respecto de todas las demás medidas administrativas o legislativas emanadas de órganos de la administración del Estado.

A pesar de los cuestionamientos que algunas comunidades indígenas todavía tienen respecto de dichos procedimientos, lo cierto es que estos instrumentos legales han mejorado sustancialmente los estándares de los procedimientos de consulta indígena aplicados en Chile respecto de sus predecesores, y, con ello, se ha disminuido la judicialización, y se han podido realizar consultas indígenas sobre temas tan importantes como el Ministerio de Pueblos Indígenas o el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Sin embargo, en nuestra opinión, han existido materias, entre ellas, los decretos de concesión de explotación de energía geotérmica emanados a partir de una solicitud de un privado, en las que el Reglamento General de Consulta Indígena no se ha aplicado adecuadamente, debido a que, para otorgar dichos actos administrativos, el Ministerio de Energía ha efectuado procedimientos de consulta indígena, a pesar de que luego del otorgamiento de una concesión de energía geotérmica, el concesionario deba someter su proyecto a un proceso de evaluación ambiental en virtud del cual deberá ser sometido nuevamente a procedimiento de consulta indígena.

Este hecho no solo es negativo para el proyecto, debido al retraso que puede generar un proceso de consulta indígena innecesario –que puede durar más de seis meses– sino, también, para las mismas comunidades, a las que se les somete a dos procedimientos de consulta respecto del mismo proyecto, con la consecuente pérdida de tiempo y recursos, sumada a la incertidumbre de que los acuerdos a los que se llegó en la primera consulta no sean debidamente respetados en la segunda.

Lo anterior marca también un precedente negativo respecto de forma de interpretar el concepto de afectación directa establecido en el Convenio OIT

169 y el Reglamento General de Consulta, haciendo consultables actos jurídicos que no debieran serlo, lo que podría traer consecuencias negativas para el desarrollo de futuros proyectos de inversión, y realización de otros actos jurídicos relacionados con los pueblos indígenas.

EL CONVENIO OIT 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

El Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, El Convenio) fue adoptado por la OIT el 27 de junio de 1989¹, y entró en vigor el 5 septiembre 1991, siendo ratificado por veintidós países². Chile lo ratificó el 15 de septiembre de 2008³.

Consta de cuarenta y cuatro artículos, divididos en diez partes, y define, entre otras cosas, quienes son el objeto del Convenio, los deberes generales del Estado respecto de los pueblos indígenas, los deberes del Estado para con los pueblos indígenas en materia de tierras, condiciones laborales, de educación, seguridad social y salud de los miembros de pueblos indígenas, finalizando con un acápite sobre administración del tratado, y normas generales de aplicación.

Respecto de la forma de interpretarlo, el art. 34 del Convenio establece que la naturaleza y el alcance de las normas que se utilicen para dar efecto al Convenio se determinarán con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones de cada país.

Pero, sin duda, el artículo más importante del Convenio, para efectos del presente trabajo, es el artículo 6°, que crea el Derecho a la consulta indígena, o simplemente La consulta indígena, cuyo contenido es del siguiente tenor:

“Artículo 6°: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que

¹ Decreto N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 14 de octubre de 2008.

² Esta información, de acuerdo con lo señalado por la OIT en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314 [fecha de consulta: el 26 de mayo de 2017].

³ Decreto N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 14 de octubre de 2008.

- otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO OIT 169

Al efectuar una somera lectura del artículo anterior, es posible apreciar una serie de conceptos que no están definidos en el Convenio, tales como “procedimientos adecuados”, “instituciones representativas”, “medidas administrativas”, “susceptibilidad de afectación directa”, u “obtención del consentimiento”, pero que, de cuyo sentido y alcance dependerá en gran parte, la forma como se aplique el Convenio en la práctica.

En virtud de lo anterior, tanto la Organización Internacional del Trabajo, como otros organismos multilaterales han ido definiendo y delimitando algunos conceptos propios del Convenio, cuya acogida, si bien no es obligatoria por parte de los países signatarios del mismo, van dando forma a una doctrina en torno al Convenio, y determinando lo que a veces se denomina, “el estándar del Convenio OIT 169”.

En este sentido, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM) sobre los asuntos de los Pueblos Indígenas expone algunas características del consentimiento, que son los siguientes:

- “Libre: debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación;
- Previo: debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas;
- Informado: debe implicar que se suministra información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:
 - a. la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
 - b. la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad;
 - c. la duración del proyecto o la actividad;
 - d. la ubicación de las áreas que se verán afectadas;

- e. una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;
- f. el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas) y
- g. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto⁴.

PROCESO DE APROBACIÓN DEL CONVENIO OIT 169 EN CHILE

En Chile, el Convenio OIT 169 fue tramitado en el Congreso Nacional por alrededor de diecisiete años. Ingresó por Mensaje el 20 de diciembre de 1990, y luego de diez años en la Cámara de Diputados, fue aprobado el año 2000 por setenta y dos votos a favor, tres votos en contra y once abstenciones⁵.

Luego de su aprobación, un grupo de diputados solicitó al Tribunal Constitucional declarar inconstitucional el Convenio OIT 169 por contravenir los artículos 1º, 5º, 19, números 2º, 3º, 11º, 16º y 24º, 62 a 72, 82 N° 1 y 102 de la Constitución⁶.

En su respuesta, el Tribunal Constitucional⁷ rechazó el requerimiento en todas sus partes. En relación con lo expuesto por los parlamentarios respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 6º y 7º del Convenio, avaló la teoría presentada por el Presidente de la República, respecto a que en los tratados internacionales, por la forma en que sus disposiciones estaban redactadas, existían dos tipos de normas; las normas autoejecutables, de aplicación directa o *self executing* y las normas programáticas.

Las primeras, debido al carácter perentorio de la forma en que están redactadas, podían ser ejecutadas directamente, sin necesidad de otras normas complementarias, mientras que las segundas, requieren de legislación complementaria.

En relación con el artículo 6º, N° 1º, letra a), del tratado en estudio, el Tribunal Constitucional establece:

⁴ GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009), p. 30.

⁵ Aprobado en sesión 39ª, del martes 11 de abril de 2000, disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5119/ [fecha de consulta: 26 de mayo de 2017].

⁶ Requerimiento al Tribunal Constitucional presentado en la sesión 19ª de la legislatura 342, de fecha 6 de julio de 2000, por los diputados Gustavo Alessandri Valdés, Claudio Alvarado Andrade y otros. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5119/ [fecha de consulta: 26 de mayo de 2017].

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004), rol N° 309-2000.

“Que, por su parte, el artículo 6°, N° 1°, letra a), del tratado en estudio tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula la facultad de las comisiones –se refiere a las comisiones legislativas– para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado”⁸.

A mayor abundamiento, luego de la aprobación del Convenio OIT 169 en el Senado, el Tribunal Constitucional revisó nuevamente la constitucionalidad del Convenio, y, en especial del art. 6°, ratificando lo señalado en la sentencia rol 309-2000, y señalando, específicamente, que este Convenio⁹ puede significar modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado, y Ley Orgánica Constitucional sobre Municipalidades, en cuanto a modificar la forma en que se tramitan los actos jurídicos del Congreso, la Administración del Estado y las Municipalidades, agregando la consulta indígena a ellos¹⁰.

Así, luego de esta segunda revisión del Tribunal Constitucional, el Convenio fue ratificado por Chile ante la OIT, el 15 de septiembre de 2008, registrándolo ante del director general.

Aplicación de la consulta indígena respecto de las medidas administrativas o legislativas del gobierno.

A pesar de que el mismo Convenio establece que entrará en vigor doce meses después de su ratificación¹¹ –por tanto, el 15 de septiembre de 2009 en caso de Chile–, y que el mismo Tribunal Constitucional señaló que el Convenio podría implicar la modificación de una serie de leyes orgánicas constitucionales, no hubo en el país la adecuada preparación para enfrentar este nuevo escenario normativo, en especial respecto a la consulta indígena de los proyectos de inversión, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Entre 2008 y 2009, el gobierno elaboró el instructivo presidencial N° 5¹² que regula diversos aspectos relacionado con los pueblos indígenas. En

⁸ Tribunal Constitucional (2004), rol N° 309-2000, considerando 7°.

⁹ Tribunal Constitucional (2008), rol N° 1050-2008, considerando 12°.

¹⁰ *Op. cit.*

¹¹ Artículo 38 “1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”.

¹² “Instructivo Presidencial que implementa iniciativas de Re Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad” N° 5, del Gabinete Presidencial, 25 de junio de 2008.

dicha norma se ordenó a los ministerios crear unidades de asuntos indígenas, y estableció que cada Ministerio deberá

“Establecer mecanismos de información y consulta a los pueblos indígenas para el diseño de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles”¹³.

Sin embargo, define como medidas administrativas o legislativas a los proyectos de normativa legal o reglamentaria, o al diseño de planes y programas¹⁴, no señalando nada respecto de otros actos de administración que puedan afectar también a los pueblos indígenas, como la resolución de calificación ambiental, entre otros.

También creó el decreto supremo N° 124¹⁵ que, sin perjuicio de mencionar en sus considerandos al Convenio, en su artículo 1° señala que regula el art. 34 de la ley N° 19.253, el cual, de acuerdo al Tribunal Constitucional tiene un estándar distinto al Convenio OIT 169¹⁶. Esto fue criticado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos por “restringir severamente” el Derecho a la Consulta Indígena¹⁷.

Por su parte, la interpretación por parte de los tribunales de justicia ha sido zigzagueante, sobre todo en relación con si la participación ciudadana del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cumple con los estándares del Convenio OIT 169.

Al poco tiempo de entrar en vigencia el Convenio OIT 169, la Corte Suprema señaló en Javier Nahuelpan y otros contra Corema Región De Los Ríos:

“Que como es posible apreciar, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.300 es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N° 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”¹⁸.

Sin embargo, pocos meses después, el criterio del máximo tribunal del país cambió, al señalar que un proyecto debía realizar un estudio de impacto ambiental que contemple una participación ciudadana, que “deberá ajustarse

¹³ Instructivo Presidencial que implementa iniciativas de Re Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad” N° 5, del Gabinete Presidencial, 25 de junio de 2008, Letra d) del número 10

¹⁴ *Op. cit.*, numeral 23.

¹⁵ Decreto supremo N° 124, del Ministerio de Planificación, *Diario Oficial*, 25 de septiembre de 2009.

¹⁶ Tribunal Constitucional (2000), rol N° 309-2000, considerando 7°.

¹⁷ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2010).

¹⁸ Corte Suprema (2010), rol N° 4078-2010, considerando 11°.

además a los términos que el Convenio N° 169 contempla¹⁹, estableciendo, entonces, que el texto y principios del Convenio OIT 169 no son plenamente compatibles con la participación ciudadana de la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, sino que requiere de requisitos adicionales (“además”).

Por ello, en un proceso no exento de dificultades, el gobierno optó por regular el ejercicio del Derecho a la Consulta Indígena a través de dos normas; respecto de la consulta del acto administrativo “Resolución de Calificación Ambiental”, a través una serie de artículos en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y para los demás los actos administrativos y legislativos de la administración del Estado, a través del Reglamento General de Consulta Indígena.

PRINCIPALES ASPECTOS DEL REGLAMENTO GENERAL DE CONSULTA INDÍGENA

El Reglamento General de Consulta Indígena, contenido en el decreto N° 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social (en adelante Decreto 66 o Reglamento de Consulta Indígena), contiene diecinueve artículos, divididos en tres títulos, que regulan principalmente aspectos de la consulta tales como quienes son los órganos responsables de hacer el proceso de consulta, cuales son los principios de la consulta indígena, el procedimiento de la misma y cada una de sus etapas.

Asimismo, en el artículo 13 establece que los órganos de la administración que tengan dudas respecto de la pertinencia de iniciar un proceso de consulta indígena respecto de una determinada medida administrativa o legislativa, podrán hacer una “consulta de pertinencia” a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo, que dentro del plazo señalado, deberá contestar si le parece adecuado que la medida en cuestión sea consultada.

Pero, sin duda, para objeto del presente trabajo, el artículo más relevante del Reglamento, es el artículo 7° del Decreto 66, porque en él se define lo que se entiende por medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Su tenor literal es el siguiente:

“Artículo 7°.- 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.

¹⁹ Corte Suprema (2011), rol N° 258-2011, considerando 10°.

(...) 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.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisivo al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria²⁰.

En virtud de lo anterior, para que un acto administrativo sea consultado, el Decreto 66 considera que debe cumplir con las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de un acto administrativo: La definición de medida administrativa del artículo 7° inc. 3ª se inicia con la transcripción de la definición de acto administrativo señalada en el art. 3° inciso 2° de la ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado;

“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”²¹:

²⁰ Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del artículo 6 N° 1 letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado el 4 de marzo de 2014, art. 7°.

²¹ Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, artículo 3°.

Ello implica que se consideran como “medida administrativa” pueden ser objeto de consulta indígena todos los actos de los órganos de la administración del Estado que cumplan con los requisitos para ser considerados como acto administrativo, en el concepto de la ley N° 19.880.

- b) De que sea de naturaleza no reglada: De acuerdo con diversos autores, los actos administrativos pueden ser dictados en virtud de una potestad reglada, o una potestad discrecional.

La potestad reglada, de acuerdo con el profesor Cordero Vega, existe cuando las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa establecen una regulación minuciosa y completa de esa actividad, de manera que ante un supuesto de hecho, la Administración solo puede actuar de una manera precisa²². En este caso, la administración

“se limita a determinar cuál es la legislación aplicable, a comprobar que los hechos se subsumen en el supuesto fáctico definido por ella y adoptar la consecuencia igualmente tasada por dicha legislación”²³.

Por su parte la profesora Poblete define a los actos reglados, señalando:

“Dentro del régimen de derecho la Administración debe actuar subordinada a la ley, es decir, a la norma legal y reglamentaria que regula la actividad administrativa”²⁴.

Así, los actos administrativos que son producto del ejercicio de una potestad reglada no pueden ser objeto de consulta indígena, puesto que el órgano competente no está autorizado por el legislador a que el resultado del ejercicio de dicha potestad sea distinto a aquel que el mismo legislador previó, al producirse un supuesto de hecho.

Por tanto, constituiría una violación al principio de la buena fe dispuesto tanto en el Convenio como en el Reglamento General de Consulta, si una autoridad administrativa realizara un procedimiento de consulta indígena respecto de un acto, a sabiendas que, sin importar la opinión de los pueblos indígenas, la decisión de la administración no puede ser otra que la establecida previamente por el legislador, en virtud del ejercicio de una potestad reglada.

- c) Que el ejercicio de dicha potestad discrecional permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que habilite al órgano de la administración del Estado para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para su dictación:

²² CORDERO (2015), p. 82.

²³ *Ibid.*

²⁴ POBLETE (2007), p. 38.

Para el profesor José Luis Cea, la discrecionalidad es:

“el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la Administración para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella”²⁵.

Sin embargo, tal como lo reconoce el profesor Soto Kloss,

“esa libertad no puede ser concebida como una facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley, ya que por una parte, de suyo la libertad supone una ley previa que permita elegir entre varias posibilidades y decidir según lo que se adecúe a ella o no; y por la otra, no puede olvidarse que ningún órgano del Estado puede actuar, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, sino en la medida que haya sido previa y expresamente habilitado para hacerlo por la Constitución o la ley”²⁶.

En virtud de lo anterior, resulta evidente que en el ejercicio de una potestad discrecional, la libertad de la administración no es absoluta, sino que está sujeta a limitaciones.

Para Pablo Alarcón Jaña, los límites de la discrecionalidad son la razonabilidad, la proporcionalidad, la prudencia gubernativa, el principio de juridicidad y los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana²⁷.

Por su parte, Cordero Vega²⁸ distingue cuatro supuestos necesarios para la operación de la discrecionalidad. El primer supuesto es que la discrecionalidad no es una característica que puede predicarse completamente de una potestad, sino de algunos de sus elementos o condiciones de seguimiento. En este sentido, señala el profesor Cordero, hay elementos que son siempre reglados en una potestad:

- i) el hecho de su existencia;
- ii) el supuesto fáctico que determina su empleo;
- iii) la competencia y
- iv) el fin de la potestad.

El segundo presupuesto señalado por el profesor Cordero es que:

“la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad de la administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente. La discrecionalidad no puede entenderse como la consecuencia de una laguna de la ley, cuyo silencio permite la libertad de la administración, sino como resultado de una decisión deliberada: la

²⁵ CEA (1985), p. 12.

²⁶ SOTO (2010), p. 378.

²⁷ ALARCÓN (2000), pp. 27-34.

²⁸ CORDERO (2015), p. 84.

Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere"²⁹.

El tercer supuesto es que la discrecionalidad no puede ser confundida con la mayor o menor indeterminación de los conceptos jurídicos, y que la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados puede ser objeto de revisión por parte del juez.

Por último, el cuarto supuesto es que la discrecionalidad crea un ámbito de indiferencia relativa en virtud de la cual la administración puede elegir entre diferentes soluciones, pero esa solución, como todas las demás actuaciones de la administración, debe respetar el principio de razonabilidad³⁰.

Asimismo, el profesor Cordero distingue también dos tipos de discrecionalidad; la política y la técnica. Para el profesor Mardones, siguiendo a Virga, la discrecionalidad técnica se caracteriza porque la elección que hace la administración debe llevarse a cabo sobre la base de reglas, conocimientos y recursos emanados de una ciencia o arte³¹, mientras que, nuevamente de acuerdo con lo señalado por el profesor Cordero, la discrecionalidad política existe cuando la ley otorga a la autoridad un margen de decisión propio e individual, para que adopte una medida valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma³².

Así, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, para poder ser objeto de un procedimiento de consulta indígena se requiere que la potestad de la administración bajo cuyo uso se dicta un acto administrativo sea discrecional y no reglada, pero no todos los actos dictados en el uso una potestad discrecional van a ser objeto de un procedimiento de consulta, ya que se requiere que el grado de discrecionalidad o libertad que se le otorgue al órgano competente sea de tal entidad, que le permita llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.

En el caso que el órgano competente no tenga este margen de discrecionalidad, se transgrede el principio de la buena fe, ya que los pueblos indígenas participan en el proceso de consulta con la apertura para llegar a un acuerdo, mientras que la administración tiene un margen limitado que no le va permitir llegar al acuerdo con pueblos indígenas.

- d) La medida sea o pueda ser causa directa de un impacto significativo en los pueblos indígenas:

²⁹ CORDERO (2015), p. 84.

³⁰ *Op. cit.*, p. 85.

³¹ VIRGA (2001), pp. 8-9, en MARDONES (2013), pp. 315-316.

³² CORDERO (2015), p. 85.

Parte importante de los actos administrativos del gobierno podrían producir algún tipo de efecto en los pueblos indígenas, lo que obligaría a consultar cientos de ellos cada año.

Para evitar ello, el mismo Convenio establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas (...) cada vez que se prevean medidas (...) susceptibles de afectarles directamente³³, estableciendo entonces como requisito que la relación entre la medida que se va a tomar y la afectación sea directa.

Para estos efectos, resulta ilustrativo dar cuenta de que la palabra 'directa' se define, de acuerdo con la Real Academia Española, como "que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios"³⁴.

Así, solo serán consultables aquellos actos en los que exista una relación directa entre el acto mismo y eventuales efectos en los pueblos indígenas. Sin embargo, este requisito debe aplicarse sin olvidar el principio de la buena fe. Por ello, no son para estos efectos considerados actos intermedios los actos que no son consultables, debido a que provengan del ejercicio de una potestad reglada o de una potestad sin el suficiente grado de discrecionalidad para llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas.

En relación con la significancia del impacto, casi toda actuación administrativa, y así como parte importante de los proyectos de inversión, podrían generar algún tipo de impacto en los pueblos indígenas, sin que se trate de impactos que pueden producir efectos relevantes sobre los pueblos indígenas. Por ello se incluye en el Reglamento el concepto de "impacto significativo", que además equipara conceptualmente al Reglamento General de Consulta con el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en cuanto a la magnitud de impacto que debe generar una medida para ser consultada.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que el Convenio, al utilizar la palabra afectación³⁵, da cuenta que la consulta debe efectuarse solo cuando el impacto de las medidas administrativas sea relevante. De acuerdo con la definición establecida por la Real Academia Española, no cualquier modificación o cambio es capaz de alterar o afectar, sino solo aquellos que producen cambios esenciales³⁶.

³³ Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 15 de septiembre de 2008.

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014).

³⁵ De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, afectar es: "Producir alteración o mudanza en algo". A su vez, alterar es: "Cambiar la esencia o forma de algo" y mudar es: "Dar o tomar otro ser o naturaleza, otro estado, forma, lugar, etc.", lo que da cuenta de que no todas las medidas que pueden producir efectos en los pueblos indígenas deben ser consultadas, sino solo aquellas que producen efectos relevantes, porque afectar no es cualquier modificación, sino aquellas que

³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014).

- e) Que dicho impacto sea 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.

Las medidas administrativas que pueden ser objeto de un procedimiento de consulta, son aquellas que afectan a los pueblos indígenas de forma diferenciada, en relación con los demás miembros de la sociedad, ya que, de lo contrario, todas las medidas administrativas y legislativas debieran ser consultadas, porque afectan a miembros de los pueblos indígenas en tanto ciudadanos.

En este sentido, el relator James Anaya señala que sería irrealista decir que el deber de los Estados de realizar consultas se aplique siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente todas las decisiones pueden afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas y al resto de la población³⁷.

Por ello, dice Anaya, el deber de celebrar consultas es aplicable

“siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de los Pueblos Indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes”³⁸.

- f) Que no se trate de medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica o de actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros.

Las medidas dictadas en situación de emergencia no son consultables debido a que, por sobre el derecho a la consulta, hay otros derechos, como el derecho a la vida.

Asimismo, los actos de mero trámite, que los actos que dictan durante la tramitación de un procedimiento administrativo, sin poner fin al mismo³⁹, evidentemente no son consultables porque no expresan una decisión por parte de la autoridad.

Finalmente, las medidas de ejecución material o jurídica de actos que no producen un efecto sobre terceros no son consultables, debido a que corresponden a actos que son consecuencia de una potestad reglada, y que, a su vez, provienen de actos no consultables debido a que

³⁷ ANAYA (2009).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ CORDERO (2015), p. 254.

no producen efectos sobre terceros, incluyendo en ellos a los pueblos indígenas.

LAS CONCESIONES DE EXPLOTACIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

El otorgamiento de concesiones de energía geotérmica está regulado en la ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica⁴⁰ (en adelante Ley de Concesiones de Energía Geotérmica), y en su respectivo reglamento, contenido en el decreto supremo N° 114 de 2015, del Ministerio de Energía⁴¹, que aprueba un Nuevo Reglamento para la Aplicación de la ley N° 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto N° 32, de 2004, del Ministerio de Minería (en adelante Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica).

El artículo 5° de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica define a la concesión de energía geotérmica, como:

“un derecho real inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño, oponible al Estado y a cualquier persona, transferible y transmisible, susceptible de todo acto o contrato”⁴².

Por su parte, el artículo 6° de dicho cuerpo legal, señala:

“la concesión de exploración confiere el derecho a realizar los estudios, mediciones y demás investigaciones tendientes a determinar la existencia de fuentes de recursos geotérmicos”⁴³,

mientras que la concesión de explotación “confiere el derecho a utilizar y aprovechar la energía geotérmica que exista dentro de sus límites”⁴⁴.

Luego, entre los artículos 10 y 21 se establece el procedimiento para obtener una concesión de exploración o explotación. En síntesis, esta puede obtenerse de dos maneras: a través de una solicitud de concesión o a través de una licitación pública:

⁴⁰ Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica, publicada el 7 de enero de 2000.

⁴¹ Decreto supremo N° 114 de 2013, del Ministerio de Energía, que aprueba nuevo reglamento para la aplicación de la ley N° 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto N° 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013.

⁴² Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 5°.

⁴³ *Op. cit.*, art. 6°.

⁴⁴ *Ibid.*

a) *Otorgamiento de concesiones de energía geotérmica, previa solicitud del concesionario*

Para solicitar una concesión, tanto de explotación como de exploración, el requirente deberá acompañar, además de sus antecedentes sobre su propia situación jurídica y patrimonial,

“la ubicación, extensión y dimensiones del terreno respecto del cual se solicita la concesión y su plano, indicándose las coordenadas U.T.M. de sus vértices”⁴⁵,

y

“los antecedentes generales, técnicos y económicos del proyecto de exploración o de explotación de energía geotérmica y las inversiones proyectadas para su ejecución”^{46, 47}.

Luego de revisada la admisibilidad de la solicitud, el Ministerio de Energía deberá publicar una vez un extracto de la solicitud en el *Diario Oficial*, y dos veces dicho extracto en un diario de circulación nacional. Además, en el caso de lugares de difícil acceso, se deberán publicar tres avisos radiales. Si dentro de cuarenta y cinco días no existen otras ofertas para la concesión, el Ministerio de Energía deberá resolver la solicitud, otorgándola, denegándola, total o parcialmente. Si existen otras ofertas, el Ministerio de Energía deberá llamar a licitación⁴⁸.

Los motivos que puede tener la administración para denegar total o parcialmente una solicitud, están establecidos taxativamente en el reglamento de la Ley de Concesiones, y corresponden a los siguientes:

“1. Que la solicitud no se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la ley, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° de la ley.

2. Que el proyecto presentado no guarde correlación con la naturaleza de la concesión solicitada.

⁴⁵ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 11° letra a.

⁴⁶ Sobre este punto, el decreto supremo N° 114 de 2013, del Ministerio de Energía, en su artículo 6° especifica los contenidos mínimos que deberán tener las solicitudes de concesión de energía geotérmica. Por su parte, la letra b) del requisito 6.1 del artículo 6° establece que, para el caso de las solicitudes de concesión de explotación de energía geotérmica, se deberá acompañar “una carta Gantt deberán indicar las actividades y las etapas en que se desarrollarán las perforaciones de pozos, construcción, puesta en marcha y operación del sistema o planta de aprovechamiento de energía geotérmica, debiendo acompañar asimismo el Modelo conceptual geotérmico inicial, con los respectivos resultados de las campañas de exploración de geología, geofísica, geoquímica y/o hidrogeología, que sustenten dicho modelo”.

⁴⁷ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 11° letra b.

⁴⁸ *Op. cit.*, art. 13° y ss.

3. No cumplir con la obligación de publicación establecida en el artículo 13 de la ley.

4. Que exista una concesión ya constituida, sea de exploración o explotación, sobre parte o la totalidad de la superficie solicitada, o que se superponga a una solicitud anterior en trámite, respecto de la cual hayan transcurrido cuarenta y cinco días desde su publicación en el Diario Oficial.

5. Que sobre el área solicitada en concesión exista un derecho exclusivo de otro concesionario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley.

6. Cuando sobre el área solicitada en concesión, exista alguna restricción territorial de carácter relevante, declarada e informada por la autoridad competente⁴⁹.

*b) Licitaciones públicas*⁵⁰

En el caso de las licitaciones públicas, el Ministerio de Energía deberá hacer el llamado a licitación publicando un extracto. Desde la publicación del extracto, los titulares de derechos sobre la extensión territorial que cubre la concesión, tendrán cuarenta y cinco días para hacer sus reclamos.

El Ministerio de Energía deberá primero hacer un análisis del cumplimiento de los requisitos para participar en la licitación. Luego, los proponentes aptos para participar en la licitación tendrán derecho a presentar ofertas económicas, las que serán resueltas “sobre la base de los precios ofrecidos para la concesión”⁵¹.

Finalmente, el Decreto de Concesión de Energía Geotérmica deberá contener, en el caso de una concesión de exploración, el plazo, el titular a quien se confiere; la extensión de la concesión y su ubicación, determinada a través de las coordenadas U.T.M. de sus vértices, y los antecedentes generales, técnicos y económicos, así como las inversiones proyectadas⁵².

Por su parte, el Decreto de Concesión de Explotación deberá contener, el titular, la ubicación, determinada de la misma forma que en el caso de la concesión de exploración, y las inversiones proyectadas⁵³.

⁴⁹ Decreto supremo N° 114 del Ministerio de Energía, que aprueba Nuevo Reglamento para la Aplicación de la Ley N° 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto N° 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013, art. 13°.

⁵⁰ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, y arts 15 a 24 del decreto supremo N° 114 del Ministerio de Energía, que aprueba Nuevo Reglamento para la Aplicación de la Ley N° 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto N° 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013, arts. 16° a 21°.

⁵¹ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 17° inc. 1°.

⁵² *Op. cit.*, art. 20 inc. 1°.

⁵³ *Op. cit.*, art. 20 inc. 2°.

EFFECTOS DE LAS CONCESIONES DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, solo el concesionario de exploración o explotación podrá ejecutar actividades de exploración o explotación geotérmica, respectivamente, dentro del territorio señalado en el Decreto de Concesión⁵⁴.

Asimismo, desde la fecha de publicación del Decreto de Otorgamiento de Concesión de Energía Geotérmica, los predios superficiales a la concesión otorgadas podrán ser objeto de servidumbres en favor del concesionario, para:

- i) ser ocupados por obras o instalaciones de exploración o explotación de energía geotérmica, sistemas de comunicación, cañerías, construcciones y otras obras;
- ii) establecer las servidumbres propias de los concesionarios de servicios eléctricos y establecer servidumbres de tránsito, para construir caminos, ferrocarriles, cañerías y otros, con el fin de unir la concesión con caminos públicos, puertos, estaciones de ferrocarriles, establecimientos de producción comercial y centros de consumo de energía geotérmica⁵⁵.

Estas servidumbres se constituyen por escritura pública suscrita entre ambas partes o por resolución judicial dictada en virtud de un procedimiento sumario, y no podrán aprovecharse para fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión. Cesarán cuando termine el aprovechamiento de la concesión⁵⁶.

Asimismo, el concesionario, por el solo ministerio de la ley, tiene el derecho de aprovechamiento, consuntivo y de ejercicio continuo, de las aguas subterráneas alumbradas en los trabajos de exploración o de explotación. Este derecho se extingue con la concesión⁵⁷.

LOS PROYECTOS DE ENERGÍA GEOTÉRMICA Y LA EVALUACIÓN AMBIENTAL

La ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente establece, en su artículo 10°, el listado de actividades que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵⁸.

⁵⁴ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 22.

⁵⁵ *Op. cit.*, art. 27.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.

En este listado aparecen como causales en las que podría incurrir algún tenedor de una concesión de energía geotérmica para desarrollar su proyecto, la establecida en la letra c); las centrales generadoras de energía mayores a 3 MW, y la establecida en la letra p) del artículo 10°; ejecución de obras en áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita⁵⁹.

De las actividades descritas en el artículo 10°, deberán realizar un estudio de impacto ambiental si generan o presentan algunos de los impactos señalados en el artículo 11; riesgo para la salud de la población, efectos adversos significativos sobre los recursos naturales renovables, reasentamiento de comunidades humanas, localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, y alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural⁶⁰.

En el caso en que cualquiera de los impactos señalados en el artículo 11° se produzca sobre pueblos indígenas o grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, corresponderá llevar a cabo un proceso de consulta indígena, siguiendo lo establecido en el art. 85 y ss. del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental⁶¹.

Además, de acuerdo con lo señalado por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁶², cada vez que un proyecto que fue sometido a un estudio de impacto ambiental, esté situado en áreas de desarrollo indígena o existan en su cercanía grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, y declare no producir efectos significativos sobre los mismos, el director regional del Servicio de Evaluación Ambiental deberá reunirse con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, para determinar si corresponde dar término anticipado a la evaluación del estudio de impacto ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental.

Por su parte, si el proyecto ha sido sometido a una declaración de impacto ambiental cuya área de influencia sea cercana a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el director regional del Servicio de Evaluación Ambiental también deberá reunirse con los miembros de dichos grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, pero para determinar si el proyecto produce alguno de los efectos señalados en el art. 11° de la ley N° 19.300 y, por tanto, la evaluación del proyecto deba terminarse anticipa-

⁵⁹ Ley N° 19.300..., *op. cit.*, art. 10°.

⁶⁰ *Op. cit.*, art. 11°.

⁶¹ *Op. cit.*, art. 85°.

⁶² Decreto supremo N° 30 de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013, art. 86 inc. 1°.

damente en virtud de lo dispuesto en el art. 48 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para ser ingresada como un estudio de impacto ambiental⁶³.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, cualquier proyecto de generación de energía geotérmica de más de 3 MW o que se efectúe en áreas protegidas, que pueda producir un impacto significativo en la salud, los recursos naturales o los sistemas de vida de los grupos humanos indígenas, pueda producir reasentamiento de población indígena, o afectación de sitios de conservación antropológica, antes de poder iniciar su construcción, deberá contar con una resolución de calificación ambiental favorable para poder ser desarrollado, obtenida luego de la presentación de un estudio de impacto ambiental, en cuyo proceso de evaluación, se desarrollará un proceso de consulta indígena, de acuerdo con lo señalado por el art. 8° y 13 y ss. del Decreto 66, y 85 y ss. del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por último, debe considerarse que el desarrollo de actividades que requieran de una resolución de calificación ambiental favorable sin contar con ella constituye una infracción cuya fiscalización y sanción es competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente⁶⁴. Las sanciones por esta conducta podrían llegar hasta la clausura temporal o definitiva del proyecto, o la multa de hasta diez mil Unidades Tributarias Anuales⁶⁵.

APLICABILIDAD DE LA CONSULTA INDÍGENA AL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

A continuación, corresponderá hacer un análisis respecto de si el acto administrativo que otorga una concesión de exploración o explotación de energía geotérmica puede ser una medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6° del Convenio OIT 169 y el Decreto 66, y, por tanto, si cuando corresponda, podría ser o no objeto de un proceso de consulta indígena.

Para ello, será necesario analizar si esta medida administrativa cumple con los supuestos exigidos por el art. 7° del Decreto 66 analizados anteriormente para que, en el caso de ser susceptible de afectar a los pueblos indígenas, deba ser consultada:

- a) Que se trate un acto administrativo: El decreto que otorga una concesión de energía geotérmica es un acto administrativo por cuanto es

⁶³ Decreto supremo N° 30 de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013, art. 86 inc. 2°.

⁶⁴ Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero de 2010, art. 35 letra b).

⁶⁵ *Op. cit.*, art. 38.

una decisión formal (está contenido en un decreto supremo) emitido por un órgano de la administración del Estado (el ministro de Energía, a nombre del Presidente de la República), que contiene una declaración de voluntad (consistente en otorgar una concesión de energía geotérmica), realizada en el ejercicio de una potestad pública (La potestad está establecida en el art. 19 inc. 1° de la ley N° 19.657;

“Si no se hubieren deducido reclamaciones u observaciones, o si se hubieren resuelto las opuestas, el Ministerio de Energía, mediante decreto supremo, deberá pronunciarse sobre la solicitud de concesión o resolver la licitación convocada, según corresponda”⁶⁶.

- b) Que sea de naturaleza no reglada: Si bien, como veremos más abajo, el ejercicio de la potestad discrecional en los decretos de concesión de energía geotérmica está bastante acotada, estos actos jurídicos no son de aquellos en los que las normas que los regulan, los reglamentan de tal forma que, frente a un supuesto de hecho la administración solo puede actuar de una manera precisa, es decir, se trata de un acto administrativo no reglados.

Lo anterior queda de manifiesto, por ejemplo, en la facultad establecida en favor del Ministerio de Energía, para denegar totalmente una solicitud de concesión de energía geotérmica, cuando concurren alguno de los supuestos establecidos en el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica⁶⁷.

En este caso, si bien los supuestos en virtud de los cuales se podría fundar la denegación total o parcial de una solicitud de concesión de energía geotérmica, no se obliga a la administración a denegar total o parcialmente una solicitud en virtud de ellos.

Tampoco se establece en dicho artículo del Reglamento cuáles de ellos son causal suficiente para denegar totalmente una concesión, y cuáles de ellos son suficientes para denegarla parcialmente, ni en qué porcentaje de ella se puede denegar en virtud de una determinada situación fáctica. Todo lo anterior demuestra que el acto administrativo en virtud del cual se otorga una concesión de energía geotérmica, no se dicta en el ejercicio de una potestad reglada.

- c) Que el ejercicio de dicha potestad discrecional permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que habilite al órgano de la administración del Estado para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para su dictación.

⁶⁶ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 19 inc. 1°.

⁶⁷ Algunos ejemplos de estas causales son: que el proyecto presentado no guarde correlación con la naturaleza de la concesión solicitada, o que no se cumpla con la obligación de publicación establecida en el artículo 13 de la ley.

En el caso de este requisito, se debe analizar si la potestad discrecional en virtud de la cual se dicta un decreto de concesión de energía geotérmica otorga al Ministerio de Energía un grado de discrecionalidad y libertad tal, que le permite llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas u obtener su consentimiento para dictar esta medida.

En este caso, nuestra opinión es que, en el caso de las concesiones de energía geotérmica otorgadas previa solicitud de un particular, la potestad discrecional en virtud de la cual se dicta este acto jurídico no faculta a la administración del Estado para llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas.

En primer lugar, porque los motivos por los cuales la administración puede fundar su rechazo total o parcial de una solicitud de concesión de energía geotérmica están establecidos taxativamente por el legislador, y en dicho listado no se encuentra un acuerdo o el consentimiento con los pueblos indígenas para la dictación del decreto.

Ello porque el Reglamento de la Ley de Concesiones señala que “serán causales suficientes para denegar total o parcialmente la concesión solicitada las siguientes”⁶⁸. Luego, hace una enumeración de seis causales.

Asimismo, no debe confundirse la última causal, que señala que como causa posible de limitación o rechazo de la concesión, la siguiente:

“cuando sobre el área solicitada en concesión, exista alguna restricción territorial de carácter relevante, declarada e informada por la autoridad competente”⁶⁹,

con una posible facultad intentar llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas respecto de la extensión de un concesión de energía geotérmica, porque la existencia de predios indígenas no constituye una restricción territorial de carácter relevante.

Si bien el concepto de “restricción territorial” no es de aquellos reconocidos por nuestra legislación, el documento “Energías renovable en Chile. El potencial eólico, solar e hidroeléctrico de Arica a Chiloé” elaborado por el Ministerio de Energía en 2012, utiliza el concepto de “restricción territorial”, señalando como restricciones territoriales, en el caso de la energía eólica, al factor de planta, la altitud, la pendiente, distancia a centros urbanos, distancia a centros poblados, distancia a ríos y esteros, distancia a cuerpos de agua, zonas protegidas (SNASPE,

⁶⁸ Decreto supremo N° 114 de 2013, del Ministerio de Energía, que aprueba nuevo reglamento para la aplicación de la ley N° 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto N° 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013, art. 13.

⁶⁹ *Op. cit.*, art. 13 N° 6.

santuarios de la naturaleza y sitios bajo Convención Ramsar), línea de costa, líneas férreas, red vial y sendero de Chile, y distancia de otros aerogeneradores⁷⁰.

En el caso de la energía solar señala el mismo listado de “restricciones territoriales” agregando los predios agrícolas y, por último, en el caso de la hidroelectricidad, el listado no varió⁷¹.

En virtud de lo anterior, tomando en cuenta que los lugares aptos para desarrollar los tipos de energías mencionados anteriormente podrían incluir, entre otros, zonas donde se encuentren localizados pueblos indígenas, al igual que los lugares aptos para desarrollar energía geotérmica, y su presencia no fue incluida como restricción territorial, cabe suponer que ello es porque no son considerados como una “restricción territorial relevante”.

Por su parte, la existencia de una determinada área de desarrollo indígena tampoco impone alguna restricción territorial al desarrollo de actos de terceros, puesto que, de acuerdo con lo establecido en la ley N° 19.253, las áreas de desarrollo indígena

“serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”,

por tanto que tienen como sujeto al estado, para que este pueda focalizar su acción en pos del desarrollo de las comunidades indígenas. Asimismo, siguiendo al profesor Donoso, cabe destacar que las áreas de desarrollo indígena tampoco son reconocidas como áreas protegidas en materia ambiental⁷².

En este sentido, cabe recordar al profesor Cordero, que señalaba que la discrecionalidad administrativa no debe entenderse como una laguna, sino como algo que el legislador expresamente establece⁷³. Por ello, si el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica se modificó en 2015 sin haber efectuado un proceso de consulta indígena, es porque el legislador claramente no tuvo la voluntad de que dicha causal de fundamentación afectara a los pueblos indígenas.

A contrario sensu, si el legislador hubiese querido agregar una causal que permitiera la modificación de los decretos de concesión en virtud de los resultados de la consulta indígena, o agregar una causal de fundamentación que le permitiera denegar total o parcialmente una solicitud de concesión debido al

⁷⁰ MINISTERIO DE ENERGÍA Y DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) GmbH, (2014), p. 32.

⁷¹ *Op. cit.*, pp. 66 y 90.

⁷² DONOSO (2012).

⁷³ CORDERO (2015).

resultado de un proceso de consulta indígena, lo habría hecho expresamente, previo proceso de consulta indígena, cuestión que tampoco ocurrió.

En segundo lugar, la potestad discrecional de la administración en este caso no es suficientemente amplia para llegar a acuerdo con los pueblos indígenas en virtud de procedimientos adecuados, debido a que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, el consentimiento de los pueblos indígenas debe ser libre, previo e informado.

Respecto de lo último, de acuerdo con lo señalado por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD), para que exista consentimiento se requiere que los pueblos indígenas cuenten, al menos, con la siguiente información⁷⁴:

“la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto, una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas)”⁷⁵.

Asimismo, el relator James Anaya señaló:

“la consulta no se trata de la mera transmisión de información ni de la búsqueda de un ‘sí’ o ‘no’ a una medida ya determinada. Si no se trata de un diálogo de buena fe en que se intercambia información y perspectivas, y en que se exploran varias alternativas para la medida propuesta, con el fin de llegar a una decisión consensuada”⁷⁶.

Sin embargo, debido a que la evaluación de los impactos del proyecto se realizará en la etapa de evaluación de impacto ambiental, durante la etapa de solicitud de concesión de energía geotérmica, el solicitante probablemente no cuenta con la información necesaria para que la autoridad pueda entablar un diálogo informado con los pueblos indígenas.

Lo anterior es coherente con el hecho de que en el artículo 11 letra c) de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica que contiene los requisitos para solicitar una concesión de energía geotérmica exige apenas antecedentes generales, técnicos y económicos del proyecto y las inversiones proyectadas, mientras que el Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica exige una carta Gantt, modelos de

⁷⁴ GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009), p. 30.

⁷⁵ ANAYA (2013).

⁷⁶ *Ibid.*

extracción, evaluación económica y un “modelo conceptual geotérmico inicial”, por lo que no sería razonable exigir al inversionista en esta etapa, modelos de impacto que deberá preparar para la evaluación, si es que la concesión solicitada es otorgada.

Por otra parte, no cumple el estándar del Convenio pedirle a los pueblos indígenas que lleguen a un acuerdo u otorguen su consentimiento a actos administrativos respecto de los cuales no pueden saber el real efecto que tendrán sobre ellos.

En este sentido, el relator Anaya señaló que en la consulta “Se trata de llegar al consentimiento sobre la base de un acuerdo justo que salvaguarda, instrumentaliza, los derechos”⁷⁷. En este sentido, una consulta sin información, sin una estimación de impactos, y sin que exista precisión respecto de la forma de ejecución de un proyecto, puede transformarse en un acuerdo injusto que conculque derechos de los pueblos indígenas.

Por último, es necesario señalar que la Subsecretaría de Servicios Sociales, en solicitud de pertinencia contestada a través del oficio Ord. 3303 de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, cuya fundamentación ha servido como base a la para los pronunciamientos contenidos en los oficios Ord. 790, 1386, contestando al Ministerio de Energía respecto de si una solicitud de concesión de energía geotérmica debía o no ser objeto de una consulta indígena, ha señalado que el decreto de Concesión de Explotación de Energía Geotérmica otorga en su dictación un margen de discrecionalidad, bajo el siguiente argumento:

“De conformidad al artículo 20 inciso 4 de la ley mencionada (la ley N° 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica), las condiciones establecidas en el decreto que concede una concesión de explotación pueden ser modificadas, lo que da cuenta de la existencia de un cierto margen de discrecionalidad en la actuación del Estado respecto de decretos de explotación geotérmica”⁷⁸.

Cabe señalar que la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, establece:

“En casos calificados, y a solicitud del concesionario de exploración o de explotación, el Ministerio de Energía podrá modificar las condiciones de la concesión, dictando, al efecto, un nuevo decreto”⁷⁹.

En virtud de lo anterior, se discrepa absolutamente de que el citado inciso otorgue algún margen de discrecionalidad al Ministerio de

⁷⁷ ANAYA (2014).

⁷⁸ Oficio ordinario N° 3303 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 2 de julio de 2014.

⁷⁹ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 20 inc. 4°.

Energía para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para acoger o denegar una solicitud de concesión de energía geotérmica, ya que, tal como se desprende del tenor literal del mismo inciso, la modificación solo puede hacerse a solicitud del concesionario, lo que establece implícitamente dos condiciones para realizarlas; que ellas solo puedan efectuarse respecto de concesiones de energía geotérmica ya otorgadas –antes de su otorgamiento no existe la figura del concesionario, sino solo del solicitante de concesión–, y que la iniciativa para pedir la modificación provenga del concesionario, sin que el Ministerio de Energía tenga la facultad de actuar de oficio, o a solicitud de un tercero distinto al concesionario, como podría ser una comunidad indígena, para modificar el decreto de concesión o la solicitud de concesión.

Lo anterior no hace más que ratificar que el acto jurídico que otorga una concesión de energía geotérmica es un acto jurídico que no admite a la autoridad un margen de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para su dictación, por lo que, discrepando de las respuestas de la misma institución, se considera que los decretos supremos que otorgan las concesiones de energía geotérmica no debieran ser susceptibles de ser objeto de un proceso de consulta indígena.

- d) La medida sea o pueda ser causa directa de un impacto significativo en los pueblos indígenas: para determinar si una medida puede ser causa directa de un impacto significativo, se deberá probar si la relación entre la medida administrativa y los eventuales efectos adversos o positivos en los pueblos indígenas es una relación directa, de causa-efecto o existe entre ellas otras medidas consultables que pueden modificar la relación de la medida administrativa con estos efectos.

En este caso, hay que distinguir entre los decretos de concesión de exploración de energía geotérmica y los de explotación. Respecto de los primeros, no son consultables debido a que, como ha argumentado la Corte Suprema, la exploración geotérmica no es capaz de producir un impacto significativo en los pueblos indígenas⁸⁰.

En relación con las concesiones de explotación, es necesario señalar que, de acuerdo con lo señalado en el art. 5° y ss. de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, a través de este procedimiento se otorga un derecho real inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, para poder ejecutar una serie de acciones dentro de los límites de dicha concesión, tendientes a extraer la energía geotérmica, que es aquella:

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Santiago (2012), rol N° 12.533-12, considerando 9°.

“[que] se obtenga del calor natural de la tierra, que puede ser extraída del vapor, agua, gases, excluidos los hidrocarburos, o a través de fluidos inyectados artificialmente para este fin”⁸¹.

En virtud de lo anterior, desde el punto de vista de la disponibilidad de derechos sobre la energía que existe en el subsuelo, el otorgamiento de este derecho a un titular no es susceptible de afectar directamente los derechos de pueblos indígenas, debido a que el objeto del mismo es la extracción de sustancias que se encuentran bajo la tierra, y los pueblos indígenas no han solicitado derechos sobre dichas sustancias, por lo que, la existencia de menos sustancias aprovechables geotérmicamente, bajo tierra, no puede afectar a los pueblos indígenas.

Sin embargo, es evidente que, para la extracción de sustancias respecto de las que se tenga derecho, cuando estas se encuentren bajo tierra, se requiere de la instalación de infraestructura sobre la superficie, lo que sí podría producir conflictos con miembros de los pueblos indígenas, que podrían vivir como desarrollar actividades ancestrales en ese lugar.

En razón de lo anterior, corresponde analizar si los derechos otorgados en una concesión de energía geotérmica, a través de un decreto supremo, son susceptibles de afectar directamente a los miembros de pueblos indígenas respecto de sus actividades dentro de los límites de una concesión de energía geotérmica otorgada.

Para lo anterior, debe tomarse en cuenta el contenido sustantivo de los decretos supremos que otorgan las concesiones. En el caso de la concesión de exploración, el acto jurídico de su otorgamiento debe contener:

“a) el plazo de la concesión; b) el titular a quien se confiere; c) la ubicación, con las coordenadas U.T.M. de sus vértices, y la extensión de la concesión, y d) los antecedentes generales, técnicos y económicos sobre el proyecto de exploración de energía geotérmica y las inversiones proyectadas para su ejecución”.

Y en el caso de la concesión de explotación, debe contener: a) el titular a quien se confiere; b) la ubicación, con las coordenadas U.T.M. de sus vértices, y la extensión de la concesión y c) las inversiones proyectadas⁸².

En virtud de lo anterior, puede constatarse que los citados actos jurídicos no se refieren ni directamente, ni indirectamente a la realización de ninguna actividad en el predio superficial, ni a la instalación

⁸¹ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 6 inc. 3°.

⁸² *Op. cit.*, art. 7°.

de infraestructura, ni al trazado de caminos u otras obras; lo que hace es otorgar el derecho a extraer una serie de sustancias del subsuelo (que pertenecen al Estado), dentro de un espacio físico, durante un tiempo determinado.

Por tanto, el acto jurídico en cuanto tal, no es susceptible de afectar a un miembro o una comunidad indígena directamente, porque no permite saber de qué forma ni en qué lugares de la superficie de su concesión, el concesionario va a hacer uso de su derecho a imponer servidumbres, sino solo con otorgarle un derecho abstracto a poder hacerlo, que, para ser llevado a cabo en la práctica, requerirá, entre otros aspectos, de los permisos ambientales correspondientes.

En este sentido, justamente la evaluación ambiental es el instrumento que entrega la legislación para determinar si el impacto ambiental de una actividad se ajusta a las normas vigentes⁸³. Además, permite a la autoridad administrativa aprobar o rechazar la evaluación de un proyecto, en función de considerar si las mitigaciones y compensaciones establecidas son adecuadas en razón de los efectos producidos por el proyecto⁸⁴.

Lo anterior es, incluso, reconocido por el Ministerio de Energía en los decretos de concesión de explotación de energía geotérmica que ha entregado desde 2014 a la fecha, en los cuales establece que dicha concesión se otorga sin perjuicio de las autorizaciones ambientales que deberán obtenerse⁸⁵.

Por ello, es en esta instancia donde el titular de un proyecto deberá entregar detalles sobre cómo y dónde desarrollará las actividades necesarias para hacer uso de su concesión de energía geotérmica, y allí los miembros de pueblos indígenas tendrán la posibilidad de ser parte de un proceso de consulta indígena, donde la autoridad deberá intentar llegar a un acuerdo con ellos, para la dictación del acto jurídico “resolución de calificación ambiental”.

De esta forma, el acto que es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas es la resolución de calificación ambiental, porque si esta es favorable, el concesionario podrá construir su proyecto de utilización de energía geotérmica, afectando eventualmente las formas de vida de los pueblos indígenas; pero si la resolución de calificación ambiental es desfavorable, el concesionario no podrá ejecutar actos

⁸³ Ley N° 19.300..., *op. cit.*, art. 2 j).

⁸⁴ *Op. cit.*, art. 16 inc. Final.

⁸⁵ Por ejemplo, en la cláusula sexta el decreto N° 98 del N° 98 del Ministerio de Energía, 7 de julio de 2016, publicado el 16 de enero de 2017, que otorga Concesión de Explotación de Energía Geotérmica a Inversiones Puyehue Limitada, en el área denominada “Trinidad III”, ubicada en la región de Los Lagos, provincia de Osorno, comuna de Puyehue.

propios de su concesión y, por tanto, no producirá efecto alguno sobre los pueblos indígenas, incluso si tiene una concesión de energía geotérmica otorgada.

Así, los decretos de concesión de energía geotérmica solo son susceptibles de afectar indirectamente a los pueblos indígenas, ya que requerirán siempre de una posterior aprobación ambiental que, por cierto, no es un acto de mero trámite o de ejecución del decreto de concesión de energía geotérmica, sino un acto administrativo autónomo, dictado en el ejercicio de una potestad discrecional, que incluye expresamente, un proceso de consulta indígena.

En relación con lo anterior, otro argumento que ha utilizado la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social para señalar que el otorgamiento de una concesión de energía geotérmica es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, es que, en lo señalado en la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, los predios superficiales:

“están sujetos a las servidumbres que señala dicha norma legal, en este sentido, la susceptibilidad de afectación directa se generará si las acciones propias de la concesión de explotación geotérmica (...) se ejecutan en tierras de las comunidades (...) toda vez que solo en este caso el otorgamiento de la concesión será susceptible de incidir en el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”⁸⁶.

En este sentido, la constitución de servidumbres sin que el concesionario tenga autorización de ejecutar acciones que puedan afectar a los pueblos indígenas hasta no tener aprobada la autorización ambiental tampoco tendría la entidad de producir un efecto significativo en los pueblos indígenas porque el solo efecto de inscribir dichas servidumbres en el Conservador no produce un efecto significativo sobre los pueblos indígenas en sí mismo, si no va acompañado de las acciones propias del ejercicio de la concesión, las que no podrán ejecutarse antes de obtener los permisos ambientales respectivos, debido a que la imposición de una determinada servidumbre sobre un predio no exime al que la impone de tener que obtener los permisos ambientales, en los casos establecidos en el art. 10° de la ley N° 19.300.

Además, debe agregarse en el análisis que los predios indígenas gozan en muchos casos de la limitación establecida la ley N° 19.253, en virtud del cual estos

⁸⁶ Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 25°.

“no pueden no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia”⁸⁷.

por tanto la constitución de las servidumbres, en sí misma, produce un efecto todavía menor, toda vez que no afectaría o restringiría una eventual enajenación de los predios, debido a que parte importante de ellos no puede ser enajenado o tiene serias restricciones para ello.

Dicho impacto solo podría ser producido, directamente, si la construcción de una central de energía geotérmica no fuese de aquellos proyectos que requieren de una resolución de calificación ambiental para poder ser ejecutados.

Sin embargo, es dudoso que un proyecto de menos de 3 MW pueda realmente producir un impacto significativo en los pueblos indígenas y, aun, en el caso en que este efecto fuese significativo, de acuerdo con lo señalado en las letras anteriores, el decreto de concesión no otorga a la administración el margen de discrecionalidad suficiente para negociar con los pueblos indígenas.

- e) Que dicho impacto sea 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 virtud de lo dispuesto en la letra d) anterior, si el acto administrativo concesión de exploración o explotación de energía geotérmica no es susceptible ser causa directa de un impacto sobre los pueblos indígenas, por los mismos motivos esgrimidos en la letra anterior, no podrá producir un impacto específico sobre los pueblos indígenas.

Dicho impacto solo podría ser producido, eventualmente, si la construcción de una central de energía geotérmica no fuese de aquellos proyectos que requieren de una resolución de calificación ambiental para poder ser ejecutados.

Sin perjuicio de lo anterior, el decreto de concesión de energía geotérmica tampoco sería un acto jurídico susceptible de ser objeto de un proceso de consulta indígena, por cuanto, como observamos en la letra c) anterior, no se dicta en el ejercicio de una potestad discrecional que permite al órgano responsable llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas.

- f) Que no se trate de medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, actos de mero trámite y las medidas de ejecución

⁸⁷ Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993, art. 13 inc. 1°.

material o jurídica o de actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, puesto que el Decreto 66 excluye expresamente a estos actos del deber de consulta.

En este sentido, el decreto de concesión de energía geotérmica no es que aquellos actos dictadas en las circunstancias señaladas en el párrafo anterior.

CONCLUSIONES

1. Desde su aprobación en el año 2008, el Convenio OIT 169 ha cambiado la relación entre los pueblos indígenas, el Estado y los proyectos de inversiones, otorgándole a los primeros un derecho procedimientos de consulta indígena cada vez que sus derechos sean susceptibles de ser afectados.
2. En virtud de las consecuencias de autoejecutabilidad del art. 6ª numeral 1) del Convenio, el gobierno se vio obligado regular el derecho a la consulta indígena de manera urgente, por lo que se decidió a hacerlo a través de dos reglamentos.
3. Ello es perfectamente legal, pero tiene las limitaciones propias del ejercicio de la potestad reglamentaria: no poder modificar normas jurídicas con rango de ley, y no poder incorporar otros artículos del Convenio OIT 169 a nuestra legislación sustantiva, como son, por ejemplo, la posibilidad de repartir beneficios entre los proyectos de inversión y las comunidades locales.
4. En relación con la materia específica de esta investigación, se buscó hacer un análisis jurídico respecto de la pertinencia de hacer una consulta indígena durante la tramitación de una concesión de explotación de energía geotérmica, donde, a nuestro juicio, queda bastante acreditado que este acto jurídico no es de aquellos que puedan ser consultados, debido a que, en el caso de las concesiones de explotación de energía geotérmica otorgadas por el Ministerio de Energía previa solicitud de un particular, esta repartición no cuenta con el ámbito de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas, ni tampoco se produce, respecto de la generalidad de las concesiones de explotación de energía geotérmica, una afectación directa a los pueblos indígenas en su calidad de tales.
5. Si bien resulta comprensible que el Ministerio de Energía, en pos de una política de apertura y diálogo con las comunidades indígenas e, incluso, buscando evitar que las concesiones otorgadas sean luego objeto de recursos judiciales para anularlas, haya optado por efectuar procedimientos de consulta indígena respecto del otorgamiento de decretos de concesión de explotación geotérmica, en virtud del principio de juridi-

cidad, ninguna magistratura, ni persona, ni grupos de personas, puede atribuirse autoridad o derechos distintos a aquellos se les hubieren otorgado expresamente.

Por tanto, si el Ministerio de Energía realiza una consulta indígena respecto del otorgamiento de uno o más decretos de concesión de explotación de energía geotérmica, no estando facultado para ello, estaría cometiendo una infracción al principio de juridicidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución, sin importar de las buenas intenciones o fundamentos que tenga para ello.

6. Es muy positivo que los proyectos de inversión que se ejecuten en lugares con presencia de pueblos indígenas puedan tener un acercamiento desde sus etapas más tempranas, con ellos y con las demás comunidades que los rodean.

Por ello, se considera que el Estado, más que buscar estructurar un dialogo entre los pueblos indígenas, el Estado y los proyectos en dos o más consultas indígenas, debiera fomentar el diálogo constante entre los proyectos y las comunidades locales desde el inicio del proyecto hasta su cierre, representando un papel de garante y facilitador de un proceso de diálogo, que de protagonista del mismo, buscando que sean los proyectos de inversión y las comunidades quienes puedan llegar a acuerdos sobre la forma de desarrollar los proyectos e, incluso, la forma de repartición de los beneficios del mismo, interviniendo en los casos en que los procesos de diálogo tengan dificultades.

Esto no significa que deba desaparecer su papel como ejecutor del proceso de consulta indígena, sino que implica que el acto administrativo que se dicte luego de un proceso de consulta indígena, refleje los acuerdos a los que haya llegado la comunidad y el proyecto de inversión, siempre que estos acuerdos hayan sido obtenidos de buena fe, bajo procedimientos apropiados, y respetando los derechos de las comunidades indígenas y no indígenas involucradas.

7. En el caso de las concesiones de energía geotérmica, se sugiere modificar la ley, simplificando el procedimiento de aprobación de la misma en el Ministerio de Energía, pero otorgándole el carácter de provisorio, haciéndolo definitivo solo una vez que se haya obtenido la aprobación ambiental, previa consulta indígena en los casos en que corresponda, pudiéndose modificar la extensión y condiciones de la concesión de explotación provisoria, en virtud de lo acordado en el procedimiento de evaluación ambiental.
8. Sin perjuicio de lo anterior, los procedimientos de consulta indígena no reemplazarán la iniciativa y la responsabilidad que tiene el titular de un proyecto de inversión para, desde los primeros hitos de desarrollo de un proyecto, generar y mantener lazos de confianza y respeto con las comunidades, indígenas y no indígenas, que lo rodean.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, James (2014): intervención en seminario “Convenio 169 OIT y Derechos de los Pueblos Indígenas”, realizado por el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, el 14 de abril de 2014. Disponible en www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/04/Seminario-James-Anaya-transcripci%C3%B3n.pdf [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017].
- ANAYA, James (2009): “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, presentado el 15 de julio de 2009, disponible en http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf. [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017].
- ANAYA, James (2013): “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional”, conferencia en el evento El rol de los Ombudsmen en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Lima, 25 de abril de 2013, disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>. [Fecha de consulta: 4 de junio de 2017].
- ALARCÓN JAÑA, Pablo (2000): *Discrecionalidad Administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008): “Historia de la Acuerdo Relativo al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas”, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5119/. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2017].
- CEA EGAÑA, José Luis (1984): “Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11: pp. 7-16.
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- DONOSO RODRÍGUEZ, Sebastián (2012): “Pueblos Indígenas y Desarrollo de Proyectos Eléctricos”, en Alejandro VERGARA BLANCO (coord.) *Actas de Derecho de Energía N° 2-2012* (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters): pp. 13-23.
- GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009): *Directrices sobre las cuestiones relativas a los Pueblos Indígenas* (Genova, United Nations, Publishing Service).
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2010): *Informe Anual 2010; Situación de los Derechos Humanos en Chile* Disponible en http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/41/informe_anual_2010.pdf?sequence=1. [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2017].
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) GMBH (2014): “Energías Renovable en Chile. El potencial eólico, solar e hidroeléctrico de Arica a Chiloé” (Proyecto Estrategia de Expansión de las Energías Renovables en los Sistemas Eléctricos Interconectados, Santiago).
- POBLETE VIAL, Julia (2007): *Actos y Contratos Administrativos* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014): *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, en línea. Disponible en <http://dle.rae.es/> [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017].
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo; Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- VIRGA, Pietro (2001): *Diritto Amministrativo 2 Atti e Ricorsi* (Sexta Edición, Italia, Giuffrè Editore), en MARDONES OSORIO, Marcelo (2013); "Las concesiones de exploración geotérmica (un supuesto de discrecionalidad técnica)"; en *Actas de Derecho de Energía 2013* (Santiago, Thompson Reuters) pp. 315-316.

Normas

- Decreto N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional Del Trabajo, *Diario Oficial*, 14 de octubre de 2008.
- Decreto N° 98 del Ministerio de Energía, Otorga Concesión de Explotación de Energía Geotérmica a Inversiones Puyehue Limitada, en el Área Denominada "Trinidad III", Ubicada en la Región de los Lagos, provincia de Osorno, comuna de Puyehue, *Diario Oficial*, 16 de enero de 2017.
- Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica, *Diario Oficial*, 7 de enero de 2000.
- Decreto supremo N° 114 del Ministerio de Energía, aprueba Nuevo Reglamento para la Aplicación de la Ley N° 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga Decreto N° 32, de 2004, del Ministerio de Minería, *Diario Oficial*, 8 de marzo de 2013.
- Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.
- Instructivo Presidencial N° 5 que implementa iniciativas de Re Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", del Gabinete Presidencial, de fecha 25 de junio de 2008.
- Decreto supremo N° 124, del Ministerio de Planificación, Reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 a Fin de Regular La Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, *Diario Oficial*, 25 de septiembre de 2009.
- Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, 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, publicado el 4 de marzo de 2014.
- Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 4 de marzo de 1994.
- Decreto supremo N° 30 de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013,
- Ley N° 19.253 que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993.

Oficio ordinario N° 3303 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 2 de julio de 2014.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2011): Rol N° 258-2011, 13 de julio de 2011.

Corte Suprema (2010): Rol N° 4078-2010, 14 de octubre de 2010.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N° 309-2000, 4 de agosto de 2000.

Corte de Apelaciones de Santiago (2012): Rol N° 12.533-12, de 16 de noviembre de 2012. Sentencia confirmada por la Corte Suprema, rol N° 9527-12, de 17 de enero de 2013).

Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 1050-2008, 3 de abril de 2008.