



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LA CONSULTA INDÍGENA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ANDREA CAROLINA LÓPEZ DE MATURANA CASTILLO
SEBASTIÁN ROGERS BOZZOLO

Profesor Guía: Santiago Montt Oyarzún

Santiago, Chile

2013

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I.....	9
ANTECEDENTES.....	9
1.1. La protección de los pueblos indígenas por el derecho internacional.....	9
1.2. La expansión del derecho internacional como gobernanza global.....	21
1.3. La influencia de los instrumentos internacionales en el derecho interno.....	28
1.3.1. El derecho internacional en el derecho interno.....	28
1.3.2. La autoejecutabilidad de los tratados internacionales.....	38
1.3.3. Autoejecutabilidad del Convenio 169.....	44
1.3.3.1. Argumentos en contra.....	44
1.3.3.2. Argumentos a favor.....	47
1.4. Análisis de constitucionalidad del Convenio 169 realizado por el Tribunal Constitucional.....	51
CAPITULO II.....	59
CONVENIO 169: CONTENIDO E IMPLICANCIAS.....	59
2.1. Derechos laborales.....	63
2.2. Derechos territoriales.....	67
2.2.1. Derechos en relación a reivindicación de tierras.....	70
2.2.2. Derechos en relación con la participación y consulta sobre recursos naturales existentes en sus tierras.....	74
2.2.3. Derecho a participar de los beneficios e indemnizaciones.....	79
2.3. Derecho de participación, consulta y consentimiento previo libre e informado.....	82
2.3.1. Tipos de participación ciudadana contemplados en el Convenio.....	87
2.3.2. Características de la participación ciudadana en el Convenio.....	96
CAPITULO III.....	108

IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL CONVENIO 169.....	108
3.1. Decreto Supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación.....	112
3.2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley N° 19.300.....	123
3.3. Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	132
CAPÍTULO IV	145
PROPUESTA PARA LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA EN CHILE DE LA CONSULTA INDÍGENA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT	145
4.1. Marco normativo y objeto del reglamento propuesto.....	148
4.2. La consulta y los derechos humanos de los pueblos indígenas.....	151
4.3. Ámbito de aplicación de la Propuesta	154
4.4. Los proyectos de inversión y el deber de consulta.....	159
4.5. Los sujetos de la consulta	162
4.6. Situaciones en que se aplica el deber de consultar y obtener el consentimiento: el criterio de “afectación directa”	165
4.7. La buena fe como principio de la consulta a los pueblos indígenas.....	173
4.8. Finalidad de la consulta.....	175
4.9. Medidas legislativas a ser consultadas	176
4.10. Medidas administrativas a ser consultadas	178
4.11. Pertinencia de iniciar el proceso de consulta	180
4.12. Los procedimientos de consulta	183
4.13. Recursos económicos y humanos.....	190
4.14. Conclusión	193
CONCLUSIONES	196
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	200
BIBLIOGRAFÍA.....	312

INTRODUCCIÓN

La llamada deuda histórica de la República de Chile para con sus pueblos originarios se remonta a la época de la Colonia, arrastrando desde entonces un conflicto étnico y social de más de 500 años. La Conquista por parte de la corona española, estuvo marcada, entre otros elementos, por la violencia, el despojo y los abusos en contra de los pueblos indígenas asentados en nuestro país. Más tarde, con el establecimiento territorial de los españoles al norte del río Biobío, comienza un proceso de mestizaje, intercambios comerciales y una compleja red de relaciones interétnicas, las cuales se mantuvieron inalterables durante los inicios nuestra vida republicana. Desde entonces, existe una tensa y compleja relación entre el Estado de Chile y los Pueblos Indígenas que se ha perpetuado hasta nuestros días.

Al día de hoy, de acuerdo la última encuesta Censo realizada el año 2002, la población indígena en el país representa el 4,6 % del total nacional¹. Bajo esta realidad se han articulado distintas políticas públicas e instrumentos legales tendientes tanto al reconocimiento de los pueblos indígenas propiamente tales, como a la reparación de la llamada deuda histórica.

A nivel nacional, una de las primeras normas en contemplar la discriminación positiva a favor de los pueblos indígenas y concretar este objetivo fue la ley N° 19.253, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1993, la cual establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Si bien es cierto que esta ley significó un avance en materia de protección a los

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, "Estadísticas sociales de los pueblos indígenas en Chile, Censo 2002" [en línea] <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/estadisticas_indigenas_2002_11_09_09.pdf> [consulta: 1 de febrero de 2012].

pueblos originarios, la población indígena sigue siendo un sector vulnerable en materia socioeconómica con un alto grado de exclusión en el desarrollo de la vida republicana y caracterizada por un bajo nivel de participación en los procesos de toma de decisiones y representatividad.

A nivel internacional, los primeros intentos de protección a los pueblos indígenas nacen junto con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1919, sin embargo, sólo se trató de una protección por derivación toda vez que el principal objetivo era la protección del trabajador, en este caso, el trabajador indígena. No fue sino hasta el año 1957 en que surge el primer convenio enfocado específicamente a los pueblos indígenas, el llamado Convenio 107 de la OIT sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, cuyos pilares descansaban en el integracionismo, asistencialismo y la asimilación a la sociedad mayor.

En la década de los 80', se produce un cambio en la forma de abordar la cuestión indígena por parte de los organismos internacionales, y a diferencia del mencionado Convenio 107, esta vez se avanza en el reconocimiento por parte de los Estados de la diversidad étnica, la valoración y la conservación de la identidad, el patrimonio cultural, las formas de vida y organización. Es dentro de este marco que se adopta el 27 de junio de 1989, el Convenio OIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes que, junto con lo anterior, afirma y garantiza el respeto a una serie de derechos políticos, sociales, económicos y culturales de los indígenas, otorgándoles un estatuto especial de protección que considera sus graves carencias socioeconómicas y la discriminación histórica en su contra.²

² DONOSO, Sebastián, "Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro", Pontificia Universidad Católica de Chile, Dirección de Asuntos Públicos, 2008, p. 5.

La entrada en vigencia del Convenio 169, de fecha 15 de septiembre de 2009, constituyó uno de los hitos más importantes en el desarrollo de la institucionalidad indígena, sin embargo, su ratificación por parte del Estado de Chile no estuvo exenta de complicaciones. En 1990, el poder ejecutivo envió al Congreso Nacional el mensaje por el cual iniciaba un proyecto de acuerdo destinado a aprobar el Convenio, tramitación legislativa que demoró casi 20 años. En efecto, recién en el año 2000 la Cámara de Diputados aprobó el Convenio y en marzo del 2008, luego de 18 años de discusión parlamentaria, fue aprobado por el Senado.

La entrada en vigencia del Convenio 169 y por consiguiente sus implicancias políticas y jurídicas, han levantado diversas expectativas e inseguridades respecto a su aplicación tanto para las comunidades indígenas, el mundo empresarial como para la propia administración del Estado que ha elaborado reglamentos y dictado decretos a fin de cumplir con los estándares fijados en él. Este tratado internacional establece derechos a favor de los pueblos originarios e impone obligaciones para los Estados que lo ratifican, obligaciones que deben cumplirse adoptando las medidas necesarias considerando las condiciones económicas, sociales, jurídicas y culturales de cada país.

Es por ello, que no es de extrañar que la aplicación del Convenio 169 haya generado un sinnúmero de conflictos e interrogantes de los cuales muchos han debido ser dirimidos por los altos tribunales de justicia de nuestro país. Tan importante es el tema de su aplicación, que la omisión por parte del Estado de velar por la protección de los derechos contemplados en el Convenio 169, en especial el derecho a la consulta previa en la dictación de actos administrativos así como en los permisos y autorizaciones derivados de la administración del Estado, puede acarrear incluso la nulidad del acto por haber

sido dictado con infracción a la normativa vigente, en virtud de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República (CPR)³.

La entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT implica un desafío para el Estado en su totalidad. Las normas contenidas y los derechos contemplados en él, en especial el derecho a la consulta previa, deben ser recogidos e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, dicho ejercicio implica una serie de dificultades por cuanto deben conjugarse las normas existentes en el ordenamiento jurídico, que reconocen y desarrollan la participación ciudadana, tanto en la administración pública como en la generación de nuevas normas legales por parte del poder legislativo, con los derechos de consulta y participación ciudadana establecida en el Convenio 169 de la OIT.

Para analizar la forma en que se incorpora y conjugan las normas relativas a la participación ciudadana del Convenio 169 de la OIT, con aquellas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, llevaremos a cabo un estudio que se centrará principalmente en los derechos a consulta y participación ciudadana reconocidos en el Convenio 169, y su relación con las autorizaciones y permisos otorgados por la administración del Estado a los administrados.

En una primera etapa, estudiaremos los antecedentes previos al Convenio 169 de la OIT, lo cual nos permitirá analizar la protección internacional de los pueblos indígenas desde sus inicios, la recepción del derecho internacional en nuestro derecho interno, la autoejecutabilidad de los tratados internacionales en Chile y finalmente, el análisis de constitucionalidad del Convenio 169 realizado por el Tribunal Constitucional.

³ FERNÁNDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Cristhian, "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias", Estudios Públicos, 2011, p. 74.

La segunda parte de esta investigación estará destinada exclusivamente al Convenio 169, enfocando el estudio en el contenido de éste, los diversos derechos contemplados en él, dando especial énfasis a los derechos de participación, consulta y consulta previa, libre e informada y sus características.

La tercera sección se enfocará en el análisis de la forma en que el Estado de Chile ha intentado reglamentar el deber de consulta indígena de los pueblos indígenas y tribales contemplados en el Convenio 169. Para ello estudiaremos con detención el decreto supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establecido en la Ley N° 19.300 y finalmente, el nuevo reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental

Finalmente, la cuarta y última sección analizará propuestas claras de reglamentación de consulta indígena al alero del Convenio. Para ello, realizaremos un análisis crítico de la Propuesta de Reglamento de consulta indígena presentado por el Gobierno con fecha 8 de agosto de 2012, teniendo a la vista la experiencia comparada de Perú en esta materia, para esbozar lineamientos que sean adecuados a la realidad de nuestro país y que den cumplimiento al Convenio.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1. La protección de los pueblos indígenas por el derecho internacional

La protección y el reconocimiento de los derechos indígenas por parte del derecho internacional es un fenómeno relativamente reciente en la historia, emergiendo en la agenda internacional sólo a fines del siglo XIX. En efecto, a través del Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental del año 1885, las potencias coloniales europeas buscando resolver los problemas que planteaba la expansión colonial, se repartieron los territorios situados en África y se comprometieron a preocuparse por la “conservación de las poblaciones indígenas, la mantención de su moral y sus condiciones naturales”.

De esta manera, el surgimiento del derecho internacional indígena tiene sus raíces en la colonización de América y África por parte de las potencias europeas, pues buena parte de aquel se construyó en base a la problemática del estatus político de los indígenas. Así, para intentar legitimar la conquista y posterior colonización europea, los juristas desarrollaron una serie de conceptos que posteriormente darían nacimiento al derecho internacional. El jurista Maurice Bourquin decía:

El padre del derecho de gentes es una sociedad colectiva, si se me permite expresarme así; es una serie de pensadores y de juristas, algunos de los cuales precedieron a Grocio en tanto que

otros ampliaron y desarrollaron su obra, en el curso de los siglos XVII y XVIII⁴.

Podemos señalar además, a modo de ejemplo, al dominico Francisco de Vitoria, teólogo español, quien trató temas relativos a la conquista española en su obra *De Indis y De jure belli*, donde prefiguran un derecho de gente común a todos los hombres, incluidos los indígenas y la justificación de los títulos que “los españoles pueden alegar sobre las provincias de aquellos bárbaros que llamamos indios”.

La toma de posesión de los nuevos territorios descubiertos, se justificaba con la llamada doctrina del descubrimiento, a través de la cual se aseguraba la posesión del territorio frente a otras naciones europeas y se establecía una ficción legal que consideraba las tierras indígenas como *terra nullius*⁵. Luego, a raíz del Tratado de Westfalia de 1648 que puso fin a la Guerra de Treinta Años, nace un nuevo sistema de Estados nacionales soberanos, alrededor del cual se construyó el derecho internacional moderno que perdura hasta nuestros días. Este sistema consagra la marginación de los pueblos indígenas del derecho internacional, cuyo estatus jurídico pasa a ser un asunto interno de cada Estado, por lo que el trato dado a los pueblos originarios se encuentra limitado por la soberanía de los Estados y no es susceptible de un escrutinio desde el exterior. De esta forma, el derecho internacional moderno se articula sobre la base de la soberanía nacional, en cuyo centro se encuentra la figura del Estado nacional, lo cual ofrece poca cabida a los grupos indígenas que tienden a diluirse en el universo de la población del Estado al que pertenezca el territorio que habitan. Es en este contexto del derecho internacional que se desarrolla el estatus jurídico de los indígenas.

⁴ BOURQUIN, Maurice, En: BENADAVA, Santiago, “Derecho Internacional Público”, Lexis Nexis, 8ª ed., 2004, p. 11.

⁵ MEREMINSKAYA, Elina, “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Derecho Internacional y Experiencias Comparadas”, Estudios Públicos N° 121, 2011, p. 215.

En 1919, como parte del Tratado de Versalles que da término a la Primera Guerra Mundial, se crea la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo en el seno de esta Organización que nace la preocupación por el estatus jurídico de los indígenas. A partir de entonces, la protección internacional de los pueblos indígenas comienza a desarrollarse de manera más específica, cuestión que desarrollaremos con mayor profundidad en los párrafos siguientes.

La Organización Internacional del Trabajo, posee una estructura tripartita única en la institucionalidad internacional, en la cual trabajadores y empleadores reciben estatus de sujetos plenos del derecho internacional al igual que los Estados que forman parte de la Organización. Cabe recordar que los sujetos del derecho internacional son aquellas entidades que son destinatarias o titulares de derechos y deberes derivados del derecho internacional y que tienen capacidad para ejercer estos derechos en el plano internacional. El concepto de sujeto de derecho internacional es más amplio que el de Estado, por cuanto todos los Estados son sujetos de derecho internacional, pero no todos los sujetos de derecho internacional son Estados, existiendo de esta forma entidades como la Santa Sede o Naciones Unidas que tienen una personalidad jurídica restringida.⁶ Por lo tanto, la composición y la estructura tripartita de la OIT son excepcionales dentro del derecho internacional público.

La creación y la estructura de la OIT son reflejo del momento histórico en el cual fue creada, siendo ésta una respuesta y una alternativa al camino del socialismo soviético, mejorando los estándares laborales e incluyendo a los trabajadores y sindicatos en el proceso de su definición. A pesar de que el

⁶ BENADAVA, Santiago, Ob. Cit. p. 101.

sistema establecido en la Liga de las Naciones fracasó a raíz de la Segunda Guerra Mundial, la OIT recibió un impulso a sus actividades a través de su Conferencia de Filadelfia del año 1944, la cual consagró una Carta de propósitos y objetivos de la OIT consolidando su rol como entidad articuladora de los estándares internacionales en materia laboral.⁷

Tradicionalmente, la OIT ha estado marcada por un fuerte liderazgo del Secretariado (Oficina Internacional del Trabajo), la cual, a lo largo del tiempo, ha incorporado a la agenda de dicha organización diversos temas y prácticas de su interés, los cuales después de largos procesos de debate han sido aprobado por lo miembros del organismo. Fue precisamente esta organización, la que impulsó la revalorización de los indígenas a principios del siglo XX, efectuando estudios relativos a las condiciones laborales de los mismos, con el objeto de proteger su dignidad en cuanto trabajador, en atención a las rudas condiciones a que suelen estar sometidos los individuos pertenecientes a grupos culturalmente minoritarios. En 1926, el Consejo de Administración conformó un Comité de Expertos en Trabajo Indígena que operó como motor de una incipiente actividad normativa sobre la materia.

Durante el periodo entre guerras, se elaboraron una serie de convenios y recomendaciones relativas al trabajo y a las condiciones laborales de los pueblos nativos de las colonias, entre los cuales cabe destacar el Convenio N° 50 de 1936 sobre reclutamiento de trabajadores indígenas, el Convenio N° 64 de 1939 sobre contratos de trabajadores indígenas y el Convenio N° 65 de 1939 sobre sanciones penales a los trabajadores indígenas. Terminada la Segunda Guerra Mundial, esta normativa fue revisada y reforzada con el apoyo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobándose así el

⁷ MEREMINSKAYA, Elina, Ob. Cit. p. 217.

Convenio N° 105 de 1955 sobre la abolición del trabajo forzado y el Convenio N° 107 de 1957 sobre poblaciones indígenas y tribales.

Hasta el año 1956, los instrumentos internacionales de protección a los pueblos indígenas tenían un profundo sentido individualista. No obstante, José Miguel Valdivia, ha señalado que tanto el reconocimiento individual del estatus de los indígenas, como los derechos que integran el elenco clásico de derechos humanos y las libertades de reunión, asociación y expresión, poseen una innegable dimensión colectiva, por cuanto la vulnerabilidad de los indígenas proviene precisamente de su identidad étnica y cultural, y las herramientas que se ha intentado forjar para mejorar su condición individual toman en cuenta su pertenencia comunitaria.⁸

Como señalamos, en el año 1957 se aprobó el Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, el cual fue antecedido por diversos estudios realizados por el Comité de Expertos designado en 1945 por la OIT para dichos efectos. En un principio, la Secretaría de la OIT planteó consagrar los estándares de trato hacia los indígenas a través de una Recomendación, en atención a que se trataba de una sugerencia no vinculante, la cual no es ratificada por los Estados miembros, y que tiene un componente técnico destinado a servir de guía para los países miembros. Cabe destacar, que el objetivo de las recomendaciones es fijar sugerencias respecto determinadas materias sensibles, en las cuales es muy poco probable que los Estados miembros lleguen a algún tipo de acuerdo, por lo que, al carecer de eficacia inmediata, son parte del llamado *soft law* o derecho blando. Finalmente, en 1957 la Conferencia Internacional del Trabajo, por votación de sus miembros, decidió transformar dicho documento en un Convenio, dejando los aspectos más sensibles para una recomendación. De esta forma, el 26 de junio de 1957,

⁸ VALDIVIA, José Miguel, "Alcances Jurídicos del Convenio 169", Estudios Públicos N° 121, 2011, p. 37.

se aprobaron tanto el Convenio N° 107 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, como la Recomendación 104 sobre poblaciones indígenas y tribales.

El Convenio N° 107 de la OIT, al igual que los convenios anteriores, hace referencia a poblaciones indígenas y no a los pueblos indígenas. A simple vista, esta diferencia de conceptos parece no revestir mayor importancia, sin embargo, la distinción no es antojadiza y se debe a que la utilización de uno u otro concepto puede tener algún tipo de implicancia en materia de reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos contemplado en el derecho internacional⁹.

El objetivo principal del Convenio N° 107 fue el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas, a través de su progresiva integración en la colectividad nacional, siendo esto un claro reflejo del pensamiento imperante en la época, el que estuvo marcado por un fuerte carácter integracionista debido a la creencia de una inminente desaparición de los indígenas.

En efecto, el artículo 1° del Convenio N° 107 hace referencia a poblaciones que se encuentran “en etapas menos avanzadas que la alcanzada por otros sectores de la colectividad nacional”; mientras que el artículo 2.1 habla de “integración progresiva en la vida de sus respectivos países”, y el artículo 4° letra c) se refiere a la “adaptación de dichas poblaciones a nuevas condiciones de vida y de trabajo”. Señala José Miguel Valdivia que:

⁹ La Carta de las Naciones Unidas, al igual que diversos instrumentos internacionales, contempla en su primer artículo el principio de libre determinación de los pueblos, junto a la igualdad de derechos como base del orden internacional.

El arquetipo de las reglas del Convenio 107 sugiere que la conservación de las instituciones nativas ‘no deberá impedir que los miembros de dichas poblaciones ejerzan, con arreglo a su capacidad individual, los derechos reconocidos a todos los ciudadanos de la nación, ni que asuman las obligaciones correspondientes’ (artículo 7.3), además, la regla que impone a los Estados partes el deber de ‘estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación en tales instituciones’ (artículo 5°, letra c).¹⁰

El carácter integracionista del Convenio N° 107 se vislumbra a partir del artículo 1° de dicho Convenio, que fija su ámbito de aplicación. En efecto, el artículo primero del Convenio señala que se aplicará a dos categorías de poblaciones, en primer lugar “a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, y en segundo lugar “a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas 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 y que, cualquiera que esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen”. Si bien se trata de dos categorías distintas, una indígena y la otra no, el elemento común en ambos casos es el grado de integración y asimilación a la colectividad nacional.

¹⁰ VALDIVIA, José Miguel, Ob. Cit. p. 37.

El Convenio de 1957 estaba impregnado por el indigenismo reinante en los años 50¹¹ y la visión antropológica dominante en los organismos multilaterales de aquella época, cuyos fundamentos eran principalmente el asistencialismo y la asimilación a la comunidad nacional, y aunque si bien rechaza la asimilación forzada de los indígenas, el espíritu del convenio buscaba la integración progresiva en el tiempo. El artículo 6° resulta particularmente relevante a la hora de entender la filosofía del Convenio N° 107, que aboga por la integración de los indígenas pero que a la vez rechaza la asimilación artificial y forzada, ya que establece que:

El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, así como del nivel educativo de las poblaciones en cuestión, deberá ser objeto de alta prioridad en los planes globales de desarrollo económico de las regiones en que ellas habiten. Los proyectos especiales de desarrollo económico que tengan lugar en tales regiones deberán también ser concebidos de suerte que favorezcan dicho mejoramiento.

Explica la profesora Elina Mereminskaya que:

La protección es concebida como un proceso progresista de ajuste cultural, que permite a través del desarrollo económico y social reforzar la legitimidad y eficacia de la institucionalidad del Estado. Las principales herramientas del Convenio 107 son la educación y el entrenamiento profesional, los que permitirán a los indígenas incorporarse a las fuerzas laborales de los países¹².

¹¹ DONOSO, Sebastián, Ob. Cit. p. 5.

¹² MEREMINSKAYA, Elina, Ob. Cit. p. 221.

Estos mecanismos y políticas, son considerados como necesarios para lograr la integración de los indígenas, y por ende, los instrumentos internacionales de protección de los pueblos originarios eran concebidos como temporales y transitorios, necesarios sólo durante el periodo de integración. El artículo 3° del Convenio 107 resulta ilustrativo al momento de explicar el carácter excepcional y provisorio de las medidas de protección contemplado para los indígenas:

1. Se deberán adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones en cuestión mientras su situación social, económica y cultural les impida beneficiarse de la legislación general del país a que pertenezcan.
2. Se deberá velar por que tales medidas especiales de protección:
 - a) no se utilicen para crear o prolongar un estado de segregación;
 - b) se apliquen solamente mientras exista la necesidad de una protección especial y en la medida en que la protección sea necesaria.

En la década de los ochenta, y acorde a las tendencias y los discursos de la época, se abandonó el paradigma de la integración y el mestizaje. En efecto, en esta época se hizo evidente que el Convenio 107 de la OIT no daba cuenta de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, ni de la realidad, ni de las demandas de los pueblos originarios.¹³ Es por ello que en 1985, el Secretariado de la OIT, apoyado por el Comité de Expertos para la revisión del Convenio 107, declaró destructivo y obsoleto el carácter

¹³ AYLWIN OYARZÚN, José, "El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas", En: "Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile". Observatorio Ciudadano, Programa de derecho de los Pueblos Indígenas, 2ª ed. (10), 2010, p. 9.

integracionista de dicho convenio, lo cual dio paso al derecho internacional para fortalecer el carácter colectivo de los derechos y la protección de los indígenas.

Es en este contexto de revisión de los instrumentos internacionales que versan sobre la materia, que nace el Convenio N° 169 de la OIT, el cual fue aprobado por consenso en la Comisión de Redacción y adoptado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989, con 328 votos a favor, un voto en contra y 49 abstenciones, entrando en vigencia en 1991 luego de transcurrido un año desde la ratificación por parte de Noruega y México en 1990.

Inicialmente, la protección a los indígenas tomó la forma de derechos individuales que replicaban el contenido de las libertades públicas¹⁴, los cuales tomaron la forma de derechos humanos de tipo clásico o de primera generación. Recordemos que la protección a los indígenas nace como una protección a los trabajadores indígenas, desarrollándose diversos derechos individuales. Explica James Anaya que después de la Segunda Guerra Mundial, se desarrolló un régimen de derechos humanos que hasta fechas muy recientes se interesaba exclusivamente por los derechos de los individuos frente al Estado, dejando fuera las dimensiones colectivas y asociativas de la existencia humana fuera del Estado. En cambio, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos o de grupo, señalando Valdivia al respecto, que:

El Convenio 169 incorpora un conjunto de derechos que pertenecen a los pueblos indígenas en cuanto tales, y no únicamente derechos predicables de los individuos indígenas. Si bien en el Convenio se introduce una salvedad sobre el uso del término “pueblos” en el sentido de evadir las implicaciones del

¹⁴ VALDIVIA, José Miguel, Ob. Cit. p. 38.

término en relación con el derecho a la autodeterminación, de ninguna manera se afecta a la naturaleza colectiva de los derechos reconocidos en el instrumento. Por otra parte, los derechos humanos colectivos se articulan en los proyectos de declaración de los derechos de los pueblos indígenas en curso de elaboración tanto en Naciones Unidas como en la Organización de Estados Americanos.¹⁵

El Convenio 169 de la OIT elevó los estándares de protección a los pueblos originarios que existían hasta entonces en el derecho internacional, elevando a la categoría de derechos lo que el Convenio 107 recomendaba como políticas públicas.¹⁶ Muchos de los derechos que estaban contemplados en el Convenio 107 estaban subordinados al derecho interno de cada país¹⁷, sin embargo, el Convenio 169 los eleva a la categoría de derechos reconocidos en términos absolutos y no subordinados.

El Preámbulo del Convenio, que recordemos forma parte íntegra del tratado y constituye una guía de interpretación, refleja la nueva orientación y visión antropológica y política de la época en que fue aprobado. Señala de esta forma:

¹⁵ ANAYA, James, "La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: evolución y perspectivas", en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, "Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas", Temuco (Chile), Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, p. 40 - 41.

¹⁶ El artículo 2 del Convenio 107 establecía en este sentido: "1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países. 2. Esos programas deberán comprender medidas: a) que permitan a dichas poblaciones beneficiarse, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás elementos de la población; b) que promuevan el desarrollo social, económico y cultural de dichas poblaciones y el mejoramiento de su nivel de vida; c) que creen posibilidades de integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de esas poblaciones".

¹⁷ El artículo 7.2 del Convenio 107 establecía: "Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.". De la misma forma el artículo 8.1 del Convenio 107 establece: "En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país: a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones".

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión¹⁸.

De esta forma, el Convenio 169 es el único tratado internacional que reconoce derechos colectivos a los indígenas, cuyo objeto principal es la conservación de la identidad y patrimonio cultural. Sin embargo, el análisis de éste así como el estudio de sus implicancias será objeto de una sección posterior.

¹⁸ Preámbulo Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo.

1.2. La expansión del derecho internacional como gobernanza global

El derecho internacional, como explica Santiago Benadava, se ha ido enriqueciendo y desarrollando a partir del siglo XVIII gracias, en primer lugar, a la práctica de los Estados que fue creando y consolidando normas consuetudinarias sobre distintas ramas del derecho de gentes; en segundo lugar, a través de la jurisprudencia de los tribunales internacionales que fue contribuyendo a la fijación del sentido y alcance de las normas del derecho internacional; en tercer lugar, a través de los grandes tratados multilaterales sobre cuestiones de interés general; y por último, el trabajo de la doctrina relativo al estudio crítico de las normas jurídicas internacionales¹⁹.

Otro factor importante en la evolución del derecho internacional, ha sido el proceso de preglobalización que experimentó la humanidad a raíz de la Revolución Industrial y de globalización acelerada después de la caída del Muro de Berlín. Las personas y los estados se han acercado a un punto tal que en el mundo de hoy existe un alto grado de interdependencia. Este cambio profundo que se ha ido desarrollando desde 1945 y que se ha acentuado con fuerza desde el término de la Guerra Fría, ha significado un profundo cambio por parte del derecho internacional, el cual lo ha llevado a tener una pretensión de gobernanza global, como explican Santiago Montt y Manuel Matta. En efecto, una de las características más destacables de esta nueva era del derecho internacional es la expansión de diversos mecanismos supranacionales.²⁰ El establecimiento de dichos mecanismos responde a la demanda derivada del alto grado de interdependencia existente hoy en día.

¹⁹ BENADAVA, Santiago, Ob. Cit. p. 15 - 16.

²⁰ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", Estudios Públicos N° 121, 2011, p. 146.

El derecho internacional de gobernanza, o la llamada gobernanza global, tiene sus orígenes en el nuevo orden mundial derivado del fin de la Guerra Fría, que dio origen a una nueva era. Esta nueva etapa ha significado la creación de nuevos sistemas de cooperación y coordinación que implican que los Estados deleguen poder y soberanía a estas instituciones internacionales. Esta transferencia de poderes y en consecuencia toda la regulación derivada de ella, conlleva necesariamente a la erosión y al debilitamiento de conceptos básicos como el de soberanía, democracia, así como valores claves como la *accountability* y la participación ciudadana en asuntos públicos²¹. Como señala Santiago Benadava, “entre más se desarrolla el derecho internacional, más se reduce el ámbito de la soberanía, y por tanto, el poder discrecional de los Estados”²². La doctrina debatía hasta hace poco tiempo si el derecho internacional podía considerarse realmente como derecho, sin embargo, hoy en día dicha interrogante ha sido superada y reemplazada por el origen y alcance de la legitimidad del poder las instituciones supranacionales. En efecto, la problemática que surge en torno a la legitimidad que tienen los órganos supranacionales tiene sus orígenes en el proceso de integración europeo a partir del Tratado de Roma de 1957, que creó la Comunidad Económica Europea, así como en el Tratado de Maastricht de 1992 que profundizó la integración dando nacimiento a la Unión Europea. Más tarde, el debate en torno a la legitimidad se trasladó a nivel global con la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en 1994, derivada del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés).

El estudio de la legitimidad del derecho internacional no sólo tiene relevancia respecto a lo que debe ser el derecho internacional, sino que despierta interrogantes relacionadas con el origen del deber de obediencia

²¹ MONTT, Santiago, “State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation”, Hart Publishing, 2009, p.130.

²² BENADAVA, Santiago, Ob. Cit. p. 105.

hacia el derecho internacional. Sólo en caso que el derecho internacional sea legítimo, existirá el deber moral de obediencia, lo cual es una cuestión de interés fundamental para los ciudadanos que se gobiernan ellos mismos en el marco de una Constitución Política.²³

Entre la Segunda Guerra Mundial y el fin de la Guerra Fría, según Mattias Kumm, hubo una desconcertante falta de interés en desarrollar teorías que explicaran la legitimidad del derecho internacional, la cual no se puede explicar por el hecho que el derecho internacional esté dirigido a los Estados y no a los ciudadanos directamente o que el derecho internacional entregue al derecho interno el desarrollo de la forma en que el derecho internacional se integrará. Desde una perspectiva de los ciudadanos en las democracias constitucionales, el Estado no es más que el marco en el cual éstos se desenvuelven, por lo que cualquier límite al Estado implica un límite a los ciudadanos. Por lo tanto, no se podría explicar esta falta de interés con el argumento que el derecho internacional esta dirigido a los Estados mas que a los ciudadanos.²⁴

Según este mismo autor, las razones que explican este fenómeno radican en primer lugar, por la falta de eficiencia y eficacia por parte del derecho internacional para garantizar la paz y la seguridad mundial. Esta percepción se debe a la realidad histórica de la época, marcada por la Guerra Fría y la carrera nuclear y armamentista existente entonces. En segundo lugar, se consideraba que el derecho internacional tenía una gran influencia e impacto en la vida de las personas, sin embargo, las democracias occidentales consideraban que esta fuerza impactaba no a ellos, sino a otras personas, así por ejemplo, las políticas y programas del Fondo Monetario Internacional serían fundamentales

²³ KUMM, Mattias, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", The European Journal of International Law, 2004, Vol. 15 N° 5 p. 908. [en línea] <<http://207.57.19.226/journal/Vol15/No5/3.pdf>> [consulta: 20 de abril de 2012].

²⁴ Ibid. p. 910.

en los países en desarrollo mientras que la Organización de las Naciones Unidas jugaban un rol central en el proceso de descolonización de África y Asia. En último lugar, el derecho internacional se consideraba efectivo a la hora de imponer obligaciones a los Estados sólo en materias propias de la concepción clásica del derecho internacional, entre las cuales podemos señalar, a modo de ejemplo, los tratados que regulan las relaciones diplomáticas y consulares y los tratados relativos a la aviación civil, entre otros. La mayoría de este tipo de tratados es de índole técnica con escasa relevancia política, lo cual explica que no cuestionen en lo más mínimo la legitimidad que puede tener el derecho internacional.²⁵

La delegación de poder a las instituciones supranacionales y su consiguiente limitación a la soberanía, han llevado a autores como Mattias Kumm a afirmar que los modelos democráticos liberales constitucionales nacidos después del término de la Segunda Guerra Mundial se encuentran en decadencia. A propósito de la crisis de legitimidad desarrollada por el derecho internacional en los siguientes 15 años de terminada la Guerra Fría, señala Kumm:

Esta decadencia esta relacionada con el surgimiento de un nuevo orden jurídico internacional que funciona, sin lugar a dudas, como una sólida red normativa que reclama cada vez más por mayor autoridad. Tiende a ejercer influencia en los procesos políticos nacionales y legales y frecuentemente presiona a los países que no están en conformidad con sus normas. Los actores en las democracias constitucionales se toman cada vez más en serio el reclamo del derecho internacional por mayor autoridad. Lo que encuentran una vez que participan de lleno en el derecho

²⁵ Ibid. p. 911 - 912.

internacional es motivo de preocupación. Los ciudadanos llegan a un callejón sin salida: el concepto de participación en el proceso democrático en el plano interno se ve socavado cada vez que el derecho internacional limita el ámbito en el que el autogobierno nacional puede llevarse a cabo.²⁶

La globalización de la economía y la aparición de nuevas amenazas globales conllevaron de esta forma a la aparición de un nuevo derecho internacional, aparejado a una crisis de legitimidad, y a la decadencia de los modelos democráticos constitucionales. Como explican Santiago Montt y Manuel Matta:

Como consecuencia del poder y fuerza de este Derecho Internacional post Guerra Fría, la antigua pretensión monopolística del Estado ha llegado a su fin. La globalización, en cuanto proceso, 'quita a los Estados individuales la capacidad de control del día a día de las actividades que ocurren en su territorio. Con la globalización, un país ya no es más 'una isla en sí misma'.²⁷

Según Mattias Kumm, son tres los factores que explican este cambio en el derecho internacional. En primer lugar, hoy en día existe una superposición en las materias que son objeto del derecho internacional con aquellas que son objeto del derecho interno de los países. Si bien la globalización no ha desdibujado las fronteras, sí ha conllevado a que la regulación respecto de quién o qué cruza la frontera y de qué forma lo hace, se desarrolle de forma externa a los procesos democráticos de los países. Dichas materias son entregadas hoy en día en gran parte al derecho internacional, y muchos de los

²⁶ KUMM, Mattias, citado En: MONTT, Santiago, "State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation", Ob. Cit. p.130 (traducción de los autores).

²⁷ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", Ob. Cit. p. 147.

tratados desarrollados a la sombra de la OMC ya no regulan exclusivamente cuestiones comerciales, sino que también asuntos ambientales y de derechos humanos. El derecho internacional está regulando materias sustantivas que anteriormente eran competencia exclusiva del derecho interno. En segundo lugar, los tratados internacionales y la forma en que son elaborados son cada vez más abiertos y ambiguos, delegando de esta forma cada vez más poderes a los órganos de carácter cuasi-legislativos o cuasi-judiciales. Los Estados prestan su consentimiento a tratados que sólo fijan un marco normativo general, pero la especificación de los derechos y obligaciones derivados de estos tratados escapa a la esfera de los Estados signatarios. En último lugar, los Estados tienen menor margen de acción al momento de interpretar y aplicar las normas del derecho internacional, lo cual se debe tanto a la especificidad de las normas y deberes involucrados, como a la propagación de resoluciones obligatorias emanadas de terceros.²⁸

Es así como la introducción de diversos mecanismos de gobernanza global en el derecho internacional, ha cambiado de forma radical el derecho público de los Estados. La llamada gobernanza global ejerce una enorme presión e influencia en la vida política y legislativa de los países, lo cual ha llevado, según Cottier y Hertig, a la externalización de las funciones constitucionales, las cuales son completadas por la gobernanza global²⁹. Así como Mattias Kumm señala que las democracias liberales constitucionales surgidas al término de la Segunda Guerra Mundial están en decadencia, Santiago Montt profundiza dicho planteamiento al afirmar que el sistema legal, tal como lo concebía Kelsen, ya no se sostiene, puesto que tanto su pirámide normativa, como la ecuación que identifica al Estado con la ley, están en crisis. En efecto, hoy en día las normas y principios que componen el derecho público,

²⁸ KUMM, Mattias, Ob. Cit. p. 913 - 914.

²⁹ MONTT, Santiago, "State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation", Ob. Cit. p.132.

son generados por instituciones supranacionales, lo cual fractura estos dos planteamientos fundamentales en la teoría de Kelsen³⁰, que ya no permite explicar la compleja realidad de los sistemas jurídicos actuales. Los autores François Ost y Michel van de Kerchove, explican que existen cada vez más delegaciones de competencias normativas en otros actores distintos al Estado. Esto deriva en una recomposición del paisaje jurídico, marcada por la multiplicación de redes creadoras de derecho que se insertan cada vez con más fuerza en las grietas de la pirámide tradicional de Kelsen³¹.

Como ya señalamos anteriormente, los tratados internacionales son cada vez más generales y ambiguos, y en ellos los Estados prestan un consentimiento que sólo fija un marco normativo general. La especificación de los derechos y obligaciones derivados de estos tratados escapa a la esfera de los Estados signatarios, los cuales son determinados por los órganos que el tratado establece. Los tratados relativos al derecho internacional de los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el Convenio 169, comparten esta pretensión de gobernanza global, por lo que quedan sujetos a un desarrollo normativo específico al cual no prestaron directamente su consentimiento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial en el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua, ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, los cuales deben adaptarse e interpretarse de acuerdo a la evolución de los tiempos³². En efecto, gran parte de los tratados de derechos humanos, entre los cuales se encuentran la mayoría de las normas del Convenio 169, se caracterizan por

³⁰ Ibid. p.132.

³¹ OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel, "De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit", Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 122 [en línea] <http://books.google.cl/books?hl=es&lr=&id=7EKWRS-8MbEC&oi=fnd&pg=PA11&dq=de+la+pyramide+au+reseau&ots=fmqGzkJO23&sig=UUJ3u9JTqhf4QFXLWyJMOChE9Q&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false> [consulta: 23 de marzo 2012].

³² Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, n. 24, Considerando 146º.

tener una redacción abierta y general “cuyo potencial expansivo permite la articulación de esquemas de gobernanza global”³³.

1.3. La influencia de los instrumentos internacionales en el derecho interno

Como ya señalamos, desde la caída del bloque soviético el derecho internacional entra en la era de la gobernanza global, lo que se ha traducido en la creación de nuevos sistemas de cooperación y coordinación que obliga a los Estados a delegar poder y soberanía a las instituciones internacionales. Es por esta razón, que creemos importante analizar la influencia y la forma en que se incorporan los instrumentos internacionales en el derecho interno.

1.3.1. El derecho internacional en el derecho interno

Como ya hemos mencionado, el derecho internacional se encuentra en un importante periodo de expansión. Esto ha significado un aumento del número de tratados internacionales así como del contenido de éstos, conllevando de esta manera a que los tratados dejaron de ser una excepción en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta hace 20 años, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile eran escasos y se limitaban a tratar asuntos limítrofes o aspectos que involucraban directamente al Estado, sin embargo, a partir de la década de los 90 esta situación cambió drásticamente. A modo de ilustración, podemos señalar que durante el gobierno de Patricio Aylwin se ratificaron y promulgaron 70 tratados internacionales y luego en el gobierno de Eduardo Frei la cantidad ascendió a 200. Asimismo, como adelantamos, el

³³ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 148.

cambio en los tratados internacionales no sólo dice relación con una cuestión numérica sino que también de contenido, desarrollando hoy en día materias que interesan directamente a los privados, afectando derechos e intereses de personas tanto naturales como jurídicas. De esta forma resulta fundamental analizar el impacto del derecho internacional en el derecho interno y estudiar la manera en que se articula e integra el derecho internacional en el derecho interno.

El problema que se plantea detrás de la relación existente entre el derecho internacional y el derecho interno “se refiere a si ambos derechos forman un solo sistema normativo, o si, por el contrario, forman dos sistemas distintos”³⁴. Para responder a la tensión existente entre el marco jurídico internacional e interno, se ha desarrollado un intenso y antiguo debate en torno a dos teorías, monista y dualista, las cuales han sido marcadas por las ideologías y contingencia política de distintas épocas.

La teoría dualista sostiene la idea que se trata de dos ordenamientos jurídicos distintos, separados los unos de otros y que regulan materias distintas. Por un lado, el derecho internacional emana del acuerdo entre los Estados y regula las relaciones entre éstos, mientras que el derecho interno deriva de la voluntad exclusiva de un Estado³⁵ y regula las relaciones políticas, sociales y económicas al interior del mismo. Se trata de planos distintos por lo que resultaría imposible que entren en colisión el uno con el otro y que modifiquen o alteren las normas del otro. Santiago Benadava explica:

Hablar de conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno sería tan inexacto como hablar de conflicto entre las leyes

³⁴ MONTT, Santiago. “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 1, 2005, p. 24.

³⁵ BENADAVA, Santiago, Ob. Cit. p. 77.

de los diferentes Estados. Cada uno de estos sistemas jurídicos – el interno y el internacional– es válido dentro de su propia esfera; en particular, una norma de derecho interno es válida en el plano interno aunque sea contraria al derecho internacional³⁶.

Por ende, según la teoría dualista, la única forma por la cual sería posible que una norma de derecho internacional se aplique en el derecho interno es mediante su conversión en norma interna según los mecanismos que el propio derecho interno establece, o bien, mediante remisión expresa del derecho interno a la norma de derecho internacional.

Como señalamos anteriormente, la aplicación de la teoría dualista en ciertos países responde a los planteamientos ideológicos y a la coyuntura histórica y política. En efecto, ilustra esta afirmación el caso de los países latinoamericanos, que en el siglo XIX siguieron esta teoría para desmarcarse del idealismo internacionalista de los países europeos y de esta forma consolidar la soberanía de los Estados nacientes. Otro caso ilustrativo son los Estados marxistas durante el siglo XX, quienes acogieron con fuerza la teoría dualista a fin de no recibir la influencia de las democracias liberales mediante la recepción del derecho internacional.³⁷

En la otra vereda encontramos la llamada teoría monista, cuyo principal exponente es Hans Kelsen. El monismo considera al ordenamiento jurídico como una unidad estructurada de manera jerárquica, en cuya cúspide se encuentra el derecho internacional que prima sobre el derecho interno, por lo que los Estados no podrían apelar a éste para justificar violaciones a sus compromisos y obligaciones internacionales. Explica Santiago Benadava, que

³⁶ Ibid. p. 77 - 78.

³⁷ MONTT, Santiago. "Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado". Ob. Cit. p. 25.

para Kelsen “todo el derecho constituye una unidad normativa, un sistema único en que las normas están subordinadas jerárquicamente unas a otras; dentro de esta jerarquía el derecho interno está subordinado al derecho internacional, del cual es sólo una derivación”³⁸. Teorías más moderadas del monismo, afirman que el derecho internacional establece un amplio margen de acción a los Estados en el cual éstos se deben desenvolver. Según Benadava, en caso que exista una norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional, ésta sigue siendo válida, sin embargo, dicha validez no deriva del hecho que ambos sistemas jurídicos sean distintos y se encuentren separados, sino simplemente a que el derecho internacional carece de mecanismos para anular la norma de derecho interno³⁹, lo cual, sin embargo, no exime de responsabilidad al Estado incumplidor de sus obligaciones establecidas en el derecho internacional.

Según el profesor Edgardo Riveros Marín:

El derecho internacional no ha asumido ni una posición dualista ni monista; a su vez no ha establecido una norma común acerca de la forma de hacer imperativa en el derecho interno la norma emanada del derecho internacional, dejando esto entregado a la normativa doméstica de cada Estado. El derecho internacional se limita a establecer que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales, pero no entra a reglamentar la manera en como aquéllos introducen la norma a su esfera jurídica propia⁴⁰.

³⁸ BENADAVA, Santiago, Ob. Cit. p. 78.

³⁹ Ibid. p. 78.

⁴⁰ RIVEROS, Edgardo, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Notas sobre el caso chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23 Nos 2 y 3, Tomo I, p.407.

Sin embargo, en el debate en torno estas dos construcciones doctrinarias se ha olvidado el contexto en el cual nacieron. Según Von Bogdandy, la discusión teórica entre el dualismo y monismo se encuentra obsoleta, atendido a que han cambiado las circunstancias que dieron nacimiento a éstas:

Como suele suceder con sus construcciones, el contexto en el que nacieron ha sido en gran parte olvidado. Así, si se compara la situación actual con la de hace cien años atrás, casi todos los elementos relevantes han cambiado: la evolución del Estado-Nación en conjunto con el proceso de globalización, la elaboración gradual del derecho internacional, el surgimiento de sentencias constitucionales en general, y sobre todo, la consagración positiva a través de disposiciones constitucionales sobre la función del derecho internacional en los sistemas domésticos.⁴¹

Hoy se considera que las normas de derecho internacional son aplicables en el derecho interno sólo desde el momento en que son recepcionadas por la Constitución, la cual les otorga el valor y la aplicabilidad en el ordenamiento jurídico interno. Los profesores Montt y Matta postulan por un dualismo moderado, siguiendo a Von Bogdandy, según el cual la relación del derecho interno con el derecho internacional debe analizarse de acuerdo a la idea del acoplamiento, el cual “puede ser mas ‘apretado’ o más ‘suelto’, lo que depende de la ‘mediación’ que hagan de las normas internacionales tanto los órganos domésticos políticos como los judiciales y administrativos”⁴².

⁴¹ VON BOGDANDY, Armin, “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law* 6, 2008, p. 400 (Traducción de los autores).

⁴² MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, *Ob. Cit.* p. 154 - 155.

Actualmente, la discusión ya no se centra en si los sistemas jurídicos son dualistas o monistas, ya que dicha problemática ha sido de cierta forma superada por el hecho que los sistemas jurídicos de los distintos países del mundo aceptan la incorporación del derecho internacional al derecho interno. Hoy en día los conflictos entre derecho internacional y derecho interno se presentan a nivel de obligaciones y no de sistemas, por lo que se habla de cooperación y coordinación para superar la dicotomía dualismo-monismo.⁴³

Dicho lo anterior, resulta relevante ahora analizar tanto la forma como las reglas y principios que rigen la recepción del derecho internacional en Chile. Para ello, lo primero que haremos es distinguir el derecho internacional consuetudinario del derecho de los tratados.

A diferencia de otros países, cuyas constituciones contienen disposiciones expresas en virtud de las cuales las normas de derecho internacional generalmente aceptadas forman parte del derecho interno, nuestra Constitución Política de la República guarda absoluto silencio respecto al modo en que se recepciona y aplica en derecho internacional consuetudinario. En Chile, la recepción y aplicación del derecho internacional consuetudinario es producto exclusivo del desarrollo jurisprudencial y doctrinario, por lo que se considera que “el Gobierno, los tribunales y los autores han reconocido que el derecho internacional general forma parte del derecho chileno”⁴⁴. Benadava tras efectuar un análisis del desarrollo jurisprudencial de gran parte del siglo XX concluye que:

En general, podemos afirmar que la jurisprudencia de nuestros tribunales admite que las reglas de derecho internacional

⁴³ MONTT, Santiago. “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”. Ob. Cit. p.27.

⁴⁴ BENADAVA, Santiago, Ob. Cit. p. 83.

generalmente aceptadas se entienden automáticamente incorporadas en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado, y que deben ser aplicadas por los tribunales nacionales cuando se les presenta ocasión para ello⁴⁵.

El autor señala que la única limitación a la recepción de derecho consuetudinario en el derecho nacional se da en caso de conflicto con una ley interna, en cuyo caso esta última prevalece⁴⁶.

En el derecho comparado, algunos países han hecho una recepción global del derecho general en sus ordenamientos jurídicos internos, recepción que a veces ha sido mediante una disposición constitucional expresa. Así, la Constitución Alemana establece en su artículo 25° que “las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Ellas priman sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”. Según Santiago Benadava, esta disposición incorpora el derecho internacional consuetudinario, es decir, las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas, al derecho interno alemán e incluso le otorga primacía sobre las leyes federales, señalando que “la Constitución permite al juez alemán, bajo control del Tribunal Constitucional Federal, rechazar la aplicación de las leyes alemanas contrarias al derecho internacional general”⁴⁷. Similares disposiciones encontramos en las Constituciones de Italia⁴⁸ y de Rusia⁴⁹, en cambio, en el sistema del *common*

⁴⁵ BENADAVA, Santiago, “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”, en “Nuevos enfoques del Derecho Internacional”, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.18.

⁴⁶ BENADAVA, Santiago, “Derecho Internacional Público”, Ob. Cit. p. 86.

⁴⁷ Ibid. p. 87.

⁴⁸ El artículo 10 de la Constitución italiana establece que “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”.

⁴⁹ El artículo 15 de la Constitución de la Federación Rusa establece que “Los principios y las normas del derecho internacional y los acuerdos internacionales de la Federación Rusa son parte integrante de su

law no existe disposición legal alguna que establezca la recepción global del derecho internacional en el derecho interno, pero según explica Benadava, sí considera, que “todas las reglas del derecho internacional consuetudinario que son universalmente reconocidas o que, en todo caso, han recibido el asentimiento del país son *per se* parte del derecho interno”⁵⁰.

En materia de tratados la situación es diferente, ya que nuestra Constitución Política de la República establece expresamente reglas de competencia y ratificación de los mismo, lo cual no ocurre en materia de derecho internacional consuetudinario. En efecto, el artículo 32° N° 15 de nuestra CPR establece que es una atribución especial del Presidente de la República “llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54° N° 1”. El artículo 54° N° 1 dispone que:

Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

Para que un tratado internacional produzca efectos en el derecho interno, es menester que sea incorporado a este último por medio de un acto expreso. Según Benadava:

sistema judicial. Si el acuerdo internacional de la Federación Rusa implica otras reglas que las previstas por la ley, se aplicarán las reglas del Tratado Internacional”.

⁵⁰ BENADAVA, Santiago, “Derecho Internacional Público”, Ob. Cit. p. 82.

Los tratados destinados a ser aplicados en el plano interno requieren de un acto formal de recepción o incorporación. El tratado no es 'conocido' por los jueces nacionales a menos que haya sido puesto en su conocimiento en la forma prescrita por el derecho interno⁵¹.

Benadava apoya su tesis en un exhaustivo análisis jurisprudencial, del cual concluye que las reglas internacionales creadas por tratados no se incorporan de forma automática a nuestro ordenamiento jurídico, sino que requieren de su recepción para ser aplicadas por los tribunales nacionales.⁵²

Resulta importante realizar un alcance en materia de tratados de derechos humanos. Según parte de la doctrina, para entender vigente un tratado de derechos humanos no es necesario su promulgación ni su publicación. Dicha tesis considera que lo sometido a los trámites de una ley es la aprobación del Congreso y no su entrada en vigencia, por lo que no existe ninguna disposición constitucional que exija la promulgación y publicación para entrar en vigor. Explica Matías Meza-Lopehandía, citando a los profesores Carmen Gloria Perez y Enrique Precht, que:

Cuando el artículo 5° de la Constitución habla de tratados ratificados que se encuentren vigentes, debemos entender que la ratificación implica su incorporación conforme a la Constitución (firma, aprobación en las Cámaras, control de constitucionalidad en su caso y ratificación) y no por su promulgación y publicación, las cuales sólo cumplen funciones de publicidad y certeza, mientras que la vigencia se refiere a la vigencia internacional. La

⁵¹ BENADAVA, Santiago, "Derecho Internacional Público", Ob. Cit. p. 83.

⁵² BENADAVA, Santiago, "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", En: "Nuevos enfoques del Derecho Internacional", Ob. Cit. p. 35.

falta de publicación de un tratado sólo tendría consecuencias en tanto no sería aplicable *ex officio* por los poderes públicos⁵³.

Respecto de este punto, cabe resaltar que durante la década de los 80, los tribunales de justicia sistemáticamente no dieron aplicación al Pacto de Derecho Civiles y Políticos de 1966 en atención a no haber sido promulgado y publicado, por lo que no se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, de forma mas general, la reforma constitucional del año 2005 introdujo una serie de modificaciones que permitirían superar el problema de la incorporación de los tratados internacionales, toda vez que incorpora un segundo inciso en el nuevo artículo 54° que sostiene que “La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 63°, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. La expresión “en lo pertinente” explicita que un tratado internacional no es una ley. En palabras del profesor Humberto Nogueira:

El tratado requiere de la aprobación del Congreso, sólo para su incorporación al derecho interno, procedimiento que se realizará, en lo pertinente a su naturaleza de convención internacional, de acuerdo con el procedimiento de tramitación y aprobación determinado por la Constitución compatible con su naturaleza cuya validez y vigencia está determinada por la norma internacional, ya que en el procedimiento de aprobación de tratados no pueden los parlamentarios concretar ni aprobar indicaciones.⁵⁴

⁵³ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “El Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno”, En: “Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile”. Observatorio Ciudadano, Programa de derecho de los Pueblos Indígenas, 2ª ed. (10), 2010, p. 106.

⁵⁴ NOGUEIRA, Humberto, “Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de Tratados Internacionales”, Estudios Constitucionales, Año 5, N°1, 2007, p. 63 - 64.

Sin perjuicio de lo señalado respecto del momento en que entran en vigencia los tratados internacionales, la incorporación efectiva de éstos depende de un requisito adicional: el tratado debe ostentar la calidad de *self executing* o auto ejecutable. Dicho requisito será analizado a continuación.

1.3.2. La autoejecutabilidad de los tratados internacionales

La cuestión de la autoejecutabilidad de una norma de derecho internacional válidamente recepcionado, es fundamental a la hora de analizar la incorporación de éstas al derecho interno. Una norma de carácter internacional considerada autoejecutable, permite su aplicación directa por parte de los tribunales de justicia, mientras que en el caso contrario, previo a su aplicación, el Estado deberá dictar, dentro de un plazo razonable, la legislación complementaria que sea necesaria para estos efectos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Por lo tanto, el problema radica en la determinación de si una norma internacional se incorpora y aplica directamente, o si por el contrario, se requiere de un desarrollo normativo posterior.

La clasificación de los tratados internacionales en *self executing* y *non self executing*, proviene del derecho estadounidense, clasificación que se ha desarrollado por vía jurisprudencial desde el siglo XIX⁵⁵. Una norma se considera autoejecutable cuando tiene una precisión normativa suficiente, es

⁵⁵ En el caso Foster vs. Nielson de 1829, la Corte Suprema de EE.UU señaló que “...Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is consequently to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the Legislature whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the Judicial, Department, and the Legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court”, [En línea] <<http://supreme.justia.com/us/27/253/case.html>>, [consulta: 15 de mayo de 2012].

decir son completas y detalladas⁵⁶, mientras que una norma no es autoejecutable cuando carece de estas características y requiere de un desarrollo legislativo posterior para darle la precisión necesaria y darles aplicación en el derecho interno. El jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchega señala al respecto:

La estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma (*self executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o exigibilidad. Se habla de auto ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma, que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual se pueda derivar directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo a medidas administrativas subsiguientes.⁵⁷

La clasificación en *self executing* y *non self executing*, ha sido adaptada y desarrollada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comparada. En Chile, la autoejecutabilidad como requisito adicional para la incorporación de las normas de derecho internacional al derecho interno tiene su origen en la

⁵⁶ BENADAVA, Santiago, "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", Ob. Cit. p.42.

⁵⁷ JIMÉNEZ, Eduardo, En: IRIGOIN, Jeanette, "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno", Revista Chilena de Derecho, Vol 23 Nos 2 y 3, Tomo I, p. 299.

sentencia de del Tribunal Constitucional Rol N° 309, de fecha 4 de agosto del año 2000, que resolvió el requerimiento presentado en contra del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. El considerando 48° de dicha sentencia señala:

Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina '*self executing*' y '*non self executing*'.

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República

ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe –en esta instancia jurisdiccional– pronunciarse sobre su constitucionalidad.⁵⁸

De lo señalado por el Tribunal Constitucional en el considerando recién transcrito, podemos concluir, en primer lugar, que la calidad de autoejecutable o no de un tratado está dada exclusivamente por las normas contenidas en él, por lo que pueden existir tratados que contengan exclusivamente normas autoejecutables, otros que no contengan ninguna, y finalmente tratados que contengan ambos tipos de normas. No es el tratado el autoejecutable, sino que las normas contenidas en él. En segundo lugar, una norma *non self executing* no puede entrar en conflicto con una norma de derecho interno, ya que ésta al no haber sido incorporada al derecho interno, no se encuentra vigente, por lo que una norma no autoejecutable no puede ser aplicada por un juez nacional en un conflicto interno. Finalmente en tercer lugar, según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en el considerando en cuestión, debido a que la norma no autoejecutable no ha sido incorporada al ordenamiento jurídico interno, no es

⁵⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, Considerando 48°.

posible que el Tribunal Constitucional efectúe el control de constitucionalidad preventivo.

Respecto a este último punto, la doctrina nacional se encuentra dividida. En efecto, el profesor Teodoro Ribera Neumann discrepa de lo argumentado por el Tribunal Constitucional, ya que según él, no son concebibles tratados internacionales que no se sometan al control de constitucionalidad del Tribunal, toda vez que “todo tratado internacional compromete la responsabilidad internacional del Estado, por lo que debe estar en concordancia con la respectiva Constitución nacional, sea que sólo genere obligaciones internacionales o también obligaciones internas”⁵⁹. El Presidente no podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado contraviniendo la Carta Magna debido a que la responsabilidad internacional del Estado, así como la buena fe internacional, se encuentran en juego. En seguida, argumenta que existe un riesgo en la práctica de que un tratado que contenga normas no autoejecutables, pueda quedar fuera del control de constitucionalidad en caso que el desarrollo normativo se haga a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Finalmente, Ribera considera que sostener la existencia de normas promulgadas y publicadas pero que no se encuentren vigentes en el orden jurídico interno, es confundir la existencia jurídica de la norma con su exigibilidad interna.

Por otra parte, el profesor Carlos Carmona apoya la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en el considerando antes citado. Explica Carmona que no corresponde al Tribunal Constitucional realizar controles preventivos a las normas autoejecutables, debido a que éstas aún no se incorporan al ordenamiento jurídico interno y ello supondría limitar la autonomía del legislador

⁵⁹ RIBERA NEUMANN, Teodoro, “El derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en UNIVERSIDAD DE CHILE, *Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional*, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 59.

o la potestad reglamentaria. En segundo lugar, advierte que por ningún motivo el Tribunal Constitucional está renunciando a ejercer el control de constitucionalidad, sino que simplemente lo está postergando para cuando llegue el momento de efectuarse el desarrollo normativo correspondiente. Finalmente, haciéndose cargo de la supuesta mala fe internacional en la que incurriría el Estado en caso de contravenir lo convenido en el tratado internacional mediante el desarrollo interno de una norma no autoejecutable, concluye:

Las cláusulas no autoejecutables son preceptos abiertos intencionalmente por los suscriptores del tratado. Las demás cláusulas del tratado, en cambio, son cerradas, tienen un mandato o precepto unívoco. El hecho de que sean abiertas, convoca a su determinación por los preceptos del ordenamiento jurídico nacional. En tal sentido, su concreción en el derecho interno, por ese solo hecho, no podría vulnerar nunca las normas de decencia y lealtad en las relaciones internacionales⁶⁰.

Dicho lo anterior, mas allá de las distintas definiciones y consideraciones de autoejecutabilidad que han sido desarrolladas en la jurisprudencia chilena, la determinación de la calidad *self executing* o *non self executing* de una norma de derecho internacional, no es una cuestión exenta de dificultades. Explica Santiago Montt, que los únicos criterios utilizados por la jurisprudencia para determinar esta cuestión son, “primero, ‘el carácter programático’ de las normas contempladas en el tratado; segundo, si las normas ‘se bastan a si mismas’; y

⁶⁰ CARMONA SANTANDER, Carlos, “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas”, en UNIVERSIDAD DE CHILE, *Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional*, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 156.

tercero, el hecho mismo que el tratado llame a su implementación ulterior”⁶¹. El establecimiento de estos criterios, si bien ayudan en definir el carácter de las normas, resultan insuficientes debido a la gran cantidad y los distintos grados de complejidad de los tratados internacionales ratificados por Chile, por lo que no pudiendo establecer criterios objetivos y generales que permitan dar solución a esta cuestión, se hace necesario estudiar caso a caso los tratados, tomando en consideración los matices de cada una de estas normas.

1.3.3. Autoejecutabilidad del Convenio 169

Visto el marco teórico en el cual se encuentra el derecho internacional, y particularmente los tratados internacionales, resulta relevante determinar si el Convenio 169 de la OIT ostenta la calidad de autoejecutable, o más bien si las normas contenidas en él son *self executing* o *non self executing*.

1.3.3.1. Argumentos en contra

Como señalamos anteriormente, en la sentencia Rol N° 309 del 4 de agosto del año 2000, el Tribunal Constitucional señaló que existían normas dentro del Convenio 169 que tenían el carácter de autoejecutables y otra que no cumplían con dicha característica. Existe una corriente que se opone a la autoejecutabilidad del Convenio 169 por diversas razones. El profesor José Miguel Valdivia sostiene una serie de argumentos que van en este sentido.

En primer lugar, señala que el Convenio 169 no ostenta la calidad de tratado de derechos humanos. La doctrina concuerda en que la jerarquía de los

⁶¹ MONTT, Santiago, "Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado". Ob. Cit. p.33.

tratados internacionales equivale en general a aquella que detenta la ley. Sin embargo, respecto al valor de los tratados internacionales de derechos humanos no existe consenso. En virtud del artículo 5° inciso 2 de la Constitución⁶², existe una corriente que estima que los tratados de derechos humanos son siempre autoejecutables. Sin embargo, José Miguel Valdivia, sin entrar en el fondo de dicha discusión, explica que el Convenio 169 no integra la categoría clásica de derechos humanos. En palabras de dicho autor:

Desde que los individuos beneficiarios de estas herramientas gozan de sus ventajas en tanto pertenezcan a grupos étnicos determinados y, en algunos casos, las empleen por intermedio de organizaciones integradas por otros individuos del mismo origen, no puede adscribírselas sin más a un género formado por derechos que se asumen como emanación directa de la naturaleza humana⁶³.

Por lo tanto, al estar el Convenio circunscrito a los pueblos indígenas, lo que consagraría son derechos indígenas y no derechos humanos. El destinatario de dichos derechos no es la persona humana, sino que sólo algunos de ellos, en este caso los pueblos indígenas. Esta opinión, es matizada en el caso de algunas disposiciones contempladas en el Convenio (como son las relativas a la discriminación contra el indígena en materia laboral) que se refieren a derechos que ya cuentan con reconocimiento individual. Sin embargo, explica el autor, en el caso del derecho a consulta, los pueblos indígenas pasan a gozar de derechos así como de una ciudadanía fortalecida, en relación a los otros habitantes de la República, por lo que “el régimen singularísimo que el

⁶² El artículo 5 inciso 2 de la CPR señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁶³ VALDIVIA, José Miguel, Ob. Cit. p. 47.

Convenio 169 pretende instituir respecto de la consulta no puede justificarse en una naturaleza común a los hombres”⁶⁴.

En segundo lugar, si bien el Tribunal Constitucional declaró como autoejecutables algunas de las disposiciones contempladas en el Convenio 169, entre las cuales se encuentra el derecho a la consulta, Valdivia considera que la concreción normativa de dichos preceptos no garantiza su aplicación directa. El virtud de este argumento, el criterio de autoejecutabilidad es débil y no se sustenta por si solo. En efecto, si bien existen tratados internacionales cuyas normas tienen un desarrollo completo y reúnen todas las características de las normas *self executing*, en la práctica requieren de la dictación de una ley para ser incorporados al ordenamiento jurídico interno. Se señala como ejemplo, el caso del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, el cual a pesar de contener normas que tipifican detalladamente las conductas que deben ser sancionadas, en virtud de la estructura del derecho chileno y del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, fue necesario dictar la Ley N° 20.357 para incorporar los delitos establecidos en el tratado internacional a nuestro derecho interno. Lo mismo sucede con el derecho a la consulta establecido en el artículo 6° del Convenio, el cual sirvió de base y se aludió a lo dispuesto en él para dictar el decreto supremo N° 124 del Ministerio de Planificación sobre “Reglamento del artículo 34 de la Ley N° 19.253, a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas”.

Finalmente, frente a la justificación de la autoejecutabilidad de los tratados fundamentada por un lado en la buena fe internacional, y por otro, en la prohibición de invocar las disposiciones de derecho interno como justificación al incumplimiento de un tratado⁶⁵, Valdivia recalca que ni la propia Convención de Viena, ni ningún otro texto, contienen reglas que establezcan de forma genérica

⁶⁴ Ibid. p. 50.

⁶⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Naciones Unidas, 1969, Artículo 27.

el carácter autoejecutable de las normas contenidas en los tratados internacionales. Relacionado con el artículo 27° de la Convención de Viena, explica Valdivia que:

El compromiso que contraen los Estados al suscribir un tratado los obliga a cumplir de buena fe sus disposiciones, sin que puedan invocar al efecto como excusa legítima la existencia de normas internas contradictorias con el tratado. Es en el ámbito de la responsabilidad que se sitúa la utilidad de esta regla, no en el plano de la eficacia normativa del tratado⁶⁶.

1.3.3.2. Argumentos a favor

La corriente que afirma la autoejecutabilidad de las normas contenidas en el Convenio 169, funda su tesis principalmente en la calidad de tratado de derechos humanos del mencionado Convenio, por lo que resulta fundamental determinar si el Convenio 169 es o no un tratado de derechos humanos.

Los Estados, han reconocido que la dignidad de la persona humana es el centro de su quehacer y las potestades emanadas de la soberanía están limitadas por la obligación de respeto de los derechos fundamentales de las personas. De esta manera, los tratados de derechos humanos tienen como destinatario final a la persona humana y constituyen beneficios a favor de la dignidad humana y no de los Estados suscribientes, de tal forma que el Estado al suscribir un tratado de derechos humanos constituye a su vez una limitación a su soberanía. Esto ha sido recogido por nuestra Constitución, la cual establece en el artículo 5° inciso 2 que:

⁶⁶ VALDIVIA, José Miguel, Ob. Cit. p. 52.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Según señalan Montt y Matta, el artículo 5° de nuestra Carta Fundamental establece una calidad normativa especial a los tratados de derechos humanos. El deber imperativo que tienen los órganos del Estado de respetar los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales, implica una limitación constitucional al poder normativo del Congreso. En efecto, en virtud de dicha disposición, los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma jerarquía interna que la ley, pero con el matiz de que gozan de protección constitucional de inderogabilidad y de no inaplicación interna, por lo que el artículo 5° de la Constitución establece que los tratados de derechos humanos son siempre autoejecutables. En la práctica, esto se traduce en que si una ley, posterior a la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos, es contraria a éste, sería inconstitucional por infracción al artículo 5° de la Constitución.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que:

Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional, ya que sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de la forma en que esté en

ellos prevista, es decir, de acuerdo a lo pactado por los concelebrantes. En tales circunstancias, una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución⁶⁷

Por otra parte, el artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, impone no sólo el deber al Estado de respetar los preceptos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos, sino también el deber de promoverlos. Siguiendo la teoría del acoplamiento de Von Bogdandy, Montt y Matta explican:

En nuestro país existe un 'acoplamiento' total, incluyendo autoejecutabilidad o efecto directo y supremacía, todo ello por expresa disposición del artículo 5° de la Constitución. Como consecuencia, el Congreso, el Presidente y el Tribunal Constitucional carecen de las potestades necesarias para suspender o inaplicar tales normas en el Derecho interno⁶⁸.

Sin embargo, el carácter de autoejecutable de un tratado de derechos humanos no implica que éste sea justiciable. En el caso del Convenio N° 169 de la OIT, los derechos contemplados en él son de segunda y tercera generación, por lo que enfrentan los mismos desafíos de justiciabilidad que los demás derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico interno. Explican Scott y Macklem que:

⁶⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 804-2007, Considerando N° 14.

⁶⁸ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", Ob. Cit. p. 166.

Los derechos sociales son vistos como positivos y, por ello, involucran acción de parte del gobierno; son intensos en cuanto al uso de recursos y, por ello, son caros de proteger; son progresivos y, por ello, requieren tiempo para ser implementados; son vagos en términos de las obligaciones que imponen, y finalmente, implican complejos, policéntricos y difusos intereses en los bienes colectivos⁶⁹.

Como derechos de segunda y tercera generación, los derechos contemplados en un tratado internacional de derechos humanos pueden enfrentar problemas de justiciabilidad, cuestión distinta a la autoejecutabilidad del tratado.

Para determinar si las normas del Convenio 169 son autoejecutables, Montt y Matta lo analizan tanto desde una perspectiva del derecho internacional como de derecho interno, para determinar si sus normas pueden o no ser catalogadas como normas de derechos humanos, enfocándose principalmente en sus artículos 6°, 7° y 15°. Desde una perspectiva internacional, los artículos 6°, 7° (relativos a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado) y 15.1 (relativo a la propiedad en los recursos naturales) establecen derechos humanos o derechos fundamentales de tercera generación, en atención a que se enmarcan dentro de los conceptos de autodeterminación, identidad y propiedad. Desde una perspectiva del derecho interno, los autores sostienen que:

Si el Congreso y el Presidente ratifican un tratado que conforme al derecho internacional es de derechos humanos, debe entenderse

⁶⁹ MACKLEM, Patrick, y SCOTT, Craig, "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141, 1992.p. 24 [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162216> [consulta: 23 de mayo 2012].

que no han querido crear una situación de conflicto con el derecho interno y que, por el contrario, estiman que dicho tratado contiene normas de derechos humanos para los efectos del artículo 5^o⁷⁰.

Por lo tanto, establecida la condición de tratado de derechos humanos del Convenio 169, los autores concluyen, teniendo a la vista la discusión parlamentaria (que daba cuenta que se trataba de un tratado de derechos humanos), que los artículos 6^o y 7^o del Convenio son autoejecutables. Dicha conclusión es reforzada a través de la parte considerativa del Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, la cual establece que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios para ser aplicadas sin más trámites en el derecho interno⁷¹. La única norma que no entra en la categoría de autoejecutable para los autores es el artículo 15.2, el cual establece el derecho a “participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades”, ya que no cumple con las condiciones o requisitos generales de autoejecutabilidad propio de los tratados internacionales.

1.4. Análisis de constitucionalidad del Convenio 169 realizado por el Tribunal Constitucional

El año 2000, en el marco del proceso de ratificación del Convenio 169 que duró 18 años en el Congreso, un grupo de 31 diputados solicitó la declaración de inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones. El requerimiento argumenta que el Convenio 169 modifica tácitamente leyes orgánicas constitucionales por lo que el tratado sería inconstitucional. En efecto, en

⁷⁰ Ibid. p. 171.

⁷¹ Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, considerando 8°.

nuestro ordenamiento jurídico la modificación de leyes orgánicas constitucionales requiere de una mayoría cualificada así como de un control de constitucionalidad obligatorio. Agregan los requirentes que el Convenio 169 atenta contra diversas disposiciones constitucionales, tales como el derecho de propiedad, el régimen constitucional relativo a los yacimientos mineros, la igualdad ante la ley, así como las Bases de la Institucionalidad al establecer derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas por cuanto esto atentaría contra la titularidad de la soberanía popular establecida en la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional realizó una distinción entre normas autoejecutables y normas no autoejecutables o programáticas como ya mencionamos anteriormente. El considerando 48 de la sentencia señala:

Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina '*self executing*' y '*non self executing*'.

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Esta distinción resulta fundamental para la exigibilidad de los derechos. En efecto, al requerir las normas programáticas un desarrollo normativo posterior, éstas no pueden ser aplicadas de forma directa. Este tipo de norma “constituyen un deber para el Estado de adoptar las medidas que correspondan para que éstas tengan eficacia jurídica”⁷² y no pueden ser reclamadas directamente en tribunales, esto es, no son justiciables. Por otro lado, las normas calificadas como autoejecutables se integran directamente a nuestro ordenamiento jurídico y por ende pueden ser reclamadas directamente ante los tribunales de justicia.

Tomando en consideración dicho razonamiento, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad por cuanto estableció que “(i) la mayoría de las disposiciones del Convenio tienen un carácter ‘programático’, y por tanto no son autoejecutables; y (ii) aquellas que sí son autoejecutables no son contrarias a la Constitución Política del Estado”⁷³.

Uno de los aspectos más controvertidos en las alegaciones de los requerientes fue la asignación del carácter de pueblos a los indígenas. Sostuvieron los diputados requirentes que el Convenio 169 atentaba contra el artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, toda vez que ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse el ejercicio de la soberanía. En este caso, el Convenio estaría reconociendo a los pueblos indígenas como sujetos de derecho público lo que implicaría una transferencia de atribuciones propias de los poderes del Estado y de competencias públicas. Un reflejo de lo anterior sería la transferencia a los pueblos indígenas de la capacidad de determinar sus propias prioridades. Señalaron los diputados requirentes:

⁷² FERNANDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Christian, Ob. Cit. p. 88.

⁷³ Requerimiento de fecha 7 de junio del año 2000, causa Rol N° 309-2000, Tribunal Constitucional.

Consideramos, por ello, que e Convenio N° 169 confiere atribuciones propias de los órganos públicos a los entes colectivos “pueblos indígenas o tribales”, en contravención a la Constitución y en desmedro de los chilenos de origen indígena que puedan pertenecer a dicho ente colectivo, incluso con prescindencia de su propia voluntad.⁷⁴

Para resolver dicha cuestión, el Tribunal Constitucional se apoya por un lado, en el artículo 1.3 que limita el alcance internacional de la expresión “pueblos” al disponer que “La utilización del término pueblo en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional”, y por otro lado, a la constante remisión que el Convenio hace al ordenamiento jurídico nacional. Explica el considerando 46 de la sentencia en cuestión:

Que las disposiciones del Convenio N° 169 transcritas en el considerando precedente son suficientemente claras como para concluir que los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas propias. Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas. Así, también, parece, que lo entienden los propios requirentes, ya que las normas relativas a esas materias se objetan, por modificar preceptos propios de leyes orgánicas constitucionales y haber sido calificadas como

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309-2000.

propias de ley común lo que está en contraposición con la idea de que ellas modificarían la Carta Fundamental;⁷⁵

Respecto a la obligación de llevar a cabo consultas a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, de buena fe y con el objeto de alcanzar un acuerdo, el Tribunal Constitucional estableció que las normas del Convenio que consagran dicha obligación modifican ciertos cuerpos legales, como por ejemplo la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional⁷⁶. Asimismo, el Tribunal Constitucional establece que la consulta a la que se refiere el tratado si bien no tiene un carácter vinculante, sí tiene una connotación jurídica especial precisada por el artículo 6° N° 2⁷⁷.

Según el Tribunal Constitucional, sólo el artículo 6°, que establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, y el artículo 7°, cuya oración final establece el derecho a participar en la elaboración de planes, programas y políticas, constituyen normas de carácter autoejecutables, por lo que no requieren de ningún desarrollo normativo posterior para ser plenamente justiciables.

En cuanto a la vulneración al artículo 19° N° 24 de la CPR por parte de las disposiciones del Convenio que establecen derechos de carácter territorial, particularmente el derecho a reclamar la posesión o propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan y el derecho a utilizar las tierras que, aun sin ser ocupantes exclusivos, han tenido un tradicional acceso, el Tribunal

⁷⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309-2000, Considerando N° 46.

⁷⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309-2000, Considerando N° 7.

⁷⁷ Ibid.

Constitucional estableció que las disposiciones del Convenio tienen un carácter programático.

En efecto, el considerando 65 de la sentencia en comento analiza las expresiones utilizadas por el Convenio en el artículo 14°, tales como: “deberá reconocerse a los pueblos”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse particular atención”, “los gobiernos deberán”, “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”. Explican De la Piedra y Fernández:

Como consecuencia de lo anterior, el Convenio no sería suficiente por sí mismo para poner en ejecución los derechos que reconoce con relación a la reclamación del dominio y del derecho a utilizar tierras, sino que corresponderá al Estado dictar la legislación nacional o adecuar la existente, en caso de ser necesario, para que estos derechos puedan ser exigibles.⁷⁸

Concluye el Tribunal Constitucional, que el artículo 14° del Convenio no es inconstitucional y que no vulnera de forma alguna lo dispuesto en el artículo 19° N° 24 de la CPR. Señala el considerando 66 de la sentencia 309-2000:

Que en cuanto a la inconstitucionalidad que se le imputa al Convenio, en relación a la necesidad de expropiar tierras para ser entregadas a los pueblos indígenas, además de la razón antes mencionada, esto es, que el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico

⁷⁸ FERNANDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Christian, Ob. Cit. p. 89.

nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto.

Por el hecho de ser programática la norma y atendido que lo que ella propone no queda comprendido en el marco del sistema jurídico nacional de expropiaciones, el tratado en esta parte tampoco vulnera el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental.

Finalmente, respecto a la supuesta contravención del Convenio al régimen constitucional de yacimientos mineros –por cuanto afectaría el derecho del Estado sobre los mismos– como también al derecho de quienes son titulares de concesiones mineras, debido a las limitaciones que establece el artículo 15° a favor de los pueblos indígenas y que condicionarían la explotación, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la totalidad de los derechos contemplados en el artículo 15°, sino que únicamente respecto de los derechos relacionados con la consulta previa a la ejecución o autorización de obras de prospección o explotación de los minerales, recursos del subsuelo u otros recursos existentes en las tierras indígenas.

En el considerando 70 de su sentencia, el Tribunal Constitucional señala que dicho precepto tiene el carácter de programático, agregando que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran en nuestra legislación interna, dando como ejemplos, los artículos 26° a 31° de la Ley N° 19.300 y los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley N° 19.253. Por ello, concluye, no sería necesario adecuar la normativa vigente para aplicar y hacerse cargo de la consulta indígena a la que hace referencia el Convenio.

En este mismo sentido, Carlos Carmona explica que según el considerando 73 de la sentencia en análisis, las limitaciones a la propiedad minera son legítimas y que nuestra Carta Fundamental no impide que se

impongan limitaciones a la concesión de la propiedad minera y, “en la especie, ellas ya se encuentran incorporadas a la legislación, entre ellas, la que regula el medio ambiente”⁷⁹.

Según el Tribunal Constitucional, la consulta a realizarse en caso de llevarse a cabo labores de prospección o explotación mineras ya se encuentra garantizada en el actual procedimiento judicial contemplado en el Código Minería. Señala el Tribunal Constitucional:

El Código de Minería contempla un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos⁸⁰.

En virtud de lo expuesto, con fecha 4 de agosto del año 2000, el Tribunal Constitucional procedió a rechazar el requerimiento de los diputados por supuesta contravención a las Bases de la Institucionalidad por el uso del vocablo “pueblos indígenas”. El Tribunal Constitucional concluyó que dicho vocablo debe ser considerado en el ámbito de dicho tratado. Como vimos en la sección relativa a la autoejecutabilidad, concluye el Tribunal Constitucional que el derecho de participación establecido en el artículo 7° N° 1, así como el derecho a la consulta del artículo 6° N° 1, son ambos autoejecutables.

⁷⁹ CARMONA SANTANDER, Carlos, Ob. Cit. p. 121.

⁸⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309-2000, Considerando N° 71.

CAPITULO II

CONVENIO 169: CONTENIDO E IMPLICANCIAS

Para conocer cuáles han sido los avances que en materia de protección a los pueblos indígenas ha significado el Convenio 169 y entender los estándares que en materia de participación éste establece, es de vital importancia conocer en profundidad su contenido. El presente capítulo tiene por objeto cumplir con tal propósito, por lo cual comenzaremos con el estudio de los derechos laborales, territoriales y políticos, para luego dar especial énfasis a la participación ciudadana presente en el Convenio, definiendo los distintos tipos de participación y sus características.

El Convenio 169, a pesar de proteger y establecer ciertos derechos a favor de los pueblos indígenas y tribales, no define qué se entiende por pueblos indígenas y tribales, sino que describe los pueblos a quienes pretende proteger y los cuales son sujetos de los derechos que en él se establecen. Dicha descripción se encuentra tanto en el artículo 1° N° 1⁸¹, el cual señala criterios objetivos relativos a ciertas características socioculturales y de procedencia histórica, como en el artículo 1° N° 2⁸² que incorpora un elemento subjetivo de autoidentificación de los individuos como pertenecientes a algún pueblo indígena o tribal. De esta manera, el ámbito de aplicación del Convenio 169

⁸¹ El artículo 1 N° 1 del Convenio 169 de la OIT establece: “El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial,

b) 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 situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

⁸² El artículo 1 N° 1 del Convenio 169 de la OIT establece: “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”.

queda delimitado a aquellos individuos que reúnan las condiciones establecidas en los artículos mencionados.

Antes de entrar de lleno en el análisis del contenido del Convenio 169, nos detendremos brevemente en la introducción de dos nuevos conceptos fundamentales que determinan el alcance de los derechos que en él se reconocen, estos son el de “territorio indígena” y el de “pueblos indígenas”. Estas incorporaciones representan una novedad en la protección de los pueblos indígenas por parte del derecho internacional, particularmente en comparación con el Convenio 107. En primer lugar, la definición de “territorio indígena” tiene relevancia ya que delimita el ámbito espacial en donde los pueblos indígenas podrán ejercer ciertos derechos, como por ejemplo los derechos relacionados con utilización de los recursos naturales situados en dichos territorios. Por otra parte, la introducción de “pueblos indígenas” en vez de “poblaciones” resultó ser objeto de gran debate y preocupación por parte de los Estados signatarios en atención a su importancia a la hora de definir quienes son titulares de ciertos derechos (por ejemplo, derechos de consulta y participación).

El concepto de territorio fue introducido en el Convenio a través del artículo 13° N° 2, que lo define como “la totalidad del habitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”. La definición de territorio dada en este artículo es mucho más general y amplia que el concepto de propiedad establecido en el Código Civil, ya que no la restringe a los territorios que tradicionalmente ocupan, vale decir, a la ocupación efectiva de un inmueble con ánimo de señor y dueño, de manera continua y pacífica, cumpliendo los requisitos jurídicos de la posesión. Así, el concepto de territorio es político y no jurídico, como lo es el concepto de propiedad. Según Fernandez y De la Piedra, la definición entregada por el artículo 13° N° 2 comprende lo siguiente:

Áreas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales, de manera que el territorio indígena no se agote en aquellas tierras que efectivamente ocupan o explotan, sino que también comprende aquellos terrenos ocupados ocasionalmente para labores de pastoreo, subsistencia o realización de ceremonias religiosas⁸³.

De esta forma, la relación de los pueblos indígenas con sus tierras es muy distinta al concepto económico y productivo de la propiedad arraigado en el derecho continental, ya que para los pueblos indígenas el territorio es el lugar donde construyen su experiencia colectiva y el lugar donde celebran ritos religiosos y culturales, entre otros. Según explica la Guía del Convenio 169 elaborada por la OIT:

La mayoría de los pueblos indígenas tiene una relación especial con la tierra y los territorios que habitan. Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrollan su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte de los pueblos, el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra⁸⁴.

El derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios podría asimilarse a una especie de derecho de servidumbre sobre éstos. En efecto, si bien los pueblos indígenas no tienen un derecho de propiedad sobre el territorio, sí tienen un derecho sobre éste, cuyo dominio pertenece a un tercero.

⁸³ FERNANDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Christian, Ob. Cit. p. 81.

⁸⁴ OIT (Organización Internacional del Trabajo), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, "Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT", 2009, p. 91.

Este derecho les permite impedir ciertos actos al propietario y la facultad de usarla de un modo determinado, por lo que los territorios están sujetos a ciertas limitaciones en el dominio. Es por ello que podría hablarse de un derecho de servidumbre personal sobre los territorios a favor de los pueblos indígenas.

En lo que se refiere al concepto de “pueblos indígenas”, hasta el año 1989 el derecho internacional de los derechos indígenas se refería a los grupos indígenas como “poblaciones indígenas”. El Convenio 169 cambió esta situación y sustituyó dicho concepto por el de “pueblos”, sustitución que no estuvo exenta de largas discusiones y polémicas. El cambio obedece a la creencia que “parece haber un acuerdo general en el sentido de que el término ‘pueblos’ refleja mejor la identidad característica a la que debería aspirar un convenio revisado con el fin de reconocer a estos grupos de población”⁸⁵. El concepto de “pueblo” tiene ciertas particularidades debido a que reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, a diferencia del término “poblaciones”, las cuales no son más que simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales. Una de las principales aprehensiones al momento de efectuar este importante cambio, decía relación con las implicancias en materia de libre determinación que tiene el concepto “pueblo” en el derecho internacional, y en particular en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, razón por la cual el Convenio estableció una salvedad que excluyó el derecho a secesión –o libre

⁸⁵ Ibid. p. 25.

⁸⁶ El artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

determinación– en el artículo 1° N° 3: “La utilización del término pueblos en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicancia alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. La incorporación de esta salvedad se debió a que por un lado, el mandato de la OIT dice relación con los derechos económicos y sociales, mientras que el concepto de “libre determinación” es un concepto político que escapa de la esfera de sus competencias, y por otro, responde sobre todo a las aprehensiones que podían tener los distintos gobiernos relacionadas con un reconocimiento de un derecho de secesión de los pueblos indígenas en virtud de la libre determinación que tienen los pueblos.

2.1. Derechos laborales

Como señalamos en la parte relativa a la protección internacional de los derechos indígenas, los primeros instrumentos internacionales de protección a los indígenas decían relación con la protección de éstos en cuanto trabajador. En efecto, durante la década de 1950, la OIT llevó a cabo diversas investigaciones las cuales demostraron que los pueblos indígenas necesitaban protección especial debido a los numerosos casos en que eran víctimas de la grave explotación laboral, incluidos la discriminación y el trabajo forzoso e infantil. La realidad recogida por los informes de la OIT señala que los trabajadores indígenas frecuentemente trabajan fuera de la economía formal o son trabajadores rurales que no están sindicalizados y no están protegidos por ninguna ley, y en general son los trabajadores que consiguen los trabajos más onerosos y los peor remunerados⁸⁷. Es por ello, que el Convenio 169 de la OIT, al igual que los convenios que le precedieron, recoge una vez más la preocupación internacional por los derechos laborales de los indígenas.

⁸⁷ OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”, 2007, p. 27.

La parte III del Convenio 169, que regula la contratación y las condiciones de empleo, refleja lo antedicho al declarar en el artículo 20° N° 1 lo siguiente:

Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

El objetivo del artículo 20° del Convenio 169 es evitar la discriminación y garantizar que los trabajadores indígenas reciban el mismo trato que los demás trabajadores. Este principio de no discriminación se concreta mediante la obligación de los estados de evitar cualquier forma de discriminación, en particular en materia de remuneraciones, acceso al empleo, asistencia médica y seguridad e higiene en el trabajo, derecho de asociación y derecho a adherir a los sindicatos de trabajadores y de participar en las actividades sindicales. El artículo 20° N° 3 del Convenio establece que los países deben tomar medidas específicas cuando la normativa interna sea insuficiente, buscando proteger y garantizar ciertos derechos de los trabajadores indígenas entre los cuales podemos señalar: los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes, ya sea en la agricultura o en otra actividad; los trabajadores sometidos a condiciones peligrosas de trabajo, especialmente por la exposición a plaguicidas u otras sustancias tóxicas; se deben tomar medidas para evitar que los trabajadores indígenas o tribales estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluyendo todas las formas de servidumbre por deudas; y finalmente procurar

que exista igualdad de oportunidad y de trato para hombres y mujeres en el empleo.

La OIT ha establecido ciertas condiciones a fin de proteger adecuadamente a los trabajadores indígenas y tribales de la discriminación entre las cuales podemos destacar⁸⁸: 1) La no discriminación en la búsqueda o postulación a algún empleo, sea cual fuera la calidad de éste, debiendo garantizarse que tanto hombres como mujeres tengan las mismas oportunidades; 2) Igualdad en las remuneraciones, es decir a igual trabajo en iguales condiciones, debe remunerarse de la misma forma que se remuneraría a otros sectores de la sociedad; 3) No trabajar en condiciones de explotación; 4) Derecho a formar asociaciones y a afiliarse a ellas, así como a participar en actividades sindicales; y 5) No trabajar en condiciones que tengan consecuencias perjudiciales para la salud y gozar de servicios médicos y sociales.

El Convenio 169 de la OIT, establece además normas relacionadas con la formación profesional y el desarrollo de ciertas actividades importantes para los pueblos indígenas, como lo son la artesanía y las industrias rurales. Así, el artículo 21° del Convenio dispone que “Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos”. Estos programas de formación profesional deben desarrollarse teniendo en cuenta el entorno económico, las condiciones socioculturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Para llevar a cabo este principio, y poder así garantizar que los programas de formación profesional respondan a las necesidades de los pueblos indígenas, el artículo 22° establece los mecanismos a través de los cuales se llevarán adelante estos programas, traduciéndose en la práctica en el

⁸⁸ OIT (Organización Internacional Del Trabajo), “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ginebra, 2007, p. 56.

derecho a decidir la forma y los contenidos de los cursos de formación profesional. El objetivo de esta norma es lograr que a través de mecanismos de participación, sea la propia comunidad quien determine sus prioridades e intereses, para que a partir de este punto se defina la forma en que se llevará a cabo la formación profesional de la comunidad. Así lo ha declarado la OIT, al señalar que:

El objetivo último es que sean los propios pueblos interesados quienes apliquen y administren la totalidad del programa de formación. Sin embargo, mientras esto no suceda y a menos que ellos se sientan dispuestos a asumirla, la responsabilidad de la formación profesional continuará estando a cargo del gobierno⁸⁹.

Finalmente, en su artículo 23°, el Convenio 169 reconoce la existencia de actividades económicas tradicionales, tales como la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y actividades tales como la caza, la pesca, la caza con trampas, la agricultura rotativa y la recolección, los cuales resultan ser factores fundamentales para el mantenimiento de su cultura, autosuficiencia y desarrollo económico. En efecto, estas formas de economías tradicionales constituyen la forma a través de la cual los pueblos indígenas resuelven su subsistencia y en algunos casos, constituyen el factor de identidad y de diferenciación, ya que muchas veces a los pueblos indígenas “se les identifica simplemente por sus ocupaciones tradicionales, como por ejemplo, los pastores, los agricultores rotativos y los cazadores-recolectores”⁹⁰. Dada la importancia de la economía tradicional en la subsistencia misma de los pueblos indígenas y de su identidad cultural, el Convenio impone a los Estados la obligación de proteger y fomentar dichas actividades que conforman la economía tradicional de ellos, facilitando a los pueblos interesados asistencia técnica y financiera, teniendo en cuenta sus

⁸⁹ Ibid. p. 54.

⁹⁰ OIT (Organización Internacional del Trabajo), “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, Ob. Cit. p. 153.

técnicas tradicionales, características culturales y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo⁹¹. En definitiva, el objetivo de esta norma es reconocer la importancia fundamental que tienen las actividades tradicionales de los indígenas para las economías y las culturas de dichos pueblos⁹².

2.2. Derechos territoriales

El Convenio 169 consagra diversos derechos de los pueblos indígenas relacionados con la tierra y los recursos naturales existentes en ellas. La relación que tienen los pueblos indígenas con las tierras en las cuales habitan, tiene una importancia fundamental debido a que en ella no sólo se desarrolla su vida, sino además resulta ser un elemento esencial para su desarrollo económico y espiritual. Es por esto que antes de analizar los derechos territoriales presentes en el Convenio, resulta fundamental determinar el significado y alcance del término “tierras” que él mismo emplea.

El derecho internacional de los pueblos indígenas tiene como objetivo principal proteger la identidad cultural y las formas de vida de los pueblos indígenas, por lo que los derechos que se establecen sobre la tierra son fundamentales para garantizar dicho objetivo. La tierra y los recursos naturales existentes en ellos son, en efecto, “la fuente principal del sustentamiento económico, cohesión social y cultural, y del bienestar social de muchos de estos pueblos”⁹³, por lo cual el Convenio 169 exige a los gobiernos, en su artículo 13° N° 1:

⁹¹ Artículo 23 N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT.

⁹² OIT (Organización Internacional Del Trabajo), “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ob. Cit. p. 51.

⁹³ OIT, “Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”, Ob. Cit. p. 20.

Respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

En palabras propias del Relator Especial de las Naciones Unidas Martínez Cobo:

Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción [...] la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente⁹⁴.

Como ya anunciamos anteriormente, el concepto de territorio fue introducido en el Convenio a través del artículo 13° N° 2, el cual al referirse al alcance del término “tierras” de los artículos 15° y 16°, lo define como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”. Este concepto según la OIT⁹⁵, incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros, además de la superficie y el subsuelo.

El alcance del término tierras proviene directamente del Convenio 107 de la OIT Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes del año 1957, y al incorporar el concepto “territorio” al de “tierras” en los términos del

⁹⁴ MARTINEZ, José, EN: OIT, “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, Ob. Cit. p. 91.

⁹⁵ Ibid, p. 91.

artículo 13° N° 2, el Convenio 169 deja en claro que el concepto tierras del Convenio es diferente al contenido en las normas tradicionales de derecho civil. La lógica de esta diferenciación de conceptos radica en que para los indígenas las tierras incluyen algo más de lo que puede constar en una inscripción de dominio que figure en un registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces. El propio artículo 13° N° 1 del Convenio expresa esa relación especial “que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”, por lo que las tierras son parte esencial de la identidad cultural y forma de vida de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió de una manera similar el concepto de propiedad en las comunidades indígenas, señalando al respecto que:

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a generaciones futuras⁹⁶.

⁹⁶ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001, párrafo 148.

En el mismo sentido y refiriéndose al caso particular de los recursos naturales situados en tierras indígenas, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 28 de noviembre de 2007, Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, en cuyo párrafo 123 se explica que “debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección sobre este, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención, a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su

Según Manuel Matta, esta dimensión del concepto sirve como criterio de interpretación para no ampliar ni restringir los derechos de los pueblos indígenas más allá de lo debido⁹⁷. Así, en el caso de los recursos naturales situados en territorios de pueblos indígenas, la protección a la que hace referencia el artículo 21 del Convenio dice relación con aquellos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo⁹⁸.

2.2.1. Derechos en relación a reivindicación de tierras

El Convenio 169 reconoce tanto los aspectos individuales como colectivos en la propiedad de la tierra. Como señala la OIT, “el concepto de tierra comprende la totalidad del hábitat que una comunidad o pueblo emplea y cuida. También incluye la tierra de posesión y uso individual, por ejemplo la que emplea para un hogar o vivienda”⁹⁹. Debido a los desplazamientos históricos de sus tierras, su dependencia de ésta, así como la vulnerabilidad propia de los pueblos indígenas, el Convenio 169 contempla en el artículo 14° la principal disposición sobre los derechos de la tierra a favor de los pueblos indígenas. Esta disposición, junto con introducir la obligación de reconocer a los pueblos indígenas “el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”, contempla la obligación de tomar medidas para garantizarles la posibilidad de utilizar “tierras que no estén exclusivamente

propiedad. De este análisis se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.

⁹⁷ MATTA, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, EN: “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 113.

⁹⁸ Caso Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 123.

⁹⁹ OIT, “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, Ob. Cit. p. 94 - 95.

ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia". En este sentido, el artículo 14° dispone:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Cabe señalar que en el artículo 14° N° 1, si bien reconoce a los pueblos indígenas y tribales derechos de propiedad y posesión sobre sus tierras, ello no implica que tengan siempre derecho a un título de propiedad sobre sus tierras tradicionales, ya que puede suceder que los pueblos indígenas y tribales no tengan un título de propiedad pleno sobre sus tierras, como sería el caso de los pueblos indígenas y tribales que vivan en reservas o en tierras declaradas inalienables. La redacción amplia de esta cláusula responde a la necesidad de tomar en cuenta las distintas situaciones y el hecho que no todos los pueblos

indígenas y tribales pueden ejercer de la misma forma sus derechos de propiedad¹⁰⁰.

Es importante tener presente, que la base de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras son la ocupación y el uso tradicional y no la inscripción conservatoria en el registro de propiedad del Estado. Por otra parte, recordemos que esta ocupación tradicional a la que hace referencia el artículo 14° N° 1 del Convenio, no implica que la tierra deba ocuparse en la forma tradicional, puesto que ello condenaría a los pueblos indígenas a una forma de vida en particular, atentando directamente contra sus libertades y la posibilidad de cambiar de forma de vida a la que mejor les parezca.

Finalmente, el artículo 14° N° 1 establece que deberán adoptarse las medidas apropiadas para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a utilizar las tierras que no son necesariamente ocupadas por ellos, pero a las que tradicionalmente han tenido acceso para sus actividades de subsistencia. Esta disposición contempla un derecho adicional al derecho de propiedad sobre las tierras analizado anteriormente, puesto que cubre la situación en que se encuentran pueblos indígenas y tribales cuya principal actividad es el pastoreo, la caza y recolección. El Convenio protege en los casos apropiados, los derechos recién señalados reconociendo y fortaleciendo de esta forma las actividades económicas tradicionales en concordancia con lo contemplado en el artículo 23° del Convenio 169 y que mencionamos al analizar los derechos laborales.

En cuanto al N° 2 del artículo 14°, los gobiernos deben tomar las medidas que sean necesarias para identificar las tierras que estos pueblos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de

¹⁰⁰ OIT, "Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT", Ob. Cit. p. 23.

propiedad y de posesión. Esta disposición implica que los gobiernos deben establecer procedimientos para la identificación de las tierras de los pueblos indígenas y medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión. Los procedimientos que implementen los Estados pueden adoptar diversas formas y en algunos casos, señala la OIT, pueden:

Incluir medidas como la demarcación y otorgamiento de títulos y, en otros, puede llegar al reconocimiento de acuerdos de autogobierno o regímenes de coadministración. Lo importante es que el proceso de identificación y protección de las tierras forma parte de las medidas coordinadas y sistemáticas del gobierno para garantizar el respeto por la integridad de los pueblos indígenas y asegurar las consultas adecuadas con respecto a las medidas propuestas¹⁰¹.

Debido a la complejidad que implica la regularización de la propiedad de la tierra y a lo extenso que puede resultar el proceso, la OIT ha recomendado adoptar medidas transitorias a fin de proteger a los pueblos indígenas y tribales mientras se aguarda por la resolución final¹⁰².

Finalmente, según el artículo 14° N° 3, deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras de los pueblos interesados. Naturalmente, el proceso de regularización y de reivindicación de tierras dará lugar a conflictos entre individuos indígenas y no indígenas o bien entre las mismas comunidades, sin embargo, la constitución de estos procedimientos constituyen mecanismos para evitar incidentes violentos entre los distintos actores involucrados en el conflicto, con el fin de que los pueblos interesados

¹⁰¹ OIT, "Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT", Ob. Cit. p. 95 - 96.

¹⁰² Ibid. p. 96.

puedan tener una posibilidad real de devolución de las tierras, o bien el pago de una compensación por la pérdida de éstas¹⁰³.

2.2.2. Derechos en relación con la participación y consulta sobre recursos naturales existentes en sus tierras

Los derechos territoriales recién analizados guardan estrecha relación con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios. El Convenio 169 de la OIT establece como principio básico el derecho de los pueblos indígenas y tribales a los recursos naturales existentes en sus tierras así como la utilización, administración y conservación de éstos, sean renovables o no renovables, tales como la flora y fauna, las aguas, los hielos, las zonas costeras, el subsuelo, los bosques, los recursos pesqueros y los minerales. El acceso a los recursos naturales y el uso de ellos constituyen elementos esenciales de las economías tradicionales y de subsistencia de los pueblos indígenas y tribales. Atendido lo anterior, el artículo 15° del Convenio establece:

1. 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.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los

¹⁰³ OIT, "Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT", Ob. Cit. p. 24.

pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Para la comprensión e interpretación adecuada de este artículo, es necesario tener presente que el derecho internacional protege la identidad cultural y las formas de vida de los pueblos indígenas y tribales. Señalan al respecto Montt y Matta que:

Dada la relevancia que los recursos naturales tienen en la identidad y forma de vida de dichos pueblos, el Derecho los reconoce como una dimensión esencial de los intereses a los que le otorga protección. Esta observación constituye un punto clave tanto para no restringir los derechos de los pueblos indígenas como para no ampliarlos más allá de lo debido¹⁰⁴.

Según Salgado y Gomiz, la presencia de esta disposición en el Convenio se explica por:

La especial protección constitucional e internacional de los pueblos indígenas y el carácter público de su propiedad imponen un conjunto de normas relativas a los recursos naturales que no

¹⁰⁴ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", Ob. Cit. p. 200.

guardan semejanzas con las del derecho privado, y que tienen como finalidad la protección de la vida e identidad colectivas¹⁰⁵.

Hemos señalado que el Convenio especifica que los pueblos indígenas tienen derechos sobre los recursos naturales de sus territorios e incluso derecho a participar en la utilización, administración, protección y conservación de dichos recursos, por lo que queda clara la existencia del derecho, sin embargo, la redacción del artículo 15° N° 1 que contempla dicho derecho, es poco precisa en atención a las distintas realidades nacionales, por lo que su especificidad debe definirse en el marco de cada ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, en lo que se refiere a los recursos naturales situados en el subsuelo existen sistemas jurídicos diferentes que regulan esta materia. En el sistema anglosajón la propiedad de la tierra conlleva e incluye la propiedad de los recursos naturales situados debajo de ésta, mientras que en el sistema continental se establece que la propiedad de la tierra no otorga de por sí ningún derecho sobre los recursos del subsuelo, ya que éstos pertenecen generalmente al Estado¹⁰⁶. En el caso chileno, la Constitución Política de la República establece en el artículo 19° N° 24 inciso sexto:

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de

¹⁰⁵ SALGADO, Juan, y GOMIZ, María, EN: HERVÉ, Dominique, y PÉREZ, Sergio, "Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales", "El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación", Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 27.

¹⁰⁶ OIT, "Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT", Ob. Cit. p. 24.

las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Los países signatarios mantienen de esta forma la libertad de implementar el artículo 15° N° 1 conforme a la realidad, principios y conceptos de cada sistema legal en particular.

Es por ello, que el artículo 15° N° 1 del Convenio establece en materia de recursos naturales no estatales, un régimen mínimo de participación de los pueblos indígenas en la utilización, administración y conservación de todos los recursos naturales que le correspondan. Explican Montt y Matta que a pesar de lo establecido en dicha disposición, “la situación de los derechos a los recursos naturales indígenas no parece muy distinta que la de los mismos derechos no-indígenas, al menos en cuanto a su contenido legal”¹⁰⁷. Según los autores, la relación existente entre los pueblos indígenas y sus recursos naturales y la relación de un propietario no-indígena sobre sus recursos naturales es similar conforme al Código Civil. La diferencia más relevante respecto del régimen de protección un propietario no-indígena sobre sus recursos naturales y la de un indígena sobre los suyos, radica en el uso que hace el artículo 15° N° 1 de la palabra “especialmente”. En efecto, a diferencia del estatuto general de protección de la propiedad, en el caso de los pueblos indígenas esta protección se ve reforzada debido a que el artículo en cuestión señala que “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”. De esta manera, según Montt y Matta:

El Estado tiene el deber especial de dar protección a los indígenas en la utilización, administración y conservación de sus recursos naturales, no siendo suficiente la simple garantía del acceso a los

¹⁰⁷ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 201.

tribunales como lo es respecto de los propietarios no-indígenas (quienes se ‘defienden solos’)¹⁰⁸.

Respecto a los recursos naturales de dominio estatal, la situación es distinta. El artículo 15° N° 2 del Convenio 169, que regula los derechos de los pueblos indígenas y tribales en relación con los recursos naturales de dominio estatal existente en sus tierras, contempla en una primera parte el derecho de los indígenas a ser consultados antes de la prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras. Esta disposición es una manifestación general del derecho a la consulta, derecho que desarrollaremos más extensamente con posterioridad.

La consulta contemplada en este artículo, implica que los pueblos indígenas y tribales afectados podrán expresar sus preocupaciones por el desarrollo de actividades de prospección o explotación de recursos naturales situados en sus territorios, debido a que muchas veces estos proyectos afectan lugares sagrados o bien implican la pérdida de la base para la subsistencia económica de estos pueblos. A este respecto, la OIT ha señalado que:

Teniendo en cuenta que las actividades de prospección y explotación por lo general son procesos a largo plazo en los que las empresas reciben concesiones por períodos de 30 a 50 años, es importante subrayar que la obligación de consultar no sólo se aplica al momento de tomar la decisión de explorar o explotar los recursos sino que también corresponde en un nivel más general, a lo largo de todo el proceso debido a que afecta a los pueblos indígenas. En este sentido, el Artículo 15 debe leerse junto con los artículos 6 y 7 del Convenio, que exigen la consulta de los pueblos

¹⁰⁸ Ibid. p. 202.

indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten¹⁰⁹.

La consulta contemplada en este artículo, si bien no otorga un derecho a veto (no se trata de un consentimiento previo), sí parece hacerlo el artículo 16° N° 2 del Convenio, el cual impide el desplazamiento de los pueblos indígenas y tribales sin su consentimiento previo, libre e informado.

2.2.3. Derecho a participar de los beneficios e indemnizaciones

El derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar de los beneficios e indemnizaciones, se encuentra establecido en la parte final del artículo 15° N° 2, el cual dispone que “los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Respecto al derecho a percibir indemnizaciones, se trata de una norma que exige que cualquier prospección o explotación de recursos naturales estatales autorizada en tierras indígenas deba ir acompañado del pago de todos los daños y perjuicios ocasionados a los pueblos indígenas. En palabras de Salgado y Gomiz:

La indemnización por los perjuicios ocasionados debe ser establecida en todos los casos de daño y debe ser integral, incluyendo los perjuicios civiles, ambientales y culturales. Los pueblos son sujetos con derecho a indemnización, concepto que

¹⁰⁹ OIT, “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, Ob. Cit. p. 107 - 108.

es más amplio que las comunidades directamente afectadas, ya que el daño ocasionado puede perjudicar la vida colectiva del pueblo indígena en su conjunto¹¹⁰.

Este punto, plantea una cuestión fundamental respecto de la exigibilidad del derecho ante los tribunales de justicia, debido a que nuestro ordenamiento jurídico no contempla un procedimiento de aplicación general en caso de afectación de derechos o intereses colectivos¹¹¹. Explican Hervé y Pérez que es necesario “tener presente el carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas, cuestión que impone al menos el reconocimiento de una legitimación activa amplia de las comunidades para demandar el daño”¹¹².

Respecto a la expresión empleada de “cualquier daño” surge naturalmente la interrogante respecto a la extensión del daño, es decir, si este incluye el daño moral. Matta explica que el concepto de “todo daño” debe interpretarse de forma amplia,

No sólo porque se está ante un tratado de derechos humanos –lo que impone una interpretación *pro homine*– y por el tenor abierto de la norma, sino además porque, de acuerdo con el artículo 15.2, los recursos naturales presentes en tierras indígenas deben protegerse ‘especialmente’, lo que, al igual como sucede con el

¹¹⁰ SALGADO, Juan, y GOMIZ, María, EN: HERVÉ, Dominique, y PÉREZ, Sergio, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ob. Cit. p. 29.

¹¹¹ Solo existe el procedimiento colectivo de la Ley N° 19.496 sobre Protección al Consumidor, cuyo ámbito de aplicación se limita únicamente a aquellos casos en que existe una relación de consumo.

¹¹² HERVÉ, Dominique, y PÉREZ, Sergio, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ob. Cit. p. 98.

derecho a la consulta en el Convenio, reviste a este derecho de una connotación y un estándar jurídico más elevados¹¹³.

Cabe recordar que las tierras y los recursos naturales revisten de una especial importancia para los pueblos indígenas ya que forman parte fundamental de su identidad cultural y formas de vida, por lo que cualquier daño que ocurra en ellos, implica un perjuicio que va más allá de los meramente materiales o patrimoniales.

Finalmente, el artículo 15° N° 2 establece el derecho de los pueblos interesados, siempre que sea posible, a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales. La OIT ha señalado que la distribución de estos beneficios puede adoptar distintas formas, como puede ser la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, o bien la redistribución de impuestos e ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas¹¹⁴. La expresión “siempre que sea posible” utilizada por el Convenio 169 implica que los Estados mantienen el derecho a decidir si los pueblos indígenas y tribales se benefician o no de la explotación y usos de los recursos naturales situados en sus tierras. A pesar de encontrarse inserto dentro de un tratado de derechos humanos, este derecho no posee tal naturaleza, debido que a es de la esencia de un derecho humano el carácter de indisponible para el Estado. El derecho a participar en los beneficios no es un derecho humano ni un derecho subjetivo, en palabras de Matta, “si los derechos humanos son un límite al poder del Estado, es un

¹¹³ MATTA, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, EN: “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ob. Cit. p. 117 - 118.

¹¹⁴ OIT, “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, Ob. Cit. p. 108.

contrasentido que su observancia quede entregada a la mera voluntad estatal”¹¹⁵.

2.3. Derecho de participación, consulta y consentimiento previo libre e informado

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (órgano independiente, constituido por juristas cuya misión es examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por los Estados Miembros de esa Organización) ha señalado respecto de los derechos a la participación, consulta y consentimiento libre e informado que:

El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio, aunque siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países¹¹⁶.

Por lo tanto, estos derechos son el núcleo esencial del Convenio e irradian de esta forma a las demás disposiciones del tratado internacional. Ha señalado el Relator Especial de las Naciones Unidas, James Anaya, respecto al derecho a la consulta y participación que:

¹¹⁵ MATTA, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, EN: “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ob. Cit. p. 117.

¹¹⁶ COMISIÓN DE EXPERTOS, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Observación General sobre el Convenio núm. 169, 98ª reunión, 2008 (publicación 2009). p. 731. [en línea] <
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf >, [consulta: 25 de junio de 2012].

Este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, como se indica en las declaraciones y decisiones citadas del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente¹¹⁷.

En el Convenio 169 las bases fundamentales de la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado se encuentran en los artículos 6° y 7°. En efecto, sobre dichos artículos descansan las otras disposiciones del Convenio que establecen derechos relativos a la participación o consulta de los pueblos indígenas, por lo cual al analizarse los diversos artículos relativos a estos derechos deben tenerse siempre presente y leerse en conjunto con lo establecido en los artículos 6° y 7°.

El derecho a la consulta previa está establecido en forma genérica en el artículo 6° del Convenio, el cual dispone:

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;

¹¹⁷ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, "Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo", 15 de julio 2009, [en línea] <http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Indigenas/2009_indigenas.pdf> [consulta: 25 de junio de 2012].

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que 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.

De lo transcrito, se desprende que esta disposición impone la obligación de crear un procedimiento que genere las condiciones óptimas para poder llegar a acuerdos entre los pueblos indígenas y el Estado, o lograr el consentimiento de las medidas propuestas, sean éstas de orden legislativas o administrativas. La expresión “procedimientos apropiados” debe leerse en conjunto con el número 2 del artículo 6°, vale decir, que la finalidad última de éstos es llegar a acuerdos o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. El artículo 6 no señala que deba llegarse a acuerdo ni menos un derecho a veto, ya que “alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente”¹¹⁸. Vale decir, la consulta a los pueblos indígenas debe llevarse a cabo cada vez que se estudie, planifique o aplique alguna medida susceptible de afectarlos, entre las cuales podemos señalar, a modo de ejemplo:

¹¹⁸ OIT (Organización Internacional Del Trabajo), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”, 2013, p. 17.

Enmiendas a la Constitución nacional; nueva legislación agraria; decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las tierras; programas y servicios nacionales de educación o de salud; toda política oficial que afecte a los pueblos indígenas y tribales¹¹⁹.

El derecho a la consulta no implica únicamente un derecho reactivo, es decir un derecho a ser consultado cuando se llevan a cabo medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos, sino que también conlleva el derecho a proponer y establecer las prioridades para su proceso de desarrollo.

En cuanto al artículo 7° del Convenio, también establece derechos de participación y consulta de los pueblos indígenas en determinadas circunstancias:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de

¹¹⁹ OIT (Organización Internacional Del Trabajo), "Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual", Ob. Cit. p. 15.

desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Este artículo resulta igualmente fundamental en el análisis de los derechos de consulta y participación establecidos a lo largo de todo el Convenio, toda vez que establece el derecho de los pueblos indígenas y tribales a establecer sus propias prioridades de desarrollo para así poder controlar su desarrollo cultural, económico y social, junto con el derecho a participar en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas que los afecten directamente. Explica la OIT que el Convenio obliga a los gobiernos llevar a cabo, cada vez que sea apropiado, y en cooperación con los pueblos indígenas y tribales:

Estudios que evalúen el posible impacto sobre dichos pueblos de los programas y planes de desarrollo que se tenga previsto ejecutar en las áreas ocupadas por los mismos. La cooperación de estos últimos también debe buscarse en el diseño, manejo y

evaluación de los servicios de salud y educación, inclusive los programas de formación profesional, que se dirijan a ellos¹²⁰.

Lo anterior, no implica que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a vetar las políticas de desarrollo, sino que el artículo 7° está enfocado más bien a permitir a todos los pueblos indígenas y tribales, a través del proceso de consulta, expresar sus puntos de vista e influir en los procesos de toma de decisiones.

2.3.1. Tipos de participación ciudadana contemplados en el Convenio

El derecho a la consulta, como dijimos anteriormente, es la piedra angular del Convenio 169 y recorre diversas disposiciones de dicho instrumento. Explican Montt y Matta que existirá un menor o mayor grado de intervención dependiendo de la modalidad concreta que adopte el derecho a la participación¹²¹. De esta manera, existe el derecho a la participación propiamente tal, el derecho a la consulta y, finalmente el derecho al consentimiento previo libre e informado, según sea menor o mayor el grado de intervención. Estas tres subcategorías del derecho a la participación serán analizadas a continuación.

El derecho a la participación propiamente tal ha sido conceptualizado como “la libre concurrencia de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación evaluación de planes, políticas y programas que los afecten directamente”¹²², a fin de cautelar el derecho de éstos a establecer sus prioridades en materia de desarrollo. Este derecho se encuentra contemplado

¹²⁰ OIT, “Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”, Ob. Cit. p. 14.

¹²¹ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 189.

¹²² Ibid.

como principio orientador del Convenio N° 169 en el artículo 2° N° 1, el cual impone a los gobiernos el deber de desarrollar con la participación de los pueblos indígenas una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad.

De esta forma, el Convenio 169 contempla el derecho a la participación en diversas disposiciones:

- Artículo 2° N° 1¹²³ establece un derecho de participación en general;
- Artículo 6° N° 1 b)¹²⁴ contempla el derecho a participar en la toma de decisiones;
- Artículo 7° N° 1¹²⁵ establece un derecho a participar en los planes y programas de desarrollo;
- Artículo 15° N° 1¹²⁶ contempla el derecho a participar en la utilización, conservación y administración de los recursos naturales;
- Artículo 22° N° 2¹²⁷ establece el derecho a participar en los programas de formación especiales;

¹²³ Convenio 169, artículo 2° N° 1: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la **participación** de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

¹²⁴ Convenio 169, artículo 2° N° 1: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan **participar** libremente, por lo menos en la misma medida que 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”.

¹²⁵ Convenio 169, artículo 7° N° 1: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán **participar** en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

¹²⁶ Convenio 169, artículo 15° N° 1: “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”.

¹²⁷ Convenio 169, artículo 22° N° 2: “Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la **participación** de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación”.

- Artículo 23° N° 1¹²⁸ contempla el derecho a participar respecto a las actividades económicas tradicionales;
- Artículo 27° N° 2¹²⁹ establece el derecho de participación respecto a programas de educación.

Las disposiciones señaladas anteriormente, establecen de manera directa el derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales, sin embargo, existen además diversos términos empleados en el Convenio para referirse al término participación tales como la obligación de los gobiernos de “cooperar” con los pueblos indígenas (artículos 7°, 20°, 22°, 25°, 27° y 33°), la obligación de no tomar medidas contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas (artículo 4°), la obligación de buscar “el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa” de los pueblos indígenas (artículo 16°) y el derecho de ser consultados a través de “instituciones representativas” (artículo 6°).

A raíz de los citados preceptos, la OIT ha identificado cuatro elementos propios de la participación de los pueblos indígenas y tribales, a saber:

- Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de participar en todas y cada una de las etapas en un proyecto, política o programa;

¹²⁸ Convenio 169, artículo 23° N° 1: “La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la **participación** de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades”.

¹²⁹ Convenio 169, artículo 27 N° 2: “La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su **participación** en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar”.

- También se permitirá dicha participación durante la concepción o diseño de políticas, programas o proyectos hasta su aplicación y evaluación;
- Dichos pueblos participarán en la adopción de decisiones, a todos los niveles (local, nacional o regional), sea de instituciones políticas electivas, sea de administraciones nacionales y locales.
- La participación se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que ésta las acepte.¹³⁰

El segundo derecho de participación dentro de la escala progresiva según la intensidad del grado de intervención que señalamos con anterioridad, es el llamado derecho de consulta propiamente tal. El derecho a la consulta ha sido definido como “la obligación de los Estados de solicitar la opinión de los pueblos indígenas en materia de planes, políticas y programas que los afecten directamente”¹³¹. Este derecho de consulta, señala Contesse, es distintivo “y en el marco de la constitución chilena, es manifestación del derecho a intervenir con igualdad de condiciones en los procesos que les afectan (a las comunidades)”¹³².

¹³⁰ OIT (Organización Internacional Del Trabajo), “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ob. Cit. p. 19.

¹³¹ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 189.

¹³² CONTESSE, Jorge, En: CHAPARRO, Andrea, “Convenio 169: el criterio que ha ido forjando la Corte Suprema”, El Mercurio Legal, [en línea] <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901235&Path=/0D/C0/>> [consulta: 25 de junio de 2012].

El Convenio ha impuesto a los Estado la obligación de consultar a los pueblos indígenas y generar las condiciones y procedimientos adecuados al efecto, en los siguientes casos:

- Artículo 6° N° 1 a)¹³³ establece el derecho de consulta cada vez que se adopten medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.
- Artículo 15° N° 2¹³⁴ contempla el derecho de consulta en caso de explotación del suelo y subsuelo.
- Artículo 17° N° 2¹³⁵ establece el derecho consulta en caso de enajenación de las tierras.
- Artículo 28° N° 1¹³⁶ contempla el derecho de consulta a los pueblos indígenas en materia de establecimiento de planes educativos.

Lo que distingue la consulta a los pueblos indígenas y tribales de otros derechos de participación, es que si bien no implica un derecho de veto a las decisiones (al igual que el derecho de participación analizado con anterioridad), el estándar establecido en el artículo 6° N° 2 implica que ésta debe realizarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de

¹³³ Convenio 169, artículo 6° N° 1 a): “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”.

¹³⁴ Convenio 169, artículo 15° N° 2: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

¹³⁵ Convenio 169, artículo 17 N° 2: “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”.

¹³⁶ Convenio 169, artículo 28 N° 1: “Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo”.

llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La forma de llevar a cabo la consulta a los pueblos indígenas y tribales variará de acuerdo a las condiciones propias del lugar y realidad de cada comunidad indígena. Señala a este respecto el Relator Especial James Anaya, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 34°, resulta importante subrayar que:

No existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación con el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas en relación con las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a sus derechos e intereses¹³⁷.

El deber que cae sobre el Estado, respecto al derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales, según dispone el artículo 6° N° 1 letra a), consiste principalmente en consultar mediante procedimientos apropiados (principio de buena fe) y a través de las instituciones representativas de los interesados (principio de representatividad), cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Este artículo del Convenio contempla dos principios fundamentales, buena fe y representatividad, los cuales fijan de cierta manera el estándar de la consulta indígena del Convenio. Dichos principios serán analizados en el siguiente punto (3.2) al estudiar las características de la participación ciudadana en el Convenio 169.

¹³⁷ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", 24 de abril de 2009, [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf> [consulta: 25 de junio de 2012].

Es menester señalar, que según lo señala de manera expresa el manual del Convenio 169 elaborado por la OIT, la consulta a los pueblos indígenas tiene por finalidad conferirles un poder de negociación que les permita influir en los procesos de adopción de decisiones:

El Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vista. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos¹³⁸.

Dicha afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 6° N° 2, según el cual la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo con dichos pueblos, lo que implica necesariamente que los pueblos indígenas y tribales posean un poder de negociación, ya que en caso contrario, la consulta se limitaría únicamente a preguntarles a los interesados si aprueban o rechazan en bloque la medida que los pudiera afectar (sin derecho a veto por lo demás), atentado claramente contra el tenor literal y el espíritu del Convenio 169, que establece altos estándares de participación.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recalcado la importancia de asegurar mecanismos de interlocución entre los estados y los pueblos indígenas, de manera tal de facilitar el ejercicio de los derechos establecidos a favor de éstos, de conformidad con sus propias instituciones representativas. En efecto, la Corte señaló en el caso de “Yatama contra Nicaragua” que:

¹³⁸ OIT (Organización Internacional Del Trabajo), “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ob. Cit. p. 17.

[...] El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas [...] puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización¹³⁹.

La última modalidad del derecho a la participación contemplado en el Convenio 169 es el llamado derecho al consentimiento previo, libre e informado, el cual es considerado como el mayor grado de intervención. Esta modalidad implica una expresión vinculante por parte de los pueblos indígenas, es decir, un real derecho a veto por parte de éstos. Este derecho es recogido en el artículo 16° N° 2 del Convenio respecto a la necesidad de consentimiento para el traslado y reubicación de los pueblos indígenas en sus tierras¹⁴⁰.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 225.

¹⁴⁰ Convenio 169, artículo 16° N° 2: "Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados".

La reubicación y traslado de los pueblos indígenas y tribales de sus tierras es una medida excepcional. La OIT ha señalado que sólo podrá tener lugar en circunstancias que se consideren inevitables¹⁴¹.

La OIT ha determinado el alcance de la expresión “consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”, a la que hace referencia el artículo 16° N° 2, indicando al respecto que “significa que los pueblos indígenas y tribales deben comprender cabalmente el sentido y las consecuencias del desplazamiento sobre el cual han de manifestar su acuerdo y aceptación”¹⁴².

En caso que los pueblos indígenas y tribales no presten su consentimiento y la reubicación sea inevitable, ésta debe llevarse a cabo de acuerdo a las siguientes directrices establecidas por la OIT¹⁴³ y que derivan directamente del artículo 16° del Convenio:

- Posible encuesta pública: se refiere a la exigencia de un “procedimiento adecuado”, el cual puede variar según las circunstancias.
- Derecho de regresar: el Convenio establece el derecho de los pueblos a regresar a sus tierras, una vez que cesen las causas que determinaron la reubicación.
- Reasentamiento y rehabilitación: en caso de imposibilidad de los pueblos indígenas y tribales de retornar a sus tierras, deberá existir un plan de reasentamiento y rehabilitación.
- Tierras de calidad equivalente: en caso de reubicación, existe la obligación de proporcionar a los pueblos indígenas tierras de calidad equivalente y con el mismo título legal con el fin de resguardar la certeza jurídica de su

¹⁴¹ OIT (Organización Internacional Del Trabajo), “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ob. Cit. p. 44.

¹⁴² Ibid. p. 44.

¹⁴³ Ibid. p. 45.

dominio. De todas formas, los pueblos indígenas y tribales pueden aceptar otras formas de compensación si así lo estiman pertinente.

- Indemnización: se deberá indemnizar todo perjuicio consecuencia de la reubicación.

2.3.2. Características de la participación ciudadana en el Convenio

Analizado el derecho a la participación en forma genérica contemplado en el Convenio 169, lo cual comprendió la participación propiamente tal, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, corresponde revisar a continuación las características del derecho a la participación. Dichas características derivan tanto del tenor literal del Convenio 169 y de la doctrina en análisis¹⁴⁴, como de lo señalado por el Relator Especial de Naciones Unidas.

En primer lugar, la participación es un principio inspirador del Convenio 169. Este derecho se encuentra en el Convenio N° 169 en el artículo 2° N° 1, el cual impone a los gobiernos el deber de desarrollar con la participación de los pueblos indígenas una acción coordinada y sistemática, con miras a proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad. En efecto, la consulta de los pueblos indígenas es la piedra angular del Convenio y es fundamental a la hora de interpretar y aplicar sus normas.

En segundo lugar, el derecho de participación es un derecho autoejecutable y plenamente justiciable, lo cual ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, quien al pronunciarse sobre la constitucionalidad del

¹⁴⁴ El estudio de las características se basará principalmente en lo señalado por los profesores Santiago Montt y Manuel Matta, Jorge Contesse y Elina Meremiskaya.

Convenio 169 en la sentencia Rol N° 1050 del año 2008¹⁴⁵, señala que los artículos 6° y 7° del Convenio 169 son autoejecutables, no así otros artículos¹⁴⁶. El considerando octavo del decreto supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, del año 2009¹⁴⁷ también reconoce que los artículos 6° N° 1 letra a) y N° 2, así como el 7° N° 1 son derechos autoejecutables. Al contener el Convenio 169 de la OIT normas de derechos humanos, conforme a lo establecido en el artículo 5° de la CPR, dichas disposiciones son autoejecutables, por lo que los derechos de participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado son plenamente justiciables. Señalan Montt y Matta al respecto, que “aunque los procedimientos de participación en su sentido genérico pueden y deben ser regulados en detalle mediante ley o reglamento, dichas normativas no son

¹⁴⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1050-2008, Considerando 6°: “[...] En efecto, el artículo 7, N° 1°, oración final, del tratado en estudio dispone: ‘Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.’

La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos ‘deberán participar’. [...]”.

Considerando 7°: “Que, por su parte, el artículo 6°, N° 1°, letra a), del tratado en estudio —que los requirentes denominan artículo 6°, inciso primero— establece ‘Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.’

Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada [...]”.

¹⁴⁶ En el mismo sentido, *Caso Palguín*. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705-2009, sentencia de 17 de mayo de 2010, considerando 5°: “Que en el sentido anterior tanto recurrente como recurrido están contestes en la cita de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en los roles N° 309-2000 y N° 1050-2008, en cuanto que el Convenio 169 citado tiene normas autoejecutables o de aplicación directa, es decir aquellas que su contenido y precisión pueden aplicarse de forma inmediata en el órgano interno; como son los antes citados artículos del Convenio. Asimismo, existen normas de carácter programático, las que requieren a diferencia de las anteriores que se complementen mediante leyes, reglamentos y decretos [...]”. *Caso Peupikelen*. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, sentencia de 27 de julio de 2010, considerando 9°: “[...] tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales[...]”.

¹⁴⁷ Decreto Supremo (Mideplan) N° 124, Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N° 19.253 a Fin de Regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, Considerando 8°, “[q]ue una vez que el Convenio entre en vigencia, los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 pasarán a formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno”.

esenciales para la existencia de ese derecho”¹⁴⁸, por lo que la aplicación de este derecho no depende de la creación de normativa o de la implementación de políticas públicas por parte de los órganos de la administración del Estado. Cualquier proceso de consulta que se lleve a cabo respetando los estándares contemplados en el Convenio, a pesar de que no existan normas que regulen detalladamente su implementación, será plenamente válido. Tanto es así, que en el caso chileno a pesar de no existir normativa alguna que implemente el derecho a la consulta indígena respetando los estándares del Convenio 169, los tribunales superiores de justicia con frecuencia acogen los recursos de protección presentados por comunidades indígenas cuando se adoptan medidas que los afectan sin haber mediado un proceso de consulta conforme a los estándares establecidos por el Convenio 169. Dichas sentencias serán objeto de análisis en el anexo de este trabajo.

En tercer lugar, la consulta a los pueblos indígenas y tribales debe realizarse cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas, sin embargo, es importante señalar respecto a este punto, que la consulta debe referirse a medidas administrativas y legislativas que sean susceptibles de afectarles “directamente”, es decir, sobre quienes recaerá o aplicará el respectivo plan, programa, proyecto o política, por lo que será necesario realizar un análisis casuístico para identificar la necesidad de consultar a los pueblos indígenas, debido a la inexistencia e imposibilidad de establecer un criterio general. De este modo, si se pretende desarrollar un proyecto de inversión en una localidad en particular, deberá consultarse a las comunidades directamente afectadas y no a todo el pueblo indígena, cuya ubicación geográfica puede tener una gran extensión. En cambio, si se pretende implementar una política educacional indígena (por ejemplo la enseñanza de algún idioma indígena) a

¹⁴⁸ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 190.

nivel regional o nacional, dicha política deberá consultarse a todos las comunidades indígenas afectadas a lo largo del país y no de forma tan focalizada como el caso de un proyecto de inversión.

Por otra parte, el derecho a participación se aplica tanto respecto a medidas administrativas como legislativas. ¿Qué significa esto? La expresión “medidas administrativas como legislativas” se aplica tanto a las medidas de los entes colegisladores (y no sólo a las leyes en sentido estricto, sino que también en lo referido a reformas constitucionales¹⁴⁹) y a todas las actividades de los órganos de la administración del Estado, sean éstos centralizados o descentralizados, concentrados o autónomos, incluyendo las municipalidades y empresas del Estado. Asimismo la participación de los pueblos indígenas y tribales debe efectuarse en “todos los niveles”, de acuerdo a los elementos de la participación establecidos por la OIT¹⁵⁰ y mencionados al analizar el derecho a la consulta, vale decir, en la elaboración y en todas las etapas de un proyecto, política o programa así como la concepción, diseño, implementación y evaluación de éstos. Es por ello que llama profundamente la atención el contenido del decreto supremo N° 124 que regula el artículo 34 de la Ley Indígena, por cuanto el artículo 4° excluye del ámbito de aplicación de la consulta indígena a las municipalidades y empresas públicas creadas por ley¹⁵¹. Asimismo, el artículo 14° restringe los conceptos de “medidas legislativas y administrativas”, a las ideas matrices de los proyectos legislativos y a las

¹⁴⁹ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1050-2008, Considerando 15°.

¹⁵⁰ OIT (Organización Internacional Del Trabajo), “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ob. Cit. p. 19.

¹⁵¹ Decreto Supremo (Mideplan) N° 124, Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N° 19.253, artículo 4: “El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, el Consejo Nacional de Televisión y el Consejo para la Transparencia. Este reglamento no se aplica a la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Municipalidades y las empresas pública creadas por ley, sin perjuicio de lo cual, estos podrán someterse a las normas en él establecidas, si lo estiman pertinente”.

nuevas políticas, planes y programas¹⁵². Dichas disposiciones se encuentran en abierto conflicto y contradicción con lo dispuesto en el Convenio 169 que, dicho sea de paso, tiene una jerarquía normativa superior en la pirámide kelseniana que el decreto supremo en cuestión y restringe la consulta indígena de manera tal que incumple con los estándares del Convenio y la buena fe con la cual se debe de llevar a cabo la consulta. Como señala Jorge Contesse “el filtro no debe pasar por el tipo de medidas, sino por la afectación directa”¹⁵³.

En cuarto lugar, y derivado de la tercera característica recién explicada, el derecho a la participación no obliga directamente a privados. En efecto, como señalamos en el punto anterior, el Convenio impone la obligación de participación respecto de medidas legislativas y administrativas, por lo que se aplica de forma directa a los entes colegisladores y órganos de la administración del Estado. Es el propio Estado quien resulta obligado por el Convenio y que en consecuencia tiene la responsabilidad de realizar y garantizar la realización de consultas que respete los parámetros del Convenio. No obstante lo señalado, los privados pueden verse afectados de manera indirecta por los estándares de participación del Convenio cuando se trata de medidas administrativas y legislativas que les sean aplicables a sus proyectos. A modo de ejemplo, un proyecto de inversión efectuado por un privado y que deba someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de acuerdo a la Ley 19.300 para obtener una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), el

¹⁵² Decreto Supremo (Mideplan) N° 124, Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N° 19.253, artículo 14°: “Medidas a ser consultadas. Las medidas que deberán ser consultadas son las medidas legislativas y las medidas administrativas.

Medidas legislativas son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos, que tengan origen en los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° de es reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados.

Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquéllos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”.

¹⁵³ CONTESE, Jorge, “El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p. 195.

cual es un acto administrativo emanado del Servicio de Evaluación Ambiental, es un procedimiento que concluye con la dictación de la RCA, por lo debe cumplir con los estándares de consulta del Convenio 169 en caso de afectar directamente a una comunidad indígena. Si bien la responsabilidad de llevar a cabo una consulta de acuerdo de los lineamientos del Convenio 169 recae sobre el Sistema de Evaluación Ambiental (SEA), en este caso, el titular del proyecto se verá afectado de forma indirecta por dichas normas en atención a que el SEA le exigirá llevar a cabo consultas y negociaciones con las comunidades afectadas para lograr la aprobación del proyecto y la dictación de una RCA favorable.

El Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya, identificó este punto recalcando que “el deber de consultar a los pueblos indígenas es una responsabilidad que recae principalmente sobre los Estados, al igual que el resto de las obligaciones en materia de derechos humanos”¹⁵⁴. Reconoce, sin embargo, que en la práctica son muchos los casos en que existe una delegación informal a las empresas por parte de los Estados, lo que puede producir graves inconvenientes atendido que los intereses de las empresas son generalmente lucrativos y que, incluso actuando de buena fe, “no siempre poseen un conocimiento necesario de las normas internacionales pertinentes y no cuentan con códigos de conducta internos que reflejen dichas normas”¹⁵⁵.

En quinto lugar, el derecho a participación en su sentido genérico reconocido por el Convenio 169 debe realizarse con carácter previo, ya que el objetivo del derecho a la consulta contemplado en el Convenio 169 es permitir a los pueblos indígenas y tribales hacer valer su opinión respecto de aquellas

¹⁵⁴ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, Ob. Cit. Párrafo 61.

¹⁵⁵ Ibid.

materias susceptibles de afectarles directamente. Debido a la exclusión histórica que han sufrido los pueblos indígenas y tribales y la vulnerabilidad socioeconómica en la que se encuentran, el Convenio busca revertir esta situación imponiendo al Estado el deber de celebrar consultas con anterioridad a la adopción efectiva de las medidas que puedan afectarlos. La situación recién transcrita implica que los Estados deben discriminar positivamente a favor de los pueblos indígenas, estableciendo estándares superiores de consulta y participación en comparación a la población no indígena, reestableciendo de esta forma la igualdad en los derechos de los pueblos indígenas en relación a la población no indígena. El carácter previo de la consulta establecida en el Convenio es la forma en que se expresa estos altos estándares de participación contemplado en el Convenio, lo que se traduce en la práctica, en que el Estado tiene la obligación de consultar con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluso tratándose de medidas legislativas. Según han informado los órganos de control de la OIT “las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169”¹⁵⁶, es decir, el proceso de consulta a los pueblos indígenas debe iniciarse a penas el Estado tenga en su agenda llevar adelante alguna medida susceptible de afectarles directamente.

En sexto lugar, el derecho a la participación contemplado en el Convenio debe realizarse de buena fe. La buena fe con la que debe realizarse la consulta a los pueblos indígenas es otro elemento que configura los altos estándares establecidos en el Convenio y con los cuales los Estados deben cumplir. Según el artículo 6° N° 2 del Convenio 169, la consulta debe hacerse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o

¹⁵⁶ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Ob. Cit, p. 5.

lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Explican los profesores Montt y Matta, que lo anterior significa que la participación “debe necesariamente efectuarse de manera tal que no sea un mero trámite desprovisto de la seria intención de obtener la opinión informada de los pueblos indígenas”¹⁵⁷. En efecto, la buena fe en la consulta a los pueblos indígenas implica que la consulta no se agote en un mero trámite formal, sino que se transforme en un instrumento de participación sustancial, cuyo objetivo final sea que las partes involucradas lleguen a un acuerdo a través de un proceso de negociación¹⁵⁸. Para ello, es necesario que los planteamientos de los pueblos indígenas sean escuchados y tomados en consideración “dándoles razones para rechazarlos o modificando las posturas estatales iniciales en caso de que aquellos planteamientos sean más razonables que los esgrimidos por el

¹⁵⁷ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 193.

¹⁵⁸ A modo ejemplar: *Caso Mehuin*. Corte Suprema, Rol N° 4078-2010, sentencia de 14 de octubre de 2010, voto de minoría (Hernando Brito) y *Caso Aeropuerto de Quepe*. Corte Suprema, Rol N° 1608-2011, sentencia de 6 de mayo de 2011, voto de minoría (Hernando Brito): “[...] Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas [...]”. *Caso Carretera Temuco-Labranza*. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1155-2010, sentencia de 27 de septiembre de 2010, voto de minoría (Leopoldo Llanos): “Que en el presente caso la autoridad administrativa no ha llamado a consulta, sino se limitó a realizar simples actos denominados de sociabilización, sin tampoco acreditar que en aquellos hubiesen participado las Comunidades Indígenas recurrentes, debidamente representadas por sus autoridades elegidas conforme a la ley N° 19.253”. *Caso Plano Regulador San Pedro de Atacama*. Corte Suprema, Rol N° 258-2011, sentencia de 13 de julio de 2011, considerando 8°: “[...] desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir [...]”. *Caso Parque Eólico Chiloe*. Corte Suprema, Rol N° 10.090-2011, sentencia de 22 de marzo de 2012, considerando 8°: “Que las instancias de participación que se aducen en la ADENDA N°2, consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad [...]”. *Caso Prospección Paguanta*. Corte Suprema, Rol N° 11.040-2011, sentencia de 30 de marzo de 2012, considerando 9°: “[...] En efecto, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de la descripción del proyecto, el estado del mismo y lo que se pretende desarrollar a futuro, todo lo cual no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del mismo, en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”.

Estado”¹⁵⁹. De la misma forma que el Estado debe estar abierto a escuchar y atender la postura de los pueblos indígenas, éstos a su vez también deben estar dispuestos a cambiar sus posturas iniciales, para así lograr un acuerdo a través de un verdadero proceso de negociación que se desarrolle en un clima de confianza y respeto mutuo. La OIT ha señalado que la buena fe en la consulta empieza desde la aceptación y acuerdo entre pueblos indígenas y tribales y el Estado, respecto al procedimiento por el cual se desarrollará la consulta, con independencia de las discrepancias sustanciales¹⁶⁰.

La buena fe en el derecho de participación implica asimismo que la consulta no se agota con la mera información. En efecto, la consulta indígena establecida en el Convenio 169 no consiste en meros trámites de audiencia o de información. Los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, no pueden considerar que los estándares fijados por el Convenio para realizar la consulta indígena consista simplemente es una reunión informativa, una encuesta o algún medio a través del cual se recopile información, ya que el consentimiento y acuerdo final son los objetivos de la consulta a los pueblos indígenas. Así lo ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, al definir los alcances del concepto de buena fe. Ejemplo de esto, es la sentencia de la Corte Suprema en el caso del Plano Regulador de San Pedro de Atacama, cuyo considerando 8° señala: “[...] desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir [...]”¹⁶¹.

¹⁵⁹ CONTESE, Jorge, “El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p. 196.

¹⁶⁰ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Ob. Cit, p. 7.

¹⁶¹ Ver Nota N° 158.

El artículo 6° N° 2 del Convenio hace más hincapié en que las consultas sean:

Negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones¹⁶².

Resulta fundamental entonces que la consulta indígena se realice mediante procedimientos adecuados tendientes a lograr el consentimiento de los pueblos indígenas y tribales involucrados. El procedimiento, cuya forma queda entregada a cada Estado, será adecuado siempre y cuando cumpla con la finalidad de la consulta, vale decir, la generación de las condiciones propicias para lograr a través de un proceso de negociación, el consentimiento de los pueblos indígenas afectados directamente por la medida administrativa o legislativa. Para que se desarrolle la consulta a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados, será necesario que el Estado les proporcione la información de manera completa y apropiada, de manera que pueda ser comprendida por ellos. Asimismo, la entrega de esta información debe realizarse con la antelación suficiente que permita la comprensión cabal de ésta y la organización de los pueblos indígenas para establecer sus propios mecanismos de toma de decisiones, lo cual resulta fundamental para que la participación de los pueblos indígenas sea real y efectiva. Por lo tanto, el procedimiento será apropiado mientras implique la entrega de información de

¹⁶² INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, "Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo", Ob. Cit. párrafo 46.

forma oportuna, completa y de manera tal que sea comprendida por los pueblos indígenas. Dicha información debe ser entregada con la suficiente antelación de forma que permita a las comunidades organizarse, permitiendo así la negociación y discusión de forma pormenorizada del contenido de los proyectos susceptible de afectar directamente una comunidad con miras de lograr un acuerdo entre las partes involucradas.

Finalmente, la consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Esta es una característica clave en el derecho a la participación contemplado en el Convenio 169. La consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de aquellos grupos de personas que representen el parecer de los pueblos indígenas involucrados, debiendo ser las propias comunidades indígenas interesadas quienes determinen, mediante sus propios mecanismos internos de toma de decisiones, quienes serán las personas o grupos de personas que representaran sus intereses en los procesos de consultas. La dificultad para identificar las instituciones representativas dependerá del tipo de medida a consultar y el alcance de ésta. Así, una reforma a la Constitución implicará consultar a todos los pueblos indígenas del país por lo que lógicamente presenta mayores complicaciones que un proyecto en particular emplazado en una localidad determinada. Es por ello que el Relator Especial de Naciones ha establecido ciertos criterios mínimos de representatividad, los cuales:

- (i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas;
- (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos;
- (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos;
- y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no

discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género¹⁶³.

¹⁶³ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Ob. Cit, p. 8.

CAPITULO III

IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL CONVENIO 169

Como ya señalamos anteriormente, al contener el Convenio 169 normas sobre derechos humanos, dichas disposiciones resultan ser autoejecutable en virtud del artículo 5° de la Constitución. Asimismo, los derechos de participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado contenidos en él, son plenamente justiciables. Si bien no resulta esencial que los procedimientos de participación se encuentren regulados para la existencia de dicho derecho, los Estados que hayan suscrito y ratificado el Convenio pueden y deben desarrollar una normativa legal y/o reglamentaria a fin de regularlo. El derecho a la consulta a los pueblos indígenas y tribales es un derecho autoejecutable, sin embargo, resulta de todas formas conveniente una regulación procesal del mismo.

Antes de la entrada en vigencia del Convenio 169, nuestro ordenamiento jurídico contemplaba una forma restringida de consulta a los pueblos indígenas en el artículo 34° de la Ley N° 19.253, el cual dispone lo siguiente:

Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.

A raíz de lo analizado hasta ahora, en lo que respecta al contenido del Convenio 169, podemos concluir que dicha disposición de la Ley Indígena no cumple con los estándares del Convenio. En efecto, dicha disposición impone el deber de consultar únicamente tratándose de los servicios de la administración del Estado, mientras que el Convenio impone dicha obligación a todos los órganos de la administración del Estado (no únicamente los servicios), así como al Congreso Nacional. A diferencia de lo contemplado en el artículo 34° de la Ley N° 19.253, el Convenio 169 impone un estándar de participación de mayor fuerza, o como ha señalado el Tribunal Constitucional, de “connotación jurídica especial”¹⁶⁴, que a diferencia de otras en nuestro ordenamiento jurídico, debe realizarse de buena fe, mediante procedimientos adecuados, y con miras a lograr un acuerdo con los pueblos indígenas o lograr su consentimiento. Parte de la doctrina, ha interpretado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y el carácter de autoejecutable de ciertas normas del Convenio 169, como una derogación tácita de al menos la primera parte del artículo 34° de la Ley N° 19.253. En este sentido, Santiago Montt y Manuel Matta afirman que “el Convenio 169 innovó en materia de derecho a participación, con lo cual el artículo 34 debe entenderse tácitamente derogado (al menos en su primera parte)”¹⁶⁵.

Regular el proceso de consulta indígena, resulta de vital importancia, en primer lugar, para garantizar y asegurar los derechos contemplados para los pueblos indígenas, y en segundo lugar, para tener la mayor certeza y seguridad jurídica posible tanto para las comunidades indígenas como para los titulares de proyectos de inversión y los órganos de la administración del Estado. Una regulación del proceso de consulta indígena respetando los parámetros y

¹⁶⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309-2000, Considerando 82°.

¹⁶⁵ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 196 - 197.

estándares del Convenio serviría para responder tanto a las expectativas como a las inquietudes de los distintos actores involucrados. El interés en reglamentar el ejercicio del deber estatal, de consultar a los pueblos indígenas cuando se adopten medidas susceptibles de afectarles directamente, ha sido subrayado por el Relator Especial, en el sentido que “la reglamentación de la consulta otorgaría a estos procesos una mayor certeza y seguridad jurídica que son necesarias para toda actuación de los poderes públicos”¹⁶⁶.

El Relator Especial de Naciones Unidas le ha informado a Chile sobre la importancia y la necesidad de contar con un procedimiento efectivo de consulta, señalando al respeto:

Por lo anterior, y debido a la importancia central que tiene el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas para el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales, el Relator Especial observa que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, es uno de los principales desafíos a enfrentar en Chile¹⁶⁷.

Frente a dicha afirmación, el Estado ha intentado cumplir con sus compromisos internacionales, de manera insatisfactoria a nuestro parecer, con

¹⁶⁶ ANAYA, James, “El proyecto de reglamento de consultas en Guatemala. Comentarios del Relator Especial, James Anaya”, 7 de febrero de 2011, [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/docs/1550.html#_ednref2>, [consulta: 15 de julio de 2012].

¹⁶⁷ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo – Adición: La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”, 14 de septiembre 2009, párrafo 10, [en línea] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf> [consulta: 25 de junio de 2012].

la dictación del Decreto Supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación.

Veremos a continuación de qué forma el Estado de Chile ha intentado reglamentar el deber de consulta indígena de los pueblos indígenas y tribales contemplados en el Convenio 169.

En primer lugar se ha pretendido dar cumplimiento a lo establecido en el Convenio a través de la dictación del decreto supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, se ha considerado que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establecido en la Ley N° 19.300 es un mecanismo suficiente para dar cumplimiento, así como aplicación inmediata y suficiente, a los derechos de consulta indígena del Convenio 169.¹⁶⁸

Finalmente, el Gobierno ha intentado regular la consulta indígena a través de la dictación del Nuevo Reglamento del Servicio de Evaluación de

¹⁶⁸ En ese sentido: *Caso Aeropuerto de Quepe*. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1794-2010, sentencia de 31 de enero de 2010, considerando 10°: “[...] Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface —en este caso por los antecedentes ya expuestos— la exigencia del Convenio en referencia”. *Caso Mehuín*. Corte Suprema, Rol N° 4078-2010, sentencia de 14 de octubre de 2010, considerando 11°: “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”. *Caso Megaproyecto Eólico Chiloé*. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 239-2011, sentencia de 11 de octubre de 2011, considerando 8°: “[...] Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface —en este caso por los antecedentes ya expuestos— la exigencia del Convenio en referencia”.

Impacto Ambiental a raíz de la reforma a la institucionalidad ambiental introducida por la Ley N° 20.417.

3.1. Decreto Supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación

Luego de la ratificación del Convenio 169, el 15 de septiembre del año 2008, hubo un periodo de vacancia legal de un año en el cual el Gobierno elaboró el Decreto Supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación que reglamentó el artículo 34 de la Ley N° 19.253. Mediante este reglamento, se pretendió dar cumplimiento tanto al deber de consulta estatal a los pueblos indígenas y tribales respecto de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, como al derecho de participación formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas regionales y nacionales que puedan afectarles. Este decreto se promulgó el 4 de septiembre de 2009 y entró en vigencia tras su publicación en el diario oficial el 25 de septiembre del mismo año, a poco más de una semana de que comenzara a regir plenamente el Convenio en Chile.

Este primer intento por parte del Estado de Chile de regular la consulta indígena al alero del Convenio 169, ha sido fuertemente cuestionado por diversos sectores, tanto por sus vicios de forma en la elaboración y aprobación como en los que respecta a la regulación sustantiva de la consulta. Muestra de esto, es el Proyecto de Acuerdo N° 462 de la Cámara de Diputados que solicita la derogación del D.S N° 124, de 4 de septiembre de 2009, que reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena, el cual fue aprobado con fecha 16 de noviembre de 2011 con 58 votos a favor, 1 en contra y 14 abstenciones. La solicitud de derogación enviada al ejecutivo dispone que “este decreto es ilegal, por cuanto vulnera el Convenio N° 169 de la OIT. Por tal motivo, ha sido objetado por la

Comisión de Expertos de Acuerdos y Recomendaciones de las Naciones Unidas”¹⁶⁹. Veremos a continuación brevemente las principales críticas realizadas a este decreto, tanto de forma como de fondo.

En cuanto a las críticas de forma, podemos señalar en primer lugar que habiendo el Convenio 169 innovado y establecido estándares superiores de participación a los existentes en la Ley Indígena N° 19.253 (recordemos que el Tribunal Constitucional señaló la consulta contemplada en el Convenio tiene una fuerza y connotación jurídica especial), debe entenderse derogado el artículo 34°, siguiendo la teoría de Santiago Montt y Manuel Matta. En efecto, cuando la Contraloría General de la República tomó razón del reglamento, con fecha 22 de septiembre de 2009, el Convenio 169 ya estaba vigente en nuestro país, por lo que podemos concluir que el decreto supremo 124 viene a reglamentar y ejecutar una norma derogada, o a lo menos, parcialmente derogada, por lo que corre el riesgo de ser nulo de nulidad de derecho público.

Otra gran crítica al decreto supremo 124, se refiere tanto a la celeridad de su aprobación, como al hecho de haberse dictado sin previa consulta a los pueblos interesados, mediante sus instituciones representativas. A este respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, James Anaya, destacó la necesidad de efectuar una consulta sobre la consulta en el caso de Chile. Según sus palabras, el “reglamento debe ser consultado previamente con los pueblos indígenas del país y debe contemplar los requisitos esenciales de la consulta establecidos en las normas internacionales”¹⁷⁰. La necesidad de realizar una consulta sobre la consulta,

¹⁶⁹ Proyecto de Acuerdo N° 462 “Solicita derogación del DS 124, de 4 de septiembre de 2009, que reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena”, [en línea] <http://www.camara.cl/trabajamos/pacuerdo_detalle.aspx?prmid=3127>, [consulta: 25 de junio de 2012].

¹⁷⁰ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo – Adición: La situación de los Pueblos Indígenas en Chile:

tiene por objeto fijar y determinar el procedimiento para implementar los estándares internacionales en las consultas. El Gobierno de turno, fundándose en una recomendación efectuada por el Relator Especial de Naciones Unidas, en la que señala, que de no existir mecanismos procedimientos para la consulta “deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo”¹⁷¹ de la misma, dicta el decreto supremo 124 sin consultar previamente a los pueblos indígenas con un supuesto carácter provisorio. Bartolomé Clavero ha señalado respecto de la aplicación de mecanismos transitorios, que éstos deben realizarse mediante el establecimiento gradual y progresivo, “en un clima de diálogo normativo en torno de las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, todo ello necesariamente de buena fe”¹⁷². El Relator Especial, James Anaya, en ningún momento considera la posibilidad que el establecimiento inicial de los mecanismos transitorios de consulta sean llevados a cabo sin la debida consulta a los pueblos indígenas, en atención a que esto contravendría tanto el tenor literal del Convenio, ya que se trataría de una medida administrativa que afectaría directamente a los pueblos indígenas, como la buena fe a través de la cuál debe llevarse a cabo la consulta.

La dictación del decreto supremo N° 124 del año 2009, de supuesto carácter provisorio y aún vigente a la fecha, ha sido fuertemente criticado debido a la mala fe con la que habría actuado el Gobierno. En efecto, Matías Meza-Lopehandía ha identificado dos cuestiones que permiten concluir que su dictación nunca tuvo la intención, ni fue destinado a tener el carácter de

Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”, Ob. Cit, párrafo 11.

¹⁷¹ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Ob. Cit, p. 10.

¹⁷² CLAVERO SALVADOR, Bartolomé, “Puesta en Práctica de Convenio o Puesta en Evidencia de Chile (Por los Informes del Relator Anaya)”, 2009, [en línea] <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=3313>>, [consulta: 20 de Julio de 2012].

provisorio como lo dispone su artículo transitorio¹⁷³. En primer lugar, la redacción y el contenido de dicho artículo transitorio, que regula de forma genérica la consulta y la participación, no refleja ningún tipo de transitoriedad, toda vez que si se tratase de este tipo de disposiciones sólo habría normas relativas a una consulta específica, fijando “un plazo o condición para su aplicación transitoria, de manera de establecer claramente su periodo de vigencia y su reemplazo por normas permanente de aplicación general”¹⁷⁴. En segundo lugar, existiría una conducta contraria a la buena fe por cuanto el decreto se funda en las recomendaciones del Relator Especial, quien fue explícito en señalar la necesidad de realizar una consulta sobre la consulta. Sin embargo, el decreto 124 no se consulta y termina por eludir las obligaciones internacionales derivadas de dicho instrumento.

En cuanto a las críticas de fondo al decreto supremo 124, existen varios argumentos que los cuestionan por estar bajo los estándares del Convenio 169. En primer lugar, existe una limitación flagrante al Convenio en el artículo 1^o¹⁷⁵ del decreto que señala que el objeto del reglamento será regular la obligación del Estado de “escuchar y considerar” las opiniones de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, obligación establecida en el artículo 34° de la Ley N°

¹⁷³ Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN, año 2009, artículo transitorio: “Una vez que entre en vigencia el presente reglamento, se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y participación en conformidad a lo establecido en el artículo 34 de la ley N° 19.253 y en los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”.

¹⁷⁴ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos”, 2009, p. 2, [en línea] <http://www.mapuexpress.net/images/publications/13_10_2009_21_55_57_1.pdf>, [consulta: 25 de Julio de 2012].

¹⁷⁵ Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN, año 2009, artículo 1: “Objeto del reglamento. El presente reglamento regula la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la ley N° 19.253.

Dicha obligación se materializa en la consulta y la participación de los pueblos indígenas consagradas en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y en el artículo 7 N° 1 oración final del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, promulgado por medio del decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores”.

19.253, “materializando” de esta forma la consulta y la participación de los pueblos indígenas consagradas en los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169. Como explica Marcos Ríos:

La regulación, más que centrarse en fijar el procedimiento de consulta dentro del marco de la Ley N° 19.253 (Ley Indígena), sobrepasa esos límites al regular el derecho de consulta del Convenio N° 169 y proceder a equiparar los estándares de consulta del artículo 34 de la Ley Indígena, limitado a ‘escuchar y considerar’ las inquietudes de los pueblos indígenas, con los estándares mucho más exigentes del Convenio¹⁷⁶.

El Convenio 169 impone a los Estados el deber de consultar de buena fe a los pueblos indígenas y tribales, mediante procedimientos adecuados, de manera de obtener su consentimiento respecto de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. Tanto el artículo 1° como el artículo 2°¹⁷⁷ del reglamento, fijan una consulta indígena orientada únicamente a recolectar opiniones, por lo que constituyen un mecanismo de mera información a las comunidades indígenas. El Convenio, al contrario, fija un verdadero mecanismo de participación destinado a lograr acuerdos y el consentimiento de las comunidades indígenas respecto de las medidas propuestas.

¹⁷⁶ RIOS, Marcos, “Implementación del derecho de consulta de los Pueblos Indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio N° 169 de la OIT”, Revista Catalana De Dret Ambiental, Vol. II Núm. 2, 2011, p. 25.

¹⁷⁷ Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN, año 2009, artículo 2: “Consulta. Para los efectos de este reglamento, la consulta es el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas”.

En segundo lugar, el reglamento dictado limita fuertemente la aplicación del Convenio 169 al excluir a ciertos órganos del Estado del deber de consulta. En efecto, el Convenio impone la obligación de consulta al Estado y a todos sus órganos, sin excluir a ninguno. No obstante lo anterior, el artículo 4° del decreto supremo 124 señala que “podrán” los órganos constitucionalmente autónomos sujetarse a estas normas, lo cual constituye una violación flagrante del Convenio 169, en atención a que este no distingue ni excluye ningún órgano del Estado. De lo señalado en el reglamento, quedan excluidas de esta manera las municipalidades y las empresas públicas creadas por el Estado, para quienes la aplicación de la consulta indígena será facultativa. La exclusión de las empresas públicas y municipios, que son quienes ejercen el gobierno local, resulta ser un contrasentido ya que son precisamente dichas entidades las que adoptan constantemente medidas que afectan directamente los territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas. Así, según el reglamento de consulta indígena fijado por el decreto supremo N° 124, CODELCO, la empresa pública de mayor tamaño del país, cuyo giro es la extracción y explotación de recursos naturales, los que muchas veces se encuentran en territorios indígenas, no tiene la obligación de llevar a cabo una consulta a los pueblos indígenas y tribales. Dicha situación no resiste mayor análisis y explica por sí misma por qué este punto constituye uno de los más criticados por la doctrina. Según Matías Meza-Lopehandía estamos frente a una flagrante violación del tratado internacional, por cuanto:

La exclusión por la vía reglamentaria de la aplicación de las normas de consulta y participación del Convenio 169 a ciertos órganos del Estado y a las empresas públicas resulta ilegal, toda

vez que no existen dudas sobre su vigencia y exigibilidad en el derecho interno¹⁷⁸.

Por otro lado, resulta impresentable que el artículo 5° del decreto 124 excluya a los proyectos de inversión de la obligatoriedad de la consulta previa. Respecto de estos proyectos, el reglamento se remite a “los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales”, siendo facultativo para el órgano sectorial que emite la medida, someterse a la consulta previa del reglamento. Dicha disposición resulta particularmente preocupante, en atención a que el Convenio 169 no establece el carácter facultativo de la consulta, sino que por el contrario, fija su vinculación y obligatoriedad para todos los órganos del Estados, por lo que dicha disposición, al relativizar la obligatoriedad de la consulta, atenta abiertamente contra una disposición de un tratado internacional de derechos humanos. Asimismo, este artículo, al reenviar la consulta a mecanismos que no responden a los estándares del Convenio, desestima la decisión del Tribunal Constitucional que consideró que la consulta establecida en el Convenio 169 difiere sustancialmente de “aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo”¹⁷⁹.

Respecto a la normativa ambiental establecida en la Ley N° 19.300, la cual es una normativa sectorial en particular, en palabras del decreto 124, Marcos Ríos ha advertido acerca del peligro de entregar la consulta a la normativa sectorial, por cuanto en materia ambiental esto significaría “la exclusión de la aplicación de la consulta a un número significativo de proyectos de inversión, vulnerándose los derechos colectivos de pueblos indígenas sobre

¹⁷⁸ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos”, Ob. Cit. p. 4 - 5.

¹⁷⁹ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, Considerando 7°.

su territorio y recursos naturales”¹⁸⁰. Ríos efectuó esa crítica el año 2009, cuando las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) no contemplaban mecanismos de participación ciudadana. No obstante la reforma a la institucionalidad ambiental introducida por la Ley N° 20.417, que implementa una etapa de participación ciudadana en los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) vía DIA, dicha crítica puede seguir siendo válida hoy en día por cuanto existen ciertos requisitos que debe cumplir el proyecto para que proceda la participación ciudadana¹⁸¹, lo que podría excluir de la aplicación de la consulta a ciertos proyectos de inversión, vulnerándose así los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin embargo, no debemos olvidar que atendida la autoejecutabilidad del Convenio 169, la consulta indígena puede realizarse dentro el marco del SEIA, por lo que creemos que independientemente de la procedencia o no de una etapa de participación ciudadana para las DIA, cada vez que exista una afectación directa a los pueblos indígenas debe realizarse la consulta.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 14°¹⁸² del reglamento, las medidas a ser consultadas, son las de carácter legislativo y administrativo, emanadas de los órganos del Estado señalados y delimitados en el artículo 4° del decreto. Respecto de las medidas legislativas, el reglamento somete a consulta solamente las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional, de ley y reglamentos, cuando éstos afecten

¹⁸⁰ RIOS, Marcos, “Implementación del derecho de consulta de los Pueblos Indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio N° 169 de la OIT”, Ob. Cit, p. 29.

¹⁸¹ Para mayor profundización, ver: COSTA, Ezio y FUENTES, Paula, “La participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental”, Justicia Ambiental N° 3, 2011.

¹⁸² Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN, año 2009, artículo 14: “Medidas a ser consultadas. Las medidas que deberán ser consultadas son las medidas legislativas y las medidas administrativas.

Medidas legislativas son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos, que tengan su origen en los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados.

Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”.

directamente a los pueblos interesados. No obstante lo señalado por el Relator Especial, en el sentido que “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”¹⁸³, el decreto supremo 124 una vez mas restringe la consulta indígena únicamente a las ideas matrices y a las fases iniciales del desarrollo normativo. Llama también la atención, que el reglamento disponga que debe llevarse a cabo el proceso de consulta a los pueblos indígenas cuando exista una medida administrativa o legislativa que los afecte directamente, toda vez que el artículo 6° N° 1 letra a) dispone que la consulta debe llevarse a cabo cuando esas medidas sean susceptibles de afectarles directamente. La omisión de la palabra “susceptibles” por parte del reglamento, no es fruto del azar, ya que de esta forma se restringe deliberadamente el alcance de la consulta. En efecto, el Convenio al emplear la palabra “susceptible” establece un estándar mayor en atención a que obliga a someter a consulta, medidas en las que exista la posibilidad futura de afectación a los pueblos indígenas. El diccionario de la Real Academia Española define la voz “susceptible” como “capaz de recibir modificación o impresión”. Fundamental resulta en esta acepción el concepto de capacidad, puesto que aplicado al contexto del Convenio 169, el cual impone el deber de celebrar consulta cada vez que se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, implica una aptitud para afectar directamente, en un futuro, a los pueblos indígenas. Por lo tanto, el decreto 124 al omitir la voz susceptible que establece el Convenio, deja fuera del ámbito de aplicación del deber de consulta a todas aquellas medidas que sean capaces de afectar directamente en el futuro a los pueblos indígenas.

¹⁸³ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Ob. Cit, párrafo 20.

En cuanto a lo referido a las medidas administrativas, el artículo 14° establece que deben someterse a consulta indígena las nuevas políticas, planes y programas que afecten directamente a los pueblos indígenas. Sorprende en esta disposición la exclusión del deber de consulta respecto de los actos administrativos, los cuales según el artículo 3° de la Ley N° 19.880 son aquellas decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contiene declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, así como los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. Afirmamos esto, debido a que existe una gran cantidad de actos administrativos que afectan significativamente a los pueblos indígenas y que, según el reglamento, quedan excluidos de la consulta, lo cual implica una fuerte restricción a la consulta indígena, toda vez que son “precisamente las decisiones de los órganos estatales las que mayor afectación causan a los pueblos indígenas”¹⁸⁴. Para ilustrar este despropósito, la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que califica favorablemente o no un proyecto de inversión, es un acto administrativo emanado de la Comisión de Evaluación Ambiental que pone término al procedimiento administrativo de la evaluación de impacto ambiental del proyecto. Al tratarse entonces la RCA de un acto administrativo, y por consiguiente no de una “medida administrativa” según el artículo 14° del decreto supremo N° 124/09, no cabe la consulta indígena respecto de éstas, sin embargo, la Corte Suprema ha considerado en diversos fallos, que la consulta a los pueblos indígenas debe efectuarse dentro de la evaluación de impacto

¹⁸⁴ CONSEJO de Longko del Pikun Wijimapu, EL CENTRO de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, EL GRUPO de Trabajo Mapuche Sobre Los Derechos Colectivos, EL OBSERVATORIO Ciudadano, WALLMAPUWENCONAPACH, “Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile”, presentado por la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile (CONAPACH), 1 de septiembre de 2010, p. 52, [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/10/memoria-alternativa-convenio-169-oit-chile-2010-1.pdf>>, [consulta: 30 de agosto de 2012].

ambiental de los proyectos de inversión y por lo tanto debe estar debidamente considerada y ponderada en la RCA, especialmente de acuerdo a los estándares fijados en el Convenio 169¹⁸⁵. A modo de ejemplo, la Corte Suprema en la sentencia del caso conocido como “Parque Eólico Chiloé”, señaló que era necesario realizar un Estudio de Impacto Ambiental a fin de llevar a cabo un proceso de participación ciudadana que se ajuste a los estándares del Convenio 169. De esta forma, la Corte Suprema hace aplicable la consulta indígena a las RCA como acto administrativo, disponiendo en el considerando Décimo que “era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido”.

De esta manera, hemos podido observar que el decreto supremo N° 124 del año 2009 de MIDEPLAN se aleja gravemente de los objetivos y estándares fijados por el Convenio 169 (al cual debía precisamente apoyar mediante el establecimiento de un procedimiento efectivo de consulta a los pueblos indígenas) pues restringe, a través de diversas disposiciones, los derechos y

¹⁸⁵ A modo de ejemplo, la Corte Suprema hace aplicable las normas sobre consulta indígena contenidas en el Convenio 169 de la OIT a la Resolución de Calificación Ambiental (acto administrativo): *Caso Megaproyecto Eólico Chiloé*, Rol N° 10.090-2011, sentencia de 22 de abril de 2012, considerando 10°. *Caso el Morro*, Rol N° 2211-2012, sentencia de 27 de abril de 2012, considerando 10°. *Caso Puñique*, Rol N° 6062, sentencia de 4 de enero de 2011, considerando 3°. Asimismo, la Corte de Apelaciones de Temuco ha abogado por un concepto amplio de medida administrativa, destacándose los fallos: *Caso Palguín*, Rol N° 1705-2009, sentencia de 17 de mayo de 2010, considerando 8°: “[...] Así dicho lo anterior el concepto de medidas administrativa debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas (medida administrativa que en sentido natural y entendible para todos es la que proviene de la administración del Gobierno) [...]”. *Caso Carretera Temuco-Labranza*, Rol N° 1155-2010, sentencia de 27 de septiembre de 2010, voto de minoría: “[...] ni la Ley Indígena, ni la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, ni el Convenio 169 han señalado qué debe entenderse como ‘medida administrativa’. En estas condiciones, y atendiendo a que se está en presencia de un convenio sobre derechos humanos, si hubiera ambigüedad sobre el concepto de ‘medida administrativa’ en una interpretación constitucional, debe considerarse la dignidad del hombre, el respeto, aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales. Así, el concepto de ‘medida administrativa’ debe ser interpretado siempre a favor de los pueblos indígenas, y puede entenderse como aquella que proviene de la Administración del Gobierno [...]”.

estándares fijados por éste. Al ser esto así, no cabe más que concluir que el Reglamento resulta ser ilegal por contravenir el Convenio 169 de la OIT.

3.2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley N° 19.300

Atendida la importancia fundamental que pueden tener las Resoluciones de Calificación Ambiental en la afectación a los derechos de los pueblos indígenas y tribales por parte de los proyectos de inversión, se ha dado aplicación a la consulta indígena contemplada en el Convenio 169 en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Para analizar lo anterior, es importante recordar someramente en qué consiste el procedimiento de participación ciudadana de la Ley N° 19.300. En primer lugar, sólo aquellos proyectos contemplados en el artículo 10° de la Ley N° 19.300 y que genere alguno de los impactos señalados en el artículo 11°, deben ingresar al SEIA mediante Estudio de Impacto Ambiental (EIA). En estos casos, el artículo 29° establece siempre una etapa de participación ciudadana dentro del procedimiento administrativo contemplado en el SEIA, disponiendo que:

Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto.

Si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de

participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución.

Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución.

En segundo lugar, en caso que el proyecto ingrese por Declaración de Impacto Ambiental, la participación ciudadana es más restringida debido a que no se trata de una etapa obligatoria del procedimiento administrativo. El artículo 30° bis dispone que:

Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a

evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate.

Si durante el procedimiento de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, ésta hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación de la Declaración de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

Tratándose de los proyectos sometidos a evaluación de conformidad a lo establecido en el artículo 18 ter, el plazo para la realización del proceso de participación ciudadana será de diez días.

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá

estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas.

Así las cosas, y con el objeto de dilucidar la eventual armonía del Convenio 169 con el SEIA, se pueden distinguir los siguientes aspectos relevantes en la discusión: en primer lugar, si el SEIA y la participación ciudadana prevista para éste, son conciliables con la consulta indígena contemplada por el Convenio. Luego, y en la medida de ser afirmativa la interrogante anterior, y desde la perspectiva de la discusión de fondo de derecho ambiental, comprobar si en el caso de existir una afectación a los pueblos indígenas que amerite la aplicabilidad de la consulta observada por el Convenio, necesariamente deban concurrir las circunstancias del artículo 11° de la Ley N° 19.300, y por ende un EIA; o si por el contrario, la mencionada afectación puede ser objeto de graduación que la haga aplicable a las DIA. Finalmente, respecto al orden formal, establecer el procedimiento apropiado

para realizar la consulta en el marco del SEIA (especialmente en el caso de incluirse a las DIA).

Dicho lo anterior, frente a la posibilidad de dar aplicación a la consulta indígena contemplada en el Convenio 169 en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley N° 19.300, el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 309-2000 considerando 70, señaló: “Debe agregarse que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena”¹⁸⁶. Vale decir, el Tribunal Constitucional, así como alguna jurisprudencia¹⁸⁷ ha considerado que “el SEIA es un mecanismo por sí solo suficiente para dar aplicación inmediata y suficiente a estos derechos del Convenio”¹⁸⁸.

Asimismo, Alejandra Precht y Sebastián Aylwin han considerado que a pesar de las diferencias existentes en los estándares del Convenio 169 y los establecidos para la consulta en el SEIA de la Ley N° 19.300, el cumplimiento

¹⁸⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, considerando 70°.

¹⁸⁷ *Caso Ducto Celco*. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 148-2010, sentencia de 26 de mayo de 2010, considerando 11°: “[...] Como se observa, el 25 de septiembre de 2009, mediante el Decreto en comento, se dio inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y , entonces, se adopta un mecanismo que regula la consulta, mecanismo que ya estaba contemplado en la Ley 19.300, publicada en el Diario oficial el 9 de marzo de 1994, del Ministerio Secretaría de la Presidencia, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que señala artículo 26 [...]”. “Nahuelpán Gilitraro, representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros con Corema Región de Los Ríos”. Corte Suprema, Rol N° 4078-2010, sentencia de 14 de octubre 2010. *Caso Aeropuerto de Quepe*. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1794-2010, sentencia de 31 de enero de 2011, considerando 7°: “[...] Tales consideraciones permiten inferir que la consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300 que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas, tienen el derecho a imponerse del contenido del Estudio del Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido para ello, y que da cuenta el inciso primero del artículo 29 de la citada ley [...]”.

¹⁸⁸ MATTA, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, EN: “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ob. Cit. p. 114.

de la consulta indígena del Convenio puede encasillarse dentro del procedimiento contemplado en la evaluación de los impactos ambientales de un proyecto de inversión. En efecto, respecto a la participación ciudadana contemplada en la Ley N° 19.300 para el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, Precht y Aylwin señalan que:

El proceso de consulta del Convenio 169 es compatible con el proceso de participación ciudadana contemplado en la Ley N° 19.300. El primero no desvirtúa al segundo y este último permite, por un lado, la aplicación de un proceso de consulta especial a un grupo de la sociedad chilena que se encuentra en una condición de vulnerabilidad dentro de una regulación que también da garantías de certeza a los titulares de proyectos¹⁸⁹.

Sin perjuicio de que en el marco de la tramitación de un proyecto en el SEIA se pueda realizar la consulta, conforme a los estándares del Convenio –tal como proponen el TC y los citados autores– y que ello sea factible atendida la autoejecutabilidad del Convenio, no será en ningún caso suficiente para cumplir con los estándares de éste, ya que sólo tendría la finalidad de configurar la instancia propicia.

Dicho lo anterior, respecto al punto a si en definitiva el Convenio es conciliable con la DIA y el EIA, o sólo con este último, los autores se inclinan por que sólo sería procedente en los casos en que el nivel de afectación tenga una magnitud determinada –definida por el artículo 11° letras c), d) y f) de la

¹⁸⁹ PRECHT, Alejandra y AYLWIN, Sebastián, “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”, En: “Derecho Ambiental en tiempos de reforma: Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, 2010, p. 460.

Ley N° 19.300¹⁹⁰ – las que configurarían una hipótesis de afectación directa y justificarían el ingreso del proyecto al Sistema, a través de un EIA¹⁹¹. En suma, si un proyecto afecta directamente a pueblos indígenas, la propia Ley N° 19.300 y el reglamento del SEIA son los que obligan ingresarlo al SEIA vía EIA y no DIA. Como consecuencia del razonamiento anterior, y atendido la autoejecutabilidad del artículo 6° del Convenio 169, según Precht y Aylwin:

Cabe excluir las Declaraciones de Impacto Ambiental de la consulta del artículo 6 del Convenio. Lo anterior permite contar con un sistema jurídico coherente y no poner tierra sobre el Convenio 169, pudiendo canalizar el derecho que el Convenio otorga a las comunidades indígenas¹⁹².

En seguida, los autores excluyen a éstas de la consulta indígena del artículo 6° del Convenio, fundándose en el siguiente argumento:

En el efecto de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado –de manera

¹⁹⁰ Ley N° 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente, artículo 11: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

[...]

c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

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

[...]

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

¹⁹¹ En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema en: Caso Palguín, Rol N° 1705-2009, sentencia de 17 de mayo de 2010, considerando 12°: “Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado de manera indefectible que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación”.

¹⁹² PRECHT, Alejandra y AYLWIN, Sebastián, “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”, En: “Derecho Ambiental en tiempos de reforma: Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental”, Ob. Cit, p. 462 - 463.

indefectible— que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental¹⁹³.

De esta manera, partiendo de la base de que la consulta puede ser asimilable al proceso de participación del SEIA, en cuanto al momento de su realización y bajo los estándares del Convenio 169, ésta a nuestro entender no puede reducirse al EIA, como señalan Precht y Aylwin, puesto que no necesariamente, la presencia de indígenas implica una afectación a éstos, que motive la realización de un EIA. Efectivamente, la afectación directa a los pueblos indígenas es un elemento fundamental para determinar la procedencia de la consulta, no obstante, no se trata de un concepto rígido, tal como lo manifiestan los instrumentos de gestión ambiental (EIA y DIA) admitiendo distintas graduaciones o niveles para ésta, las cuales debiesen ser consideradas también para la consulta.

En seguida, en el entendido de que las DIA sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, la discusión debe centrarse en la forma en que debe hacerse la consulta indígena en el marco del SEIA. En efecto, desde un punto de vista procesal, perfectamente puede hacerse la consulta en un procedimiento iniciado por DIA. En este sentido, el proceso de consulta a los pueblos indígenas no es único, sino que por el contrario, es un proceso plástico de modo de que debe ser proporcional a la afectación directa a los pueblos indígenas, es decir, la intensidad con la que debe hacerse la consulta dependerá del grado de afectación directa a éstos.

¹⁹³ Ibid. p. 461.

Respecto de la pretensión del SEIA de transformarse en el mecanismo a través del cual se da cumplimiento a la consulta indígena del Convenio, creemos que el SEIA no garantiza por sí sólo los estándares establecidos en dicho instrumento internacional. Creemos esto, toda vez que no todos los proyectos de inversión deben someterse al SEIA, sino que sólo aquellos establecidos en el artículo 10° de la Ley 19.300 y desarrollados en el artículo 3° del decreto supremo N° 95 del año 2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (MINSEGPRES), por lo que cualquier proyecto no contemplado en dichos artículos no ingresaría al SEIA. Dicha exclusión vulneraría de manera directa aquellos derechos establecidos en el Convenio, en atención a que se podría dar la situación que se desarrolle un proyecto que no deba ingresar al SEIA, pero que afecte directamente a los pueblos indígenas y tribales, ya sea por su localización o por su capacidad de afectar recursos naturales situados en tierras o territorios indígenas. Manuel Matta señala al respecto “que no todos los proyectos deben ingresar al SEIA, lo que también podría aumentar la vulnerabilidad de los derechos que contempla el Convenio, si es que el SEIA se considera indefectiblemente como el medio para asegurarlos”¹⁹⁴.

Como ya lo hemos señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 309-2000, concluyó que la consulta a que se refiere el artículo 6° del Convenio tiene una connotación jurídica especial, distinta a los demás procesos de participación y consulta que puedan estar contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. Se señala lo anterior, pues la consulta indígena del Convenio debe ser realizada de buena fe, mediante procedimientos adecuados, que contemplen una debida antelación que permita a las comunidades establecer sus propios mecanismos de toma de decisiones, con el objetivo de llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas u obtener su

¹⁹⁴ MATTA, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, EN: “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ob. Cit. p. 115.

consentimiento. Estas características de la consulta, a diferencia de la participación contemplada en la Ley 19.300, otorgan a los pueblos indígenas un poder de negociación, por lo que:

La consulta al Convenio 169 no se satisface simplemente otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de opinar de un proyecto, sino que deben darse las instancias para que ese proyecto sea efectivamente estudiado y discutido en forma pormenorizada, permitiendo a las partes la posibilidad de modificar sus posiciones, intentando adecuarlas a los intereses de la parte contraria, de modo de lograr un acuerdo, tal como lo ha sostenido el Ministro Haroldo Brito en voto de minoría en el caso *Mehuín* y en el caso *Nuevo Aeropuerto de la Araucanía*¹⁹⁵.

De esta manera, las normas contempladas en la Ley 19.300 sobre participación ciudadana y participación de los pueblos indígenas en el marco del SEIA, son insuficientes para dar aplicación a los estándares del Convenio. Sin embargo, atendida la autoejecutabilidad del Convenio 169 de la OIT, es posible efectuar la consulta indígena en el marco del SEIA, aprovechando esta instancia para elevar sus estándares y dar cumplimiento al Convenio.

3.3. Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

A raíz de la dictación de la Ley N° 20.417, tanto las autoridades de gobierno como parte de la doctrina, han visto en la elaboración del Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental una oportunidad para efectuar los cambios y precisiones necesarios para que el SEIA se transforme en forma

¹⁹⁵ Ibid.

definitiva en el mecanismo por el cual se dará aplicación a la consulta indígena contenida en el artículo 6° del Convenio 169. Precht y Aylwin sostienen respecto a la posibilidad de compatibilizar el proceso de consulta del Convenio 169 con la participación ciudadana de la Ley N° 19.300, que:

Será necesario que se efectúen precisiones y adecuaciones siendo el proceso de revisión del Reglamento del SEIA –a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417– un instante propicio para realizarlas. Todo lo anterior al margen de contar con recursos humanos especializados conjuntamente con recursos económicos¹⁹⁶.

De esta forma, el Gobierno inició la redacción de un nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, realizando un proceso de participación y difusión ciudadana del nuevo reglamento. Finalmente, con fecha 28 de mayo 2012, el nuevo reglamento fue aprobado mediante Acuerdo N° 8 de 2012 por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, organismo establecido en los artículos 73° y siguientes de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales de Medio Ambiente. Sin embargo, la dictación de este reglamento no ha estado exenta de polémica y críticas, por lo que abordaremos a continuación tanto las defensas como las críticas que se han generado en torno a él.

Ricardo Irarrázabal, Subsecretario de Medio Ambiente, expuso el día 11 de julio del año 2012 ante la Comisión Especial de Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, sobre la elaboración del Nuevo Reglamento del SEIA a través del cual el gobierno daría cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio

¹⁹⁶ PRECHT, Alejandra y AYLWIN, Sebastián, “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”, En: “Derecho Ambiental en tiempos de reforma: Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental”, Ob. Cit, p. 461.

169. En dicha presentación¹⁹⁷, la autoridad de gobierno expuso de manera general los diversos puntos que se incorporaron al nuevo reglamento del SEIA y que darían cumplimiento al Convenio. Señaló el Subsecretario en dicha oportunidad, que las ventajas de las modificaciones serían las siguientes:

1. Incorporación de una Participación Ciudadana diferenciada en los EIA:

En el reglamento del SEIA actual se desarrollan los procesos de participación ciudadana sin diferenciar por grupos humanos, ejecutando actividades de carácter común y no focalizadas para pueblos indígenas, con una duración de 60 días hábiles.

El nuevo reglamento del SEIA en cambio especifica que se deberán realizar actividades de participación de manera particular para los pueblos indígenas, las que deben tener un carácter específico y focalizado, que den cuenta de su identidad y características socioculturales.

Además, la participación para los pueblos indígenas será en el nuevo reglamento durante todo el proceso, esto es, durante los 60 días de la participación ciudadana convencional y por 30 días cada vez que se presenten las Adendas al EIA.

2. Participación Ciudadana diferenciada en las DIA:

Actualmente no existen procesos de participación para indígenas cuando se trata de DIA.

El nuevo reglamento incorpora un proceso de diálogo con los pueblos indígenas, cuando el proyecto se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena y/o próximo a grupos humanos indígenas.

¹⁹⁷ Mediante solicitud de acceso a información pública contemplada en la Ley N° 20.285 al Ministerio de Medio Ambiente, folio N° 6.166, accedimos con fecha 30 de agosto 2012 a la presentación "Pueblos Originarios y Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)" realizada por Ricardo Irrázabal, Subsecretario de Medio Ambiente, ante la Comisión Especial de Pueblos Originarios de la Honorable Cámara de Diputados.

Con esto el Director Regional o el Director Ejecutivo del SEA podrá llegar a la convicción en una etapa temprana de que un proyecto ingresado a través de una DIA requiere de un EIA por afectar componentes indígenas.

3. Impactos Ambientales Significativos Diferenciados:

Actualmente se reconoce un impacto significativo asociado a pueblos indígenas, (artículo 11° letra d): Localización en o próximo a población protegida por leyes especiales.

La nueva reglamentación establece que, de los 6 impactos que la ley identifica como significativos, 3 de ellos están asociados a los pueblos indígenas, estableciendo connotaciones especiales para estos.

4. Respuestas a Observaciones Ciudadanas:

En la actualidad, las respuestas a las observaciones se presentan en la RCA, la cual se envía a los observantes después de que el proyecto se encuentra calificado (un año después de formuladas).

Sin embargo, el nuevo reglamento establece que las observaciones deberán ser respondidas por los titulares de proyectos en las Adendas y éstas deberán ser visadas por los órganos con competencia ambiental. Si éstos consideran que la observación ciudadana no fue debidamente respondida, deberán volver a consultarse.

Al calificarse el proyecto se desarrollará una actividad de participación, en la cual se expondrán los modos en que sus observaciones fueron incluidas en la evaluación ambiental del proyecto.

No obstante las modificaciones e incorporaciones realizadas en el nuevo reglamento, en relación al decreto supremo N° 95 del año 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, existen duras críticas formuladas en contra de éste. Los cuestionamientos han llegado incluso a tribunales,

existiendo un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Santiago, interpuesto por comunidades indígenas en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, causa Rol N° 19.995-2012, caratulados “Leon Bacian Ariel Y Otros con Servicio de Evaluación Ambiental”, actualmente en tramitación¹⁹⁸. A continuación, esbozaremos someramente los principales cuestionamientos al nuevo reglamento.

En primer lugar, el inciso segundo y tercero del artículo 27° sobre “Consulta de pertinencia de ingreso” del nuevo reglamento dispone:

En caso que el proponente requiera ingresar mediante un Estudio de Impacto Ambiental por generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento y su proyecto afecte a uno o más grupos humanos indígenas, podrá, de manera previa a su presentación, dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la elaboración del Estudio y posterior proceso de consulta.

Para efectos del inciso anterior, el Servicio considerará los mecanismos de toma de decisiones propios de los grupos humanos indígenas, así como las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, de modo que estos grupos tengan acceso a toda la información necesaria durante el proceso de evaluación ambiental. Asimismo, el Servicio podrá realizar un proceso de diálogo con los grupos humanos indígenas localizados

¹⁹⁸ Al 19 de mayo 2013, a la espera que se realicen los alegatos.

en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, con el objeto de recoger sus opiniones.

Dicha disposición establece en el inciso tercero, la facultad del Servicio de Evaluación Ambiental de iniciar un proceso de diálogo con los pueblos indígenas en los casos señalados en el inciso segundo. Sin embargo, como ya hemos venido señalando reiterativamente, el artículo 6° del Convenio 169 no plantea la existencia de una facultad que quede al criterio y arbitrio del Estado, sino que impone una obligación, un deber de consultar a los pueblos indígenas en los casos en que exista una afectación directa a éstos. La disposición criticada no sólo plantea la facultad de iniciar una consulta –lo cual es contrario al artículo 6° del Convenio– sino que además establece que el objeto de esta consulta facultativa será recoger opiniones. Los estándares del Convenio dicen relación con una consulta cuya finalidad sea llegar a un acuerdo entre las partes y no, como señala la parte final del artículo 27°, recoger simplemente opiniones e informar. La consulta del Convenio 169 tiene una connotación jurídica especial, la cual se traduce entre otras cosas, en otorgar un poder negociador a los pueblos indígenas que permita una cierta igualdad entre las parte en aras a lograr un acuerdo.

En segundo lugar, en lo que dice relación con el contenido mínimo de la Resolución de Calificación Ambiental, el artículo 60° del reglamento dispone:

La resolución que califique el proyecto o actividad deberá cumplir las exigencias establecidas en el artículo 41 de la Ley N° 19.880, y además contener:

a) Las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la decisión;

b) Las consideraciones de las observaciones formuladas por la comunidad, si corresponde; [...].

Recordemos que de acuerdo al artículo 24° de la Ley N° 19.300, el proceso de evaluación ambiental concluye con una resolución que califica ambientalmente el proyecto. La RCA es el acto administrativo terminal que pone término al procedimiento administrativo de evaluación ambiental. Osvaldo de la Fuente ha señalado al respecto que:

La RCA es en núcleo del SEIA, por cuanto es el documento en el cual se identifican los riesgos ambientales de un determinado proyecto, fundamentalmente en base a información proporcionada por el propio titular; su evaluación en relación a los estándares ambientales vigentes y la determinación, en caso que se estime necesario, de las medidas ambientales adecuadas para mantener dicho estándar, todo ello de acuerdo al mérito del procedimiento administrativo de evaluación ambiental¹⁹⁹.

No obstante la importancia de la RCA en la etapa de seguimiento, el artículo 60° letra b) del reglamento dispone que dicho acto administrativo debe sólo contener la “consideración de las observaciones formuladas por la comunidad”. Realizar una mera ponderación de las observaciones y la mera inclusión de la consideración de las observaciones en la RCA, dista mucho de respetar los estándares del Convenio 169. La simple consideración de las observaciones de los pueblos indígenas en el acto terminal del SEIA no responde a la exigencia del Convenio de llevar a cabo una verdadera negociación con los pueblos indígenas cuyo objetivo sea llegar a un acuerdo. El consentimiento y acuerdo final son los objetivos de las consultas a los pueblos

¹⁹⁹ DE LA FUENTE, Oscar, “Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental”, Legal Publishing, 2012, p. 50.

indígenas. Si en el acto administrativo terminal sólo se tienen en consideración las observaciones realizadas por la comunidad, si corresponde, se atenta abiertamente contra lo dispuesto en el artículo 6° N° 2 que exige que la consulta se realice de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento.

En tercer lugar, llama profundamente la atención la redacción del artículo 85° sobre participación y consulta indígena, el cual dispone:

En el caso de proyectos o actividades que generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte uno o más grupos humanos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, desarrollar un proceso de participación y diálogo que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo, de modo que pueden participar durante el proceso de evaluación de impacto ambiental sobre las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que hubiese sido objeto el Estudio de Impacto Ambiental, incluyendo la manera en que sus observaciones han sido abordadas en aquellas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 92 de este Reglamento.

Este artículo impone la obligación de llevar a cabo un proceso de participación y diálogo especial, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales de cada pueblo en caso que el proyecto genere el reasentamiento de comunidades humanas y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 7°); se encuentre localizado próximo a poblaciones, recursos y áreas protegidas, así

como se encuentre próximo a territorios con valor ambiental (artículo 8°) o si el proyecto o actividad en cuestión genera o presenta alteración al patrimonio cultural (artículo 10°).

Llama la atención la exclusión del deber de consulta contemplado en este artículo, en los casos en que el proyecto genere los efectos, características o circunstancias contemplados en los artículos 5°, 6° y 9° del reglamento. Dicha exclusión corresponde a los casos en que se genere riesgos para la salud de la población, efectos adversos sobre los recursos naturales renovables y el valor paisajístico o turístico de una zona respectiva. Lo anterior implica que el deber de consulta al que se refiere el artículo 85°, no se aplica a dichos casos, lo cual resulta a todas luces inexplicable y contrario al Convenio 169, el cual establece el deber de consultar a los pueblos indígenas toda vez que se dicte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. En efecto, un proyecto que genere efectos sobre la salud de los pueblos indígenas, causará lógicamente una afectación directa a los pueblos indígenas, por lo que no se entiende su exclusión del artículo 85° del reglamento. De la misma manera, dada la particular relación de los pueblos indígenas con sus recursos naturales y lo dispuesto en el artículo 15° del Convenio, la exclusión del artículo 6° atenta contra lo establecido en el Convenio.

Cabe señalar que el artículo 85° se remite al deber de un proceso de participación y diálogo –respecto de los efectos indicados en los artículos 7°, 8° y 10° del Reglamento– de acuerdo al artículo 4° inciso segundo de la Ley 19.300. Dicha norma señala:

Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en aplicación de los instrumentos de gestión

ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Resulta interesante esta disposición por cuanto este mecanismo podría ser una vía para implementar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en su territorio. Según esta norma, es un deber de las autoridades implementar el derecho a la consulta del Convenio 169 a través de un procedimiento especial en el SEIA, sin embargo, el nuevo reglamento del SEIA deja pasar la oportunidad de compatibilizar el derecho de participación de la Ley N° 19.300 con la consulta indígena del Convenio 169, sujetándola a características especiales y dejando de lado en este caso los artículos 5°, 6° y 9° de la consulta indígena del artículo 85° del reglamento.

Finalmente, el artículo 86° sobre “Diálogo con grupos humanos indígenas” del nuevo reglamento dispone:

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2° de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio podrá realizar un proceso de diálogo con los grupos humanos

indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un periodo no superior a 30 días, con el objeto de determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. En este caso se generará un acta de cada uno de los procesos de diálogo en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio podrá realizar un proceso de diálogo con los grupos humanos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un periodo no superior a veinte días, con el objeto de determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. En este caso se generará un acta de cada uno de los procesos de diálogo en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Los procesos de diálogo a que se refieren los incisos anteriores servirán de motivación a las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda.

El artículo 86°, al igual que los artículos analizados anteriormente, tampoco cumple con lo establecido en el Convenio 169 respecto a la consulta, ya que hace referencia a una facultad, y no un deber, del Director del Servicio de dialogar con los pueblos indígenas en caso de no producirse los efectos del artículo 7°, 8° y 10° del reglamento. Como hemos señalado reiteradamente, el Convenio impone la obligación de consultar a los pueblos indígenas toda vez que se adopten medidas administrativas o legislativas que los afecten

directamente. La afectación de la salud de los pueblos indígenas resulta ser una afectación directa a éstos, al comprometerse su integridad física, por lo que no existe posibilidad alguna de que la consulta sea una facultad, sino que, por el contrario, en virtud de lo dispuesto en el Convenio, se trata de una obligación, ya que toda vez que exista una alteración a los recursos naturales, y dicha alteración signifique una afectación directa a los pueblos indígenas y sus intereses, la consulta será obligatoria y no facultativa. En caso que el Estado hiciese uso de esta supuesta facultad, la consulta a la que hace referencia el inciso primero del artículo 86°, sería únicamente para determinar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 36° del reglamento, esto es, la determinación del término anticipado a la evaluación de impacto ambiental por carecer ésta de información relevante o esencial.

El inciso segundo del artículo 86° otorga la facultad al Director Regional o Ejecutivo del SEA de abrir un proceso de consulta en caso de existir una afectación directa a los pueblos indígenas cuando se trate de Declaraciones de Impacto Ambiental, lo cual vulnera el estándar del Convenio que establece que procede siempre y de forma obligatoria la consulta de buena fe y mediante procedimientos apropiados cada vez que se adopte una medida administrativa o legislativa que susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales. Este proceso de consulta entregado a la voluntad del Servicio de Evaluación Ambiental se refiere únicamente a la posibilidad de aplicar el artículo 48° del Reglamento, esto es, la determinación del término anticipado al procedimiento de evaluación según DIA, por carecer esta de información relevante o esencial para continuarlo.

De esta manera, creemos que si el objetivo del nuevo Reglamento del SEIA fue transformar el sistema de evaluación ambiental en el mecanismo a través del cual se daría cumplimiento al Convenio 169 en materia de consulta

indígena, éste se encuentra lejos de cumplirse. Los mecanismos de participación ciudadana referidos a la consulta indígena contemplados en el Nuevo Reglamento no cumplen con los estándares del Convenio 169, pues como hemos analizado, no considera la consulta como un medio destinado a llegar a un acuerdo entre las partes, sino que únicamente como mecanismo a través del cual se recogen opiniones. Por otra parte, tampoco considera la consulta indígena como un deber o un mecanismo obligatorio a través del cual se da cumplimiento a un instrumento internacional, sino que simplemente se establece como una facultad del Servicio de Evaluación Ambiental. De esta forma, no avizoramos en el Reglamento diferencia sustancial alguna entre la participación ciudadana indígena contenida en sus artículos 85° y 86°, y la participación ciudadana común establecida en el párrafo segundo y tercero del Título V “De la participación de la comunidad en el proceso” del mismo. La casi nula diferenciación entre una y otra participación del reglamento, vulnera la garantía fundamental del derecho a la igualdad ante la ley contenida en el artículo 19° N° 2, atendido que la consulta indígena del Convenio 169 contiene estándares superiores de participación al resto de la población, y tiene una connotación jurídica especial que viene a subsanar la desigualdad histórica en la que se encuentran los pueblos indígenas en relación al resto de las personas no indígenas, reestableciendo la igualdad de derechos entre las personas. Es por ello, que la no aplicación de la consulta indígena bajo los estándares del Convenio, rompe la mencionada igualdad de derechos ante la ley que asegura la Constitución a todas las personas.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA PARA LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA EN CHILE DE LA CONSULTA INDÍGENA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

Como ya hemos visto, el proceso de consulta indígena aún carece de una regulación clara y adecuada que permita al Estado cumplir con sus obligaciones internacionales. Lo anterior no sólo importa en cuanto principio básico del derecho, sino que además es un requisito indispensable para que los Pueblos Indígenas y Tribales vean protegidos parte de sus derechos históricamente violentados, y para que el sector empresarial cuente con un mayor grado de certeza y seguridad jurídica al momento de llevar a cabo sus proyectos de inversión. Una regulación del proceso de consulta indígena respetando los parámetros y estándares del Convenio resulta fundamental para responder a las expectativas e inquietudes de estos tres distintos actores.

El cumplimiento de los estándares del Convenio 169, estén o no recogidos en una ley o reglamento que regulen la consulta indígena, puede preocupar al sector empresarial, en especial a los titulares de proyectos de inversión, no sólo desde una perspectiva de certeza jurídica, sino que también del acceso al financiamiento. Las grandes empresas requieren muchas veces de créditos otorgados bajo el amparo del Banco Mundial, para lo cual la *Internacional Finance Corporation* (IFC), institución afiliada al Grupo del Banco Mundial, ofrece préstamos y otras formas de apoyo dirigido a las empresas y no a los Gobiernos (esta última función la cumple directamente el Banco Mundial), sin embargo, para acceder a dicha fuente de financiamiento, el titular del proyecto debe cumplir con ciertas normas y estándares, que en este caso se encuentran en la Norma de Desempeño N° 7 de Pueblos Indígenas. Dicha

norma contiene estándares similares a los del Convenio 169, sin embargo, son aplicables únicamente a los privados que acceden a dicha fuente de financiamiento, mientras que el Convenio obliga únicamente a los Estados. Asimismo, el Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM por su sigla en inglés), organización que reúne a diversas empresas mineras, así como asociaciones regionales, nacionales y de commodities, elaboró una guía de buenas prácticas para con los pueblos indígenas²⁰⁰, aprobada por el Consejo de Directores Ejecutivos el año 2008, en el cual se establecen estándares mínimos de protección a estos pueblos. Dicha guía impone deberes de consulta a los pueblos indígenas, considerándola un elemento fundamental en el desarrollo de la minería y en la prevención de conflictos futuros.

La elaboración del nuevo reglamento de consulta indígena, que derogaría el cuestionado decreto supremo N° 124, se ha planteado como una solución al problema de la falta de certeza jurídica que existe en torno a la forma de realizar la consulta. A este respecto, Marcial Colin Lincolao, presidente de la Comisión de Consulta del Consejo Nacional de CONADI, señaló al entregarse la propuesta de reglamento a organizaciones indígenas y al Senado, lo siguiente: "Me parece que este es un paso necesario porque se requiere con urgencia tener claras las reglas del juego que implican el ejercicio de nuestros derechos y la protección que el Estado nos debe como pueblos indígenas"²⁰¹. No obstante lo anterior, se ha criticado la necesidad de certeza jurídica como motor para la elaboración de un nuevo reglamento de consulta indígena. Según la profesora Nancy Yáñez²⁰², se ha venido argumentado que la falta de un mecanismo reglamentado de consulta genera un problema de certeza jurídica,

²⁰⁰ CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES (ICMM), "Guía de buenas prácticas: los pueblos indígenas y la minería", 2011, [en línea] <<http://www.icmm.com/languages/espanol/>> [consulta: 06 de marzo de 2013].

²⁰¹ GOBIERNO DE CHILE, Consulta Indígena, "Gobierno entregó a organizaciones indígenas y al Senado la propuesta para la nueva normativa de Consulta a los Pueblos Originarios", [en línea] <http://www.consultaindigena.cl/articulo080812_1.html> [consulta: 27 de septiembre de 2012].

²⁰² Entrevista a la Profesora Nancy Yáñez Fuenzalida. Santiago, 8 de octubre de 2012.

sin embargo, el bien jurídico protegido por el Convenio 169 no es la certeza jurídica, la cual es uno de los principales valores del derecho positivo, sino que es la variable cultural y los derechos indígenas. Agrega Nancy Yáñez, que la discusión en torno a la consulta y a la falta o no de certeza jurídica que ésta engendra, se explica por una institucionalidad y un marco regulatorio deficiente.

Por todo lo antedicho, este capítulo resulta fundamental en la búsqueda de soluciones para cumplir con las obligaciones internacionales, proteger a los pueblos indígenas y otorgar certeza jurídica (a pesar de que no sea el bien jurídico protegido por el Convenio), toda vez que analiza propuestas claras de reglamentación de consulta indígena al alero del Convenio. Para esto, realizaremos un análisis crítico de la Propuesta de Reglamento de Consulta Indígena presentado por el Gobierno con fecha 8 de agosto de 2012²⁰³, teniendo a la vista la experiencia comparada de Perú²⁰⁴ en esta materia, para esbozar lineamiento que sean adecuados a la realidad de nuestro país y que den cumplimiento al Convenio.

Antes de analizar el contenido de la propuesta normativa del gobierno, es necesario recordar la necesidad de que tal reglamento sea consultado previamente con los pueblos indígenas del país y contemplar los requisitos esenciales de la consulta establecida en el Convenio. Como ya vimos, el Convenio 169 contiene normas de derechos humanos, y “como tal, es autoejecutable conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución. De este modo, las normas sobre participación que consagra el Convenio forman

²⁰³ Propuesta de gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° Y 7° del Convenio N° 169 de la OIT, [en línea] <<http://www.conadi.gob.cl/images/doc-consulta/consulta2012/Propuesta%20Nueva%20Normativa%20rev%20final%2008-08-2012.pdf>> [consulta: 9 de octubre de 2012].

²⁰⁴ Reglamento de la Ley N° 29.785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC.

parte del ordenamiento interno de nuestro país”²⁰⁵, por lo tanto, siendo el reglamento de consulta indígena una medida administrativa que afecta directamente a los pueblos indígenas, resulta esencial efectuar una consulta sobre la consulta que cumpla con los estándares del Convenio. Existe unanimidad en lo que dice relación con la necesidad de que el mecanismo de consulta sea consultado. El modelo puede ser de alta perfección técnica pero aún en ese evento, el primer cuestionamiento que surge es la realización por parte del Estado de una consulta sobre la consulta. Explica Nancy Yáñez, que este punto no es menor:

Porque se trata del mecanismo a través del cual se realiza el diálogo intercultural. Al poder consultar el instrumento, finalmente se consensúan las posiciones en torno a como hacer visibles aquellas elementos que en la medida de que están determinadas por la variables cultural, no son identificadas por los agentes del estado²⁰⁶.

4.1. Marco normativo y objeto del reglamento propuesto

La Propuesta de Gobierno para una Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena, de conformidad a los Artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la OIT (en adelante “la Propuesta”) restringe la consulta, como lo indica la propia nomenclatura utilizada para identificar el reglamento, únicamente a los artículos 6º y 7º del Convenio 169. Sin embargo y como ya señalamos al analizar la consulta a los pueblos indígenas contemplada en el Convenio, la consulta es la piedra angular de este instrumento internacional y se encuentra

²⁰⁵ MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Ob. Cit. p. 190.

²⁰⁶ Entrevista a la Abogado Profesora Nancy Yáñez Fuenzalida. Santiago, 8 de octubre de 2012.

presente a lo largo de todo el texto. De esta forma y reiterando lo ya analizado, la participación y consulta indígena se encuentran en los artículos 2°, 6°, 7°, 15°, 22°, 23°, 27° y 28°, por lo cual posee fundamentos más amplios que sólo los señalados en los artículos 6° y 7° del Convenio.

El artículo 1° de la Propuesta, que establece el objeto del reglamento, señala que tendrá por finalidad regular los procesos de consulta indígena por parte de los órganos de la Administración del Estado de acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT. Directamente relacionado con este objeto, el artículo 11° de la Propuesta determina las fuentes del proceso de consulta indígena, señalando que éstas se inspiran en los principios contemplados en el Convenio N° 169. Dicho lo anterior, concluimos que la Propuesta se circunscribe únicamente a lo dispuesto en el Convenio 169.

Sin embargo, la consulta a los pueblos indígenas y tribales se encuentra también regulada en otros instrumentos internacionales, los cuales han sido aprobados por Chile y se encuentran vigentes, como es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007. En efecto, si bien las declaraciones de Naciones Unidas tienen el valor de recomendaciones y no son una fuente formal de derecho internacional, la Declaración de la ONU es totalmente compatible con el Convenio 169 e incluso se refuerzan mutuamente, como lo ha señalado la OIT²⁰⁷. Este punto no deja de ser discutible, ya que la Declaración establece que el propósito de las consultas a los pueblos indígenas es lograr su consentimiento previo, libre e informado. En efecto, su artículo 19° dispone:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones

²⁰⁷ OIT (Organización Internacional del Trabajo), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, "Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT", Ob. Cit. p. 5.

representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

En nuestro caso, Chile suscribió la Declaración por lo que ésta refuerza lo dispuesto en el Convenio 169 en su aplicación dentro del territorio nacional, sin embargo, las Declaraciones suscritas por los países tienen el valor de recomendaciones y carecen de la fuerza vinculante de un tratado internacional. A pesar de ello, existen adicionalmente varios tratados internacionales de derecho humanos de carácter general, de los cuales Chile también es parte, y que contienen normas que regulan la consulta o contienen normas en este sentido, tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se ha considerado que la obligación de llevar a cabo la consulta de los pueblos indígenas tiene su origen no sólo en una norma convencional, fuente de derecho internacional, sino que también ha sido considerada como principio general de derecho internacional. En un considerando muy discutible, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, señaló que respecto de los pueblos indígenas, “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”²⁰⁸. Vale decir, el fundamento de la obligación de consultar no sólo encuentra su fuente en una norma convencional, como lo es el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, sino que también en los principios generales del derecho internacional. Por consiguiente, como indica James Anaya, “al reglamentar el deber de consulta deben tomarse debidamente en cuenta las obligaciones

²⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 164.

derivadas de los diversos instrumentos y fuentes de derecho internacional aplicables, así como la jurisprudencia interpretativa desarrollada por lo órganos responsables de su supervisión”²⁰⁹.

Por lo tanto, y atendido el artículo 35° del Convenio que dispone que “la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos internacionales”, creemos que tanto el artículo 1° y 11° de la Propuesta (los cuales fijan el marco normativo y las fuentes inspiradoras del reglamento) debiesen contemplar todos los instrumentos y fuentes que desarrollan y fundamentan el deber de consulta y que, por lo demás, son vinculantes y obligatorios para Chile. En este sentido, resultaría adecuado tener a la vista la normativa peruana en la materia, por cuanto el artículo 1.4 del Reglamento de Consulta Previa de Perú, al establecer que el Viceministro de Interculturalidad tomará en consideración la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, da debido cumplimiento al artículo 42° de la Declaración que establece que “los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración”.

4.2. La consulta y los derechos humanos de los pueblos indígenas

Uno de los puntos a destacar de la propuesta, es que añade un concepto innovador de la consulta, en relación al decreto supremo 124. A diferencia del

²⁰⁹ ANAYA, James, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblo indígenas en relación al documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, párrafo 25, 29 de noviembre de 2012, [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/special-reports/comentarios-a-la-propuesta-del-normativa-de-consulta-chile>> [consulta: 7 de diciembre de 2013].

decreto supremo 124 que considera la consulta como el medio a través del cual los pueblos indígenas puedan expresar su opinión, el nuevo artículo 2 señala:

Para los efectos de este reglamento, la consulta es un proceso de diálogo y búsqueda de acuerdos de beneficio mutuo a través de los mecanismos que este reglamento establece, entre los pueblos indígenas interesados y los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º.

Si bien consideramos que esta innovación importa un avance importante en cuanto al contenido de dicho concepto, creemos que aún carece de precisión en virtud de los siguientes argumentos:

En primer lugar, si bien la consulta es un proceso, antes que todo constituye un derecho contenido en un tratado internacional de derechos humanos y establecido en beneficio de los pueblos indígenas, lo cual creemos debiese estar recogido y reconocido en el nuevo reglamento. Respecto a la definición propuesta, James Anaya observa que se asimila el proceso de consulta a una negociación de ventajas mutuas entre sujetos privados, olvidando que la esencia del derecho a la consulta a los pueblos indígenas se encuentra en los derechos humanos. Agrega que es fundamental ampliar la definición para enfatizar “la esencia de la consulta previa como norma de derecho público, cuyo marco, punto de partida y finalidad son los derechos humanos de los pueblos indígenas y su salvaguarda ante las decisiones estatales”²¹⁰. Es decir, una correcta definición de consulta indígena debiese reconocer que tanto el proceso de consulta como los acuerdos logrados a

²¹⁰ ANAYA, James, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo’”, Ob. Cit, párrafo 32.

través de él deben garantizar en todo caso el debido respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, este derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente sus derechos debe ser realizado de forma previa, por lo que creemos que el carácter previo de la consulta debiese incorporarse en la conceptualización de ésta y no únicamente como principio inspirador. El carácter previo es de la esencia de la consulta, por lo que su exclusión disminuye el estándar impuesto por el Convenio. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Pueblo Saramaka vs. Suriname”, ratificó el carácter previo que debe tener la consulta, al enumerar las reglas que ésta debe cumplir para ajustarse a los estándares del Convenio²¹¹.

La definición de consulta indígena del artículo 2º de la Ley de Consulta Previa de Perú incluye dichos elementos, señalando en su inciso primero:

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afectan directamente sus derechos colectivos,

²¹¹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 134: "la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”.

sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

Dicha definición se ajusta en mayor medida a los estándares del Convenio 169 que la contemplada en la Propuesta, atendido a que por un lado incluye un lenguaje de derechos humanos (incorporación de la palabra “derecho”) y por el otro lado establece el carácter previo.

4.3. Ámbito de aplicación de la Propuesta

Respecto al ámbito de aplicación la Propuesta, el artículo 4^o²¹² es idéntico al cuestionado artículo 4° del decreto supremo 124. Nuevamente este artículo excluye a las municipalidades y empresas del Estado de su ámbito de aplicación, mientras que el Convenio 169 plantea el derecho a la consulta en sentido genérico respecto de medidas legislativas y administrativas, aplicándolo por ende a los entes colegisladores y a la actividad de todos los órganos integrantes de la administración del Estado (centralizada, descentralizada, concentrada y desconcentrada). En caso que el elemento que determine la aplicación o no de la consulta sea el órgano del cual emana la medida, como sucede actualmente en Chile, se generan diversos problemas.

En primer lugar, como ya hemos señalado se corre el riesgo de dejar fuera diversos órganos que forman parte del Estado, como es el caso de las

²¹² Propuesta Gobierno, Artículo 4°.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento: El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos del cumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo 1° precedente, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento.

municipalidades –las cuales son órganos constitucionalmente autónomos– pero que siguen formando parte del Estado. Sin embargo, es menester señalar que si bien el Convenio 169 de la OIT es aplicable a las municipalidades –pues dictan medidas administrativas– atendida la autonomía constitucional de éstas, no es posible que un decreto supremo emanado del Presidente de la República invada la autonomía los municipios.

En segundo lugar, surge un problema con los órganos cuyo estatuto es de derecho privado pero que ejercen función pública, llamada también “la administración invisible”. El profesor Jorge Bermúdez explica respecto a este punto que “la Administración invisible goza de personalidad jurídica, sin embargo esta es de Derecho Privado y no forma parte de la Administración del Estado, sin que pueda considerarse un órgano del Estado”²¹³. En virtud del artículo 1º inciso segundo de la Ley Nº 18.575, agrega Bermúdez que:

Desde la perspectiva del Poder Ejecutivo (Administración Pública), los órganos en que se descompone son aquellos que forman parte de la Administración del Estado, y dentro de éstos no se encuentran las personas jurídicas de Derecho Privado en que el Estado tiene aporte²¹⁴.

Respecto de la administración invisible, ¿procede llevar a cabo la consulta indígena en los términos del Convenio? Resulta particularmente relevante el caso de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), la cual es una corporación de derecho privado pero ejerce funciones públicas. La CONAF no forma parte de la administración del Estado en los términos del inciso segundo

²¹³ BERMUDEZ SOTO, Jorge, “Roles del Consejo de Defensa del Estado en la Protección del Medio Ambiente: Acción Ambiental y Recurso de Protección en Materia Ambiental”, EN: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, Valparaíso, 1999, p. 260.

²¹⁴ Ibid.

artículo 1° de la Ley N° 18.575²¹⁵, ni tampoco se encuentra incluida dentro de los órganos de la administración a los cuales les sería aplicable la nueva propuesta normativa del gobierno. Siguiendo la lógica del artículo 4° del nuevo reglamento, quedan excluidas de la consulta indígena todas las medidas que adopte CONAF, como puede ser un plan de manejo o por ejemplo un plan para reforestar Rapa Nui, sin embargo, CONAF ejerce potestades públicas por lo que a nuestro entender dicta medidas administrativas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas. Por lo tanto y de acuerdo al artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio, las medidas adoptadas por CONAF debiesen estar sujetas a la consulta indígena.

Dicho lo anterior, creemos que el órgano del cual emana la medida, no debiese ser el factor determinante a la hora de definir la aplicación del nuevo reglamento de consulta, sino que por el contrario, debiese ser la medida propiamente tal la que determine su aplicación o la función pública, como lo indicara Nancy Yáñez²¹⁶. En efecto, a nuestro parecer, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del Convenio, los elementos que determinan la aplicación de la consulta según este instrumento internacional, son tanto la afectación directa a los pueblos indígenas, como la materia, la cual se refiere al tipo de medida que se pretende aplicar, ya sea administrativa o legislativa. En el marco del Convenio 169, creemos que respecto de las medidas administrativas, lo que determina este carácter no es el órgano del cual proviene, sino que la

²¹⁵ A este respecto, Pedro Pierry considera la CONAF como parte integrante de la administración. Explica que "Esta Institución es a nuestro juicio atípica, ya que pensamos que ella se ha transformado en una Institución pública Integrante de la Administración del Estado, a la que el Decreto Ley 701 sobre fomento forestal, modificado por el Decreto Ley 945, entregó atribuciones de Imperio público, como la de aplicar sanciones a los particulares, de tal magnitud que podría afirmarse que la ley elevó a Conaf al rango de persona jurídica de derecho público, incorporándola, por lo tanto, automáticamente, a la Administración del Estado, por haber pertenecido siempre al Estado.

Corroboramos lo anterior el Decreto Ley 1.263 sobre Administración Financiera del Estado que Incluye a Conaf entre las instituciones a las que se aplican sus disposiciones, las que integran para sus efectos el 'sector público', que para algunos es sinónimo de 'Administración del Estado'. PIERRY ARRAU, Pedro, "Transformaciones en la Organización Administrativa Del Estado", En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 6, Valparaíso, 1982, p. 345 - 346.

²¹⁶ Entrevista a la Profesora Nancy Yáñez Fuenzalida. Santiago, 8 de octubre de 2012.

función pública que ejerce. Vale decir, es el ejercicio de potestad y el carácter de función pública lo que determina que una medida sea o no consultada, más no su origen. Esta visión amplia permite incluir dentro del concepto de medidas administrativas a aquellas que tienen su origen en corporaciones de derecho privado pero que ejercen función pública (como es el caso de la CONAF). A modo de comparación, el artículo 2° del reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC, no define taxativamente –como la propuesta chilena– los órganos a los cuales se aplica el reglamento, sino que únicamente establece de forma genérica que se le aplica “a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos [...]”²¹⁷.

La doctrina ha desarrollado ciertos criterios que permiten definir la procedencia de la consulta. De esta manera, para los proyectos situados en Áreas de Desarrollo Indígena, Cristián de la Piedra y Andrés Fernández definen tres criterios de diferenciación: 1) criterio de afectación (se requiere demostrar la forma en que el proyecto altera las formas de vidas tradicionales de los pueblos indígenas); 2) criterio del área de influencia (el límite territorial de la afectación se determinará con relación al área de influencia del proyecto); 3) criterio de afectación en su calidad de indígena (los pueblos indígenas son reconocidos y protegidos en su calidad de tal, por lo que el proyecto debe

²¹⁷ Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Artículo 2°.- Ámbito de aplicación: 2.1 El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

2.2 Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas.

2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.

afectar las manifestaciones étnicas, culturales o religiosas que le son propias)²¹⁸.

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Sarayaku vs. Ecuador estableció que:

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, [...] implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos²¹⁹.

Lo señalado por la Corte, implica que para cumplir con los estándares del Convenio respecto de su ámbito de aplicación, es necesario definir adecuadamente los órganos obligados por el deber de consulta (en nuestro caso, no excluir a los órganos constitucionalmente autónomos del ámbito de aplicación de la Propuesta), o bien adecuar todo el aparato gubernamental y la organización de los órganos de la administración del estado. No cabe duda que lo lógico frente a estas dos alternativas es simplemente incluir a todos los órganos que ejerzan función pública en el ámbito de aplicación de la Propuesta.

²¹⁸ FERNÁNDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Cristhian, "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias", Ob. Cit, p. 111 - 115.

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 166.

4.4. Los proyectos de inversión y el deber de consulta

En lo referido al artículo 5° de la Propuesta²²⁰, y atendido lo señalado al momento de analizar tanto la Ley N° 19.300 sobre bases generales de medio ambiente, como el actual reglamento del SEIA y el nuevo reglamento del SEIA, próximo a entrar en vigencia, creemos que dicho artículo incurre en un grave error y aparece como una forma de burlar el derecho de consulta de los pueblos indígenas y las intenciones tras la promulgación del Convenio 169.

En efecto, ninguno de los procesos de participación y consulta contemplados en el marco del sistema de evaluación ambiental cumple con los estándares del Convenio 169. Dichos mecanismos no tienen como finalidad buscar un acuerdo de buena fe y mediante procedimientos culturalmente apropiados con las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas directamente, sino que simplemente contemplan un mecanismo que busca recoger las observaciones realizadas por la comunidad. Así, según el artículo 5° propuesto, cualquier proyecto de inversión al remitirse a la Ley N° 19.300 y al reglamento del SEIA, queda excluido de la consulta indígena a la que obliga el Convenio.

El Relator Especial, James Anaya, expresa su preocupación por la laguna que existe respecto de los proyectos de inversión que no requieren ingresar al SEIA, y por la remisión que existe en la Propuesta a los procedimientos de consulta y participación del reglamento del SEIA. En efecto,

²²⁰ Propuesta de Gobierno, Artículo 5°. Proyectos de inversión. La medida administrativa que autorice la realización de algún proyecto de inversión susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena reconocido en la ley N° 19.253, en los términos señalados en el artículo 9° del presente reglamento, y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán sometidos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la ley N° 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Asimismo, cuando algún Proyecto de Inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas nuevas medidas no requerirán ser sometidas a consulta, cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada en los términos del inciso anterior.

explica Anaya, que los derechos y procedimientos contemplados en la Ley N° 19.300 y en el reglamento del SEIA:

Siendo importantes, no contemplan los requisitos de un proceso de consulta acorde a los estándares internacionales aplicables, esto es, un diálogo de buena fe conducente a acuerdos entre los pueblos o comunidades indígenas afectadas y las autoridades que aprobarían el proyecto de inversión o actividad²²¹.

Dicha exclusión, es de particular gravedad atendido los impactos significativos que pueden tener los proyectos de inversión y la afectación directa en los pueblos indígenas, y por lo demás, atendida la jurisprudencia que ha fallado aplicando directamente los estándares del Convenio²²², para el titular de un proyecto de inversión será fundamental contar con la certeza previa de que el mecanismo a través del cual se evalúa contemple los estándares del Convenio, a fin de evitar en un futuro ser impugnado por no ajustarse el procedimiento a lo establecido en el Convenio.

El inciso segundo del artículo 5° de la propuesta del gobierno dispone que cuando algún proyecto de inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas no requerirán ser sometidas a consulta cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada. Este inciso se refiere al caso de que existan medidas administrativas posteriores a la Resolución de Calificación Ambiental, acto

²²¹ ANAYA, James, "Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblo indígenas en relación al documento titulado: 'Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo'", Ob. Cit, párrafo 73.

²²² Autoejecutabilidad del Convenio. *Caso Machi Francisca Linconao*. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, sentencia de 16 de septiembre de 2009, considerando 10° (confirma Corte Suprema con prevención de los ministros Pierry y Araneda). *Caso Pepiukelen*. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, sentencia de 27 de julio de 2010, considerando 9° (confirma Corte Suprema, eliminando la consideración).

administrativo terminal en la evaluación ambiental de un proyecto, sin embargo, la exclusión del deber de consulta indígena de cualquier acto administrativo posterior resulta ser una exclusión arbitraria y antojadiza, atendido lo contemplado por el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio. Los estándares del Convenio 169 imponen la obligación de someter a consulta aquellas nuevas medidas administrativas –susceptibles de producir una afectación directa a los pueblos indígenas– que requiera un proyecto de inversión para ser ejecutado, no obstante haber sido consultada la medida administrativa que lo autorizó. Habiéndose incorporado el Convenio a nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto siendo ley de la República, se aplica el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, vale decir, donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

Según Juan Carlos Ruiz Molleda, integrante del Instituto de Defensa Legal de Perú, la consulta es un proceso y no un trámite burocrático, por lo que no procede una sola consulta a una medida en particular. En cuanto al número de veces que debiese consultarse a los pueblos indígenas en un proyecto, señala el autor respecto al caso de Perú que:

Un primer supuesto es cuando cambian sustancial y radicalmente las circunstancias y las premisas en función de las cuales se realizó el proceso de consulta. Aquí se justifica la realización de un nuevo proceso de consulta. El otro supuesto es cuando estamos ante las diferentes etapas del proceso de explotación petrolera o minera. Por ejemplo en este último caso, se necesitan diferentes permisos administrativos para la etapa de exploración y luego para la etapa de explotación.²²³

²²³ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional”, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011, p. 342, [en línea]

Estos ejemplos sirven para ilustrar casos en que podrían requerirse nuevas medidas administrativas, no obstante estar aprobado el proyecto de inversión, por lo que creemos que el Convenio impone la obligación a los Estados a consultar dichas medidas.

4.5. Los sujetos de la consulta

Otro punto importante a considerar en el análisis crítico de la propuesta gubernamental es el referido a los sujetos de la consulta indígena. Sin embargo, antes de referirnos a este punto, resulta interesante revisar lo fallado por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha dictado sentencias importantes desarrollando los contenidos constitucionales de los derechos de los pueblos indígenas. Estos contenidos pueden ser significativos a la hora de desarrollar normativamente el Convenio 169 y en la elaboración de políticas públicas. Pues bien, la Corte Constitucional de Colombia determinó que:

La comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.²²⁴

<<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf> >, [consulta: 18 de octubre de 2012].

²²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997, Consideración 3.1, [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm#_ftn3>, [consulta: 18 de octubre de 2012].

El Convenio 169 de la OIT, junto con establecer como sujeto de los derechos contemplados en dicho cuerpo normativo a los pueblos indígenas (artículo 1° del Convenio), señala que la consulta del Convenio debe realizarse a través de las instituciones representativas de los mismos. Considerando lo anterior, el artículo 8°²²⁵ de la Propuesta define los sujetos de consulta, es decir, a quién debe realizarse la consulta indígena, sin embargo, y aunque como demostraremos mas adelante creemos que avanza en la dirección correcta al hacerlo, aún existen aspectos que mejorar. Decimos ello, pues al igual que el Decreto Supremo 124, la Propuesta reconoce únicamente como sujetos de derecho a organizaciones indígenas de carácter tradicional y a comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas reconocidas conforme a Ley N° 19.253, por lo que al no reconocer como instituciones representativas a aquellas que el mismo pueblo determine, impide una correcta representatividad de los pueblos indígenas.

De acuerdo a la redacción del artículo 8° de la Propuesta, los pueblos indígenas únicamente pueden participar directamente cuando se trate de medidas, planes o programas locales. En caso que se trate de consultas a nivel regional o nacional, el inciso segundo del artículo 8° establece que la participación se hará a través de Comisiones Regionales Indígenas y una Comisión Nacional Indígena creadas al efecto, cuya formación y composición son determinadas por el mismo artículo.

Sin embargo, dichas disposiciones se alejan de lo contemplado en el Convenio 169, particularmente de lo señalado en su artículo 6° N° 1 a), en el sentido que las consultas a los pueblos indígenas deben realizarse a través de

²²⁵ Propuesta de Gobierno, Artículo 8°. "Sujetos. Los procesos de consulta locales deberán efectuarse a los pueblos interesados, a través de las instituciones representativas que ellos mismos determinen y/o de las comunidades y asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena proporcionará la información necesaria a fin de lograr la adecuada identificación de estas instituciones. [...]".

sus instituciones representativas, y en su artículo 5° letra b), que establece que “deberá respetarse la integridad de los valores prácticos e instituciones de esos pueblos”. Por consiguiente, la Propuesta no debería realizar distinciones respecto si la medida es local, regional o nacional, debido que la consulta debe hacerse a los pueblos indígenas interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas. En otros términos, debería respetarse tanto las instituciones representativas existentes, como las nuevas que decidan crear los pueblos indígenas y no imponer la creación de comisiones a través de las cuales se efectúen las consultas. La organización de los pueblos indígenas debe responder a los procesos internos de cada pueblo y no a comisiones creadas mediante reglamentos. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Saramaka vs. Surinam, ha fallado que el Estado tiene el deber de consultar, activamente, las comunidades, según sus costumbres y tradiciones y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones²²⁶.

No obstante lo anterior, tratándose de medidas regionales o nacionales susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, la identificación de todos los sujetos de consulta y de sus instituciones representativas puede presentar complejidades y problemas de orden práctico. La creación de comisiones a nivel regional y nacional, como lo plantea la Propuesta de Gobierno puede llegar a ser una solución a este problema práctico, sin embargo, en caso de establecerse dichas comisiones, para que gocen de legitimidad y por ende sean efectivas, su composición, organización y atribuciones tiene que ser definido por los propios pueblos indígenas a través de consultas regionales y nacional. Una vez determinada la orgánica de dichas comisiones, el Estado cuando requiera consultar alguna medida de alcance

²²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 133.

regional o nacional, lo hará a través de dichas comisiones ya constituidas. Una solución en este sentido permitiría sortear la complejidad práctica de realizar consultas regionales o nacionales.

4.6. Situaciones en que se aplica el deber de consultar y obtener el consentimiento: el criterio de “afectación directa”

La Propuesta innova en lo relativo a lo que se entiende por afectación directa, respecto a lo establecido en el Decreto Supremo 124. El concepto de “afectación directa” es esencial a la hora de reglamentar la consulta indígena, atendido a que define el alcance de la consulta del Convenio. El artículo 6°, como ya lo hemos señalado en forma reiterativa, impone el deber a los Estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente, por lo tanto, determinar cuándo se entiende que existe una afectación directa a los pueblos indígenas, será un elemento esencial a la hora de definir la procedencia o no del deber de consultar a los pueblos indígenas.

El artículo 9° de la propuesta²²⁷, dispone que una afectación directa tiene lugar cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los

²²⁷ Propuesta de Gobierno, Artículo 9°. Afectación directa. “Para los efectos del presente reglamento se entenderá que existe afectación directa cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.

Se entenderá que existe afectación directa especialmente en los siguientes casos:

a) Reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas. Se entenderá por tales a todo conjunto de personas, que pertenezcan a los pueblos indígenas a que se refiere el artículo 1° de la Ley N° 19.253, independiente de su forma de organización, que comparten un espacio territorial, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.

b) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico o perteneciente al patrimonio cultural indígena.

c) Alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas. Dicha alteración se puede manifestar cuando se produzcan: externalidades manifiestas sobre los ecosistemas o el medio físico que sustentan o condicionan el sistema de vida del grupo humano indígena; cambios o

pueblos indígenas, en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Esta forma de definir la afectación directa se acerca a lo señalado por el Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya en uno de sus informes: “(...) sobre el ámbito de aplicación del 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”²²⁸. Sin embargo, Anaya agrega a continuación que “una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes”²²⁹. Esto implica que no sólo existe afectación directa cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, sino que también cuando se trate de medidas legislativas o administrativas de aplicación general, como podría ser la ley de pesca, ley de fomento forestal o alguna ley sobre concesión, exploración y explotación de recursos mineros, y que afecten de modo diferenciado a los pueblos indígenas.

Respecto este punto, resulta interesante detenerse un momento en el requerimiento de inconstitucionalidad de la Ley General de Pesca y Acuicultura realizado por senadores ante el Tribunal Constitucional. En dicho requerimiento

modificaciones directas sobre los elementos socioculturales del grupo humano indígena; alteraciones significativas en los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo humano indígena o como cualquier otro uso tradicional fundamental (uso medicinal, religioso, cultural, etc.); alteración significativa en la libre circulación, la conectividad de los grupos humanos indígenas y en los tiempos de desplazamiento; el acceso a los bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica; alteración significativa de la seguridad de la población indígena ya sea por una modificación gravosa de los patrones sociales existentes o el aumento de riesgos físicos asociados; dificultad o impedimento para la manifestación de tradiciones, cultura, intereses comunitarios que afecten los sentimientos de arraigo del grupo humano; alteración significativa en los mecanismos de reproducción cultural; alteración significativa en las formas de organización social tradicional; o alteración significativa de los espacios destinados a la manifestación de sus creencias, mitos, ritos y usos tradicionales”.

²²⁸ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya, “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, Ob. Cit, p. 16.

²²⁹ Ibid.

un grupo de senadores argumentó que en la tramitación del proyecto de ley se debió consultar a los pueblos indígenas, sin embargo, el Gobierno sostuvo que no existía afectación directa por lo que no procedía consultar al alero del Convenio 169, atendido que los pueblos indígenas tienen una legislación especial que les garantiza el acceso a los recursos pesqueros de una manera diferente. El Tribunal Constitucional señaló en el Considerando cuarto que:

El proyecto de ley contenido en el Boletín N° 8091-21, es una propuesta legislativa de alcance general, que modifica o precisa una serie de aspectos de la ley general de pesca y acuicultura y que no aborda de manera directa, ningún elemento esencial de afectación indígena [...]

El Proyecto de Ley de Pesca no es de aquellas medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Lo anterior, por cuanto el proyecto en cuestión no ha sido concebido en consideración única o con un especial énfasis en los pueblos indígenas. Tampoco es posible sostener que la medida legislativa propuesta le afecte de una manera no percibida por los otros individuos de la sociedad. Esta afectación es general y, de existir afectación, ésta alcanzaría a los indígenas o no indígenas de una manera similar²³⁰.

Es decir, según el Tribunal Constitucional al referirse al caso de las medidas legislativas, cuando se adopta un marco general, en este caso de política pesquera y acuícola, no hay una afectación directa a los pueblos indígenas, ni tampoco se trata de aquellas medidas destinadas a regular de manera específica la situación de los pueblos indígenas. En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, que ha señalado:

²³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2387-2012, Considerando 4°.

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica²³¹.

²³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 del año 2008, Considerando 4.2.2.2.1.

En otra sentencia, la Corte Constitucional de Colombia ha definido otros elementos que permiten ilustrar acerca de lo que se entiende por afectación directa, señalando que:

Hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. Es claro, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos²³².

Resulta interesante destacar que la afectación directa, según lo fallado por la Corte Constitucional de Colombia, puede ser negativa o positiva, por lo que en ambos casos debe existir un proceso de consulta. Extrapolado a la realidad chilena, un ejemplo de afectación directa sería el caso en que el Ministerio de Educación desarrolle un programa de enseñanza del mapudungun para implementarlo como parte de la malla académica de los colegios de ciertas provincias del país. En este escenario estaríamos en presencia de una afectación directa de carácter positivo, la que de todas formas debiese ser consultada a las comunidades indígenas afectadas.

En cuanto al inciso segundo del artículo 9° de la propuesta de reglamento, indica una serie de casos donde existiría especialmente afectación directa. Los casos enumerados en las letras a), b) y c) del artículo 9° en los cuales se entiende que existe especialmente afectación directa, consisten

²³² Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley General Forestal (Sentencia C-030/08) En: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, "La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional", Ob. Cit. p. 236.

principalmente en reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas; alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico o pertenecientes al patrimonio cultural indígena; y finalmente, la alteración de los sistemas de vida y costumbres de grupos indígenas. Al contemplar estos casos, la Propuesta tuvo en vista la definición de afectación directa establecida en el borrador del nuevo reglamento del SEIA, con el objeto de tener una adecuada concordancia en la materia.

Para analizar esta disposición, es necesario previamente realizar algunos alcances respecto de su segunda parte. En primer lugar, cuando el artículo 9° señala que existe especialmente afectación directa en el caso de reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas, es importante recordar, según lo establecido en el artículo 16° N° 2 del Convenio, que de existir desplazamiento o reasentamiento de grupos humanos indígenas, se requiere del consentimiento previo, libre e informado. Es decir, lo anterior se enmarca dentro de aquellos casos en los cuales las comunidades indígenas tienen un derecho a veto, por lo que estos ejemplos pueden llevar a restringir los criterios y estándares del Convenio. En segundo lugar, llama la atención la exclusión de los casos de especial afectación directa a todos ellos en que el proyecto genere riesgos para la salud de la población, efectos adversos sobre los recursos naturales renovables y el valor paisajístico o turístico de una zona, toda vez que un proyecto que genere efectos sobre la salud de los pueblos indígenas, lógicamente causará una afectación directa a los mismos. Finalmente, atendido que las hipótesis contempladas en esta segunda parte corresponden a medidas susceptibles de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, el Relator Especial de Naciones Unidas James Anaya ha recomendado a las autoridades de gobierno establecer una regla más general, que indique “que toda medida susceptible de producir efectos en

territorios indígenas o sus cercanías, debe ser consultada previamente”²³³. Sin embargo, el elemento determinante para hacer exigible la consulta a las comunidades es la afectación directa y no la relación con un determinado territorio. De la Piedra y Fernández profundizan este punto refiriéndose al caso de Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelén de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda²³⁴, señalando que:

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt ordenó la paralización de las obras y la exigencia de retrotraer las cosas al estado anterior de su ejecución, debido a que dicho terreno constituiría “territorio indígena” y las comunidades debieron haber sido consultadas. Finalmente, la Corte Suprema si bien confirmó la sentencia, procedió a eliminar los considerandos noveno y décimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones, en todo lo relativo a las tierras y territorios indígenas, limitándose a señalar que la actuación de la empresa afecta el medio ambiente de las comunidades vecinas²³⁵.

No obstante lo anterior, creemos que James Anaya recomienda una regla general, que indique que toda medida susceptible de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, debe ser consultada previamente atendida la relación particular entre los pueblos indígenas y sus territorios. El territorio constituye para los pueblos indígenas el eje fundamental de su cultura, historia, identidad e incluso de su vida misma, a través del cual se desarrollan en

²³³ ANAYA, James, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblo indígenas en relación al documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Ob. Cit, párrafo 45.

²³⁴ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 27 de julio de 2010, recurso de protección Rol Nº 36-2010 caratulado Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelén de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda.

²³⁵ FERNANDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Christian, Ob. Cit. p. 84.

comunidad. En este mismo sentido, la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena de México ha señalado que:

Para los pueblos indígenas los territorios son parte sustancial de su “ser” pueblos, por lo que no se les concibe solamente como un medio para obtener recursos o materias primas, sino que se encuentran estrechamente relacionados con procesos identitarios reflejados por diversos elementos como son su espiritualidad, sus festividades y su religiosidad²³⁶.

Atendido lo anterior, lo más probable es que cualquier medida que produzca efectos en los territorios de los pueblos indígenas implique una afectación directa, puesto que la identidad cultural de éstos se vincula directamente con el territorio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, profundizando este punto señaló:

El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio²³⁷.

²³⁶ COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, “Informe final de la Consulta sobre el Anteproyecto de Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas”, México, 2011, p. 47. [en línea] <http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=176>, [consulta: 13 de marzo de 2013].

²³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema

4.7. La buena fe como principio de la consulta a los pueblos indígenas

El párrafo primero del título III de la propuesta de reglamento, desarrolla los diversos principios orientadores de la consulta, entre los cuales se encuentran: la buena fe, el procedimiento apropiado, el carácter previo, el diálogo genuino, las instituciones representativas y la finalidad de la consulta.

En lo que se refiere a la buena fe, el cual es uno de los principios básicos de la consulta indígena en el Convenio 169 de la OIT, el artículo 12^{o238} de la Propuesta intenta una definición que adolece de ciertas deficiencias. Creemos que es importante resaltar que la finalidad del proceso de consulta, es lograr un acuerdo entre las partes, para lo cual resulta fundamental que exista una negociación previa. De esta manera, la buena fe no sólo implica el respeto a los pueblos indígenas interesados, la entrega de información y el hacerse cargo de las observaciones, sino que también que los órganos del Estado deban analizar detenidamente y valorar la posición de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, velando por la existencia de un clima de confianza, colaboración y respecto mutuo.

Sobre esta materia, el artículo 3° letra d) del reglamento de Perú sobre esta materia, agrega a su definición de buena fe otros elementos entre los cuales destacamos “ii) Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de

Interamericano de Derechos Humanos”, 2009, párrafo 273, [en línea] <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>, [consulta: 13 de marzo de 2013].

²³⁸ Propuesta de Gobierno, Artículo 12. - Buena Fe. - La consulta debe efectuarse de buena fe, lo que implica respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas interesados, así como entregar toda la información relevante, absolver dudas, hacerse cargo de las observaciones, sea para acogerlas o rechazarlas, y en este último caso, hacerlo fundadamente.

Se entenderá que falta la buena fe especialmente en los siguientes casos:

a) La ausencia de información o la entrega incompleta de antecedentes para apreciar los alcances de la medida objeto de consulta;
b) La negativa injustificada a iniciar o continuar el diálogo que implica la consulta imponiendo condiciones;
c) La ejecución de hechos tendientes a forzar las negociaciones en favor de una u otra parte del proceso de consulta;

lo acordado [...]; v) Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta; vi) No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta”. De lo señalado, podemos concluir que la buena fe debiese estar encaminada a rechazar todo acto que suponga la manipulación del proceso hacia un resultado determinado, lo cual creemos debiese ser incorporado como requisito dentro de la propuesta.

Además de lo anterior, el principio de la buena fe debe estar presente a lo largo de todo el proceso de consulta indígena. Respecto a este punto, resulta interesante lo señalado por el Tribunal Constitucional de Perú en sentencia 0022-2009-PI/TC:

A través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida²³⁹.

La identificación de estas 3 etapas y la aplicación del principio de buena fe a ellas se ajustan a los estándares del Convenio 169, por lo que la propuesta de reglamento podría incorporar aquellos elementos desarrollados en el derecho comparado.

²³⁹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional”, Ob. Cit. p. 335.

4.8. Finalidad de la consulta

Otro punto que merece ser destacado es el referido a la finalidad de la consulta, la cual según el artículo 17° de la Propuesta consiste en llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Sin embargo, si bien la regla general es que la consulta tenga por finalidad lograr un acuerdo con las comunidades indígenas afectadas, sin que la opinión de éstos últimos constituya un poder de veto, la jurisprudencia internacional ha señalado que esta regla admite tres excepciones en las cuales sí se requiere el consentimiento previo, libre e informado, estas son: 1) cuando sea necesario el desplazamiento de los pueblos indígenas; 2) cuando estamos ante megaproyectos o proyectos de gran envergadura, y finalmente; 3) cuando exista almacenamiento de materiales tóxicos.

En efecto, el artículo 16° N° 2 del Convenio 169 de la OIT establece que "Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa", es decir, se trata de un caso en que la finalidad de la consulta es lograr el consentimiento previo de los pueblos indígenas, existiendo un derecho de veto de éstos.

En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, reconoció en forma excepcional, la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, cuando se trate de mega proyectos que generen un elevado impacto en los pueblos indígenas, señalando al respecto que:

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio

Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones²⁴⁰.

Finalmente, el artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual como ya mencionamos fue suscrita por Chile, dispone que “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Por lo tanto y atendido estas tres excepciones a la regla general, el artículo 17° de la Propuesta debiese incorporar también a la finalidad de la consulta, la de lograr el consentimiento previo en estos casos en que los pueblos indígenas tengan un derecho a veto.

4.9. Medidas legislativas a ser consultadas

El artículo 18° de la Propuesta define las medidas a ser consultadas, estableciendo en el inciso segundo que se entenderá por medidas legislativas “las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley”. Esta definición, a nuestro parecer, adolece del mismo vicio que el artículo 14° del Decreto Supremo 124 del año 2009 de MIDEPLAN, por cuanto restringe los alcances del proceso de consulta de las medidas legislativas a las etapas iniciales del desarrollo normativo.

Tanto el Relator Especial como la jurisprudencia internacional han insistido en la necesidad que el proceso de consulta se lleve a cabo en todas

²⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 134.

las etapas del desarrollo normativo. En el año 2009, James Anaya informó que “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”²⁴¹. Lo señalado por el Relator Especial el año 2009 fue reafirmado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Sarayaku vs. Ecuador, considerando al respecto que “cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas”²⁴².

Es por ello que creemos que la Propuesta debiera contener una definición amplia de medida legislativa que se ajuste a los estándares del Convenio y a lo señalado tanto por el Relator Especial como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de la experiencia comparada, observamos cómo Perú en su reglamento de consulta previo definió de manera amplia el concepto de medida legislativa. En efecto, el artículo 3° letra j) dispone que medidas legislativas son aquellas “normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”. Esta definición genérica no restringe los alcances del proceso de consulta a las etapas iniciales como sí lo hace la Propuesta.

No obstante las críticas anteriores, consideramos un avance, en comparación al decreto 124, la incorporación de la voz “susceptible”, al referirse

²⁴¹ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Ob. Cit, p. 5.

²⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 181.

a las medidas que deben consultarse. El inciso primero del artículo 18° establece que deberán ser consultadas las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos interesados. De esta manera, no sólo las medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas deben ser consultadas, sino que también aquellas que tengan el potencial de hacerlo, ajustándose así a lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio.

4.10. Medidas administrativas a ser consultadas

La Propuesta define el concepto de medidas administrativas artículo 18° inciso tercero como “aquellos decretos o resoluciones, de efectos generales, que emitan los órganos de la Administración del Estado indicados en el artículo 4°²⁴³. Dicha definición restrictiva resulta a nuestro parecer antojadiza y no tiene fundamento alguno. Según ese concepto, sólo deben someterse a proceso de consulta indígena dos tipos de actos administrativos: los decretos y las resoluciones.

La Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos de los órganos de la administración del Estado, señala en el artículo 3° inciso tercero que “los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones”. La Propuesta tuvo a la vista sólo dicha disposición para efectos de definir el concepto de medida administrativa. Sin embargo, el inciso sexto del mismo artículo 3° de la Ley N° 19.880 agrega que “constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de

²⁴³ Recordemos que el artículo 4 de la Propuesto establece lo siguiente:

Artículo 4º. - Órganos a los que se aplica el presente reglamento. El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta y participación indígena, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento.

juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”. Por lo tanto, no se entiende la restricción del concepto de medida administrativa a decretos y resoluciones en caso de querer equipararlo a “acto administrativo”. De esta forma, se excluyen del proceso de consulta, por ejemplo, toda medida que provenga de CONAF.

De acuerdo a los estándares del Convenio 169, toda medida administrativa debe ser consultada si es susceptible de afectar directamente los derechos e intereses de los pueblos indígenas, independiente de la forma, naturaleza y efecto generales que tenga. Según el Relator Especial James Anaya, no sólo debe atenderse a las medidas administrativas de efectos generales, sino que también a aquellas que tengan efectos particulares, señalando al respecto que:

Especial atención merecen las medidas administrativas de efectos particulares referidas a recursos naturales, conocimientos tradicionales, comunicaciones y energía que pueden tener efectos sobre derechos de agua, concesiones mineras, acuícolas, eléctricas y geotérmicas, concesiones de espectro radioeléctrico de radio o televisión, indicaciones geográficas, denominaciones de origen, patentes, marcas, etc²⁴⁴.

De esta forma, es necesario que la Propuesta contenga una regulación que permita asegurar la consulta de todas las decisiones de la administración del Estado cuando sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. La dictación de un nuevo reglamento que regule la consulta indígena es, asimismo, una buena oportunidad para llenar las lagunas legales existentes

²⁴⁴ ANAYA, James, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblo indígenas en relación al documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Ob. Cit, párrafo 40.

en otros cuerpos normativos, como el Código de Minería, el Código de Aguas y la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica, los cuales carecen de normas referentes a la consulta de los pueblos indígenas y que el artículo 15° del Convenio obliga a “establecer o mantener los procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida”²⁴⁵.

4.11. Pertinencia de iniciar el proceso de consulta

Según lo establecido en el artículo 20° de la Propuesta respecto de la pertinencia de iniciar procesos de consulta, el órgano de la administración del Estado al que corresponda la iniciativa legislativa o administrativa, debe evaluar con la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta.

El Relator Especial de Naciones Unidas tiene ciertas aprehensiones respecto esta disposición, atendido a que dicho artículo:

Reproduce una de las características del Decreto 124/2009 observadas por la Comisión de Expertos de la OIT, cuyo informe de Solicitud Directa a Chile señaló que deja a ‘la decisión de los órganos administrativos la pertinencia de iniciar el proceso de consulta o de participación’²⁴⁶.

Sin embargo, no compartimos dicha apreciación por cuanto no todas las medidas administrativas o legislativas deben ser consultadas a los pueblos indígenas, sino sólo aquellas susceptibles de afectar directamente a los pueblos

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid. párrafo 47.

indígenas. Vale decir, el criterio fundamental a la hora de determinar si corresponde iniciar un proceso de consulta o no, es la afectación directa. Creemos por tanto, que existiendo la posibilidad de afectar directamente a los pueblos indígenas, el órgano administrativo tiene el deber de iniciar el proceso de consulta, por lo cual quien debe determinar la pertinencia de ésta es la propia administración del Estado.

Dicho lo anterior, creemos de todas formas que es necesario completar la norma en el sentido de crear mecanismos e instancias que permitan impugnar tanto administrativamente como en sede judicial la negativa del órgano administrativo de iniciar un proceso de consulta. En este sentido, nos parece que la ley de consulta previa de Perú reúne dichas características por lo que transcribiremos su artículo 9° a continuación:

Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta.

Las entidades estatales deben identificar bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

En la norma de la ley de consulta previa de Perú, el órgano administrativo que dicta la medida susceptible de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas, es el encargado de determinar la procedencia del proceso de consulta. En caso de no hacerlo, las instituciones representativas de los pueblos indígenas tienen la posibilidad de solicitarlo ante el órgano técnico respectivo, el cual en el caso chileno sería la CONADI. En caso de negativa, existe la posibilidad de impugnar dicha decisión vía administrativa y por la vía judicial posterior, lo que a nuestro juicio se ajusta a los estándares del Convenio.

En el mismo sentido, James Anaya ha comentado que:

Una revisión de la Propuesta, a la luz del principio de buena fe, debe dar paso a crear mecanismos e instancias que permitan a los pueblos o plantear directamente a los órganos de la administración la necesidad de un proceso de consulta ante una medida a adoptar, y establecer recursos para impugnar administrativa o judicialmente una negativa de consulta, cuando estimen que sus derechos o intereses pueden ser afectados por una medida administrativa o legislativa en proceso de adopción²⁴⁷.

²⁴⁷ Ibid. párrafo 50.

Creemos que la norma peruana, a diferencia de la contenida en la Propuesta del gobierno de Chile, cumple con lo señalado por el Relator Especial.

4.12. Los procedimientos de consulta

Al momento de definir el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo la consulta a los pueblos indígenas, es fundamental tener presente lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio, en el sentido que la consulta debe realizarse de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto las medidas y, finalmente mediante procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias. Atendido este último punto, el proceso de consulta puede variar según las circunstancias, lo que implica que éste sea un proceso flexible y que la reglamentación deba contener únicamente las etapas mínimas. En efecto, la consulta no responde a la lógica de un proceso rígido y único, sino que por el contrario, es un proceso flexible que se adecua a las circunstancias, y por lo tanto, la reglamentación sólo debe establecer reglas mínimas orientadoras. Otro punto importante a tener en consideración al momento de analizar los procedimientos de consulta, es que ésta no consiste en un trámite o requisito que debe cumplir una medida para gozar de legitimidad y legalidad, sino que es un proceso, vale decir, no se agota en una etapa en particular, sino que se desarrolla tanto en la etapa de formulación, aplicación y evaluación de la medida.

Dicho lo anterior corresponde analizar los artículos 21°, 22°, 23° y 24° de la Propuesta, los cuales contemplan los procedimientos de consulta y que no se ajustan a los estándares internacionales.

En primer lugar, observamos como el artículo 22° define plazos máximos de 15 días para cada etapa, existiendo 4 etapas en total, pudiendo la autoridad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta ampliar dicho plazo. Es decir, el plazo en el cual debe realizarse la consulta indígena del Convenio 169 es de 60 días, lo que a todas luces resulta insuficiente y replica el plazo de 60 días contemplado en el artículo 29° de la Ley N° 19.300, para la participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental. En el caso del reglamento de consulta previa de Perú, el artículo 24^{o248} establece un plazo máximo de 120 días, lo que supera ampliamente lo contemplado por la norma chilena. No obstante, compartimos lo señalado por Judith Schönsteiner en el sentido que:

No es apropiado fijar plazos máximos cuando los procesos de consulta se extenderán en cada caso de acuerdo a las características de las medidas a analizar y sus posibles alcances y consecuencias. [...] no parece razonable que sólo la autoridad estatal pueda ampliar los plazos con razones justificadas y razonables. Los pueblos indígenas deben también tener la posibilidad de solicitar la extensión de los plazos en las etapas del proceso de consulta²⁴⁹.

Es decir, siendo el proceso de consulta por definición flexible, de acuerdo al artículo 6° del Convenio que señala que debe hacerse de manera apropiada

²⁴⁸ Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC: "Artículo 24°.- Plazo máximo del proceso de consulta. El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta".

²⁴⁹ CENTRO DERECHOS HUMANOS, Judith Schönsteiner, "Análisis inicial a la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta a los pueblos indígenas", 5 de octubre 2012, [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/10/comentarios-a-la-propuesta-de-reglamento-centro-de-ddhh-udp-5102012-para-web-1.pdf>>, [consulta: 20 de noviembre de 2012].

a las circunstancias, no es correcto que existan plazos máximos, ni menos que los pueblos indígenas no puedan solicitar la ampliación del plazo.

Por otro lado, lo dispuesto en los artículos 21° y 23° dista mucho de cumplir con las finalidades de la Propuesta, esto es, lograr un acuerdo entre las partes a través de un diálogo genuino.

En primer lugar, el artículo 21° plantea que el contenido de la consulta se reduce principalmente a la presentación de manera adecuada de la medida que debe ser consultada, otorgándole la posibilidad de formular observaciones a los pueblos indígenas, observaciones que deberán ser tomadas en consideración al momento de adoptar la decisión final. Consideramos que el contenido de la consulta no dista en gran medida de la participación ciudadana contemplada en la Ley N° 19.300 (la cual ya vimos que no cumple con los estándares del Convenio), donde según el inciso tercero del artículo 29° de la Ley de Bases de Medio Ambiente dispone al respecto que “El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución”. Por consiguiente, una norma que señala que se tomarán en consideración las observaciones de los pueblos indígenas en la decisión final, no puede ajustarse de ninguna manera a los estándares del Convenio, el cual impone el deber de realizar un proceso de diálogo conducente a acuerdos.

En segundo lugar, observa al respecto el Relator Especial James Anaya que “las etapas definidas en el artículo 23° omiten el requisito de una pre-consulta para establecer de común acuerdo entre los órganos de la administración y los pueblos indígenas los procedimientos y contenidos de la

consulta”²⁵⁰. En efecto, la primera etapa contemplada en el artículo 23° letra a) considera únicamente la exposición de un plan de consulta cuyo objetivo es determinar la metodología que se usará en el proceso correspondiente, como la definición de los lugares, plazos, participantes, etc. Los pueblos indígenas son excluidos de la discusión sobre las reglas y forma como se llevará a cabo el proceso de consulta de acuerdo a las circunstancias particulares. El artículo 15°²⁵¹ del reglamento de consulta previa adolece del mismo error a nuestro parecer, por lo que esta carencia se solucionaría, según Juan Carlos Ruiz Molleda, acordando en una reunión previa, los aspectos relativos a:

Los pormenores formales de la consulta, de acuerdo con la opinión del pueblo indígena a ser consultado, en aspectos tales como la fecha, los puntos críticos de la consulta, el nivel de decisión de los participantes, la información necesaria y el tiempo requerido para procesarla, los aspectos logísticos y financieros, y cuantos sean necesarios para dar seguridad y eficacia a la consulta²⁵².

El artículo 23° letra c) de la Propuesta, que regula la etapa de diálogo, se aparta a nuestro juicio del Convenio 169 al disponer que:

²⁵⁰ ANAYA, James, “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo’”, Ob. Cit, párrafo 40.

²⁵¹ Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC: “Artículo 15: Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta. También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento”.

²⁵² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “Informe Jurídico – La constitucionalidad del Reglamento de la ley de consulta”, Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N° 60, 19 de abril de 2012, [en línea] <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf>, [consulta: 20 de noviembre de 2012].

Si finalizadas estas instancias de diálogo no se logran acuerdos completos entre las partes, el organismo público, procederá a evaluar su decisión de adoptar la medida o desistirse de ella, considerando la importancia de ésta para el interés nacional o bien común.

Creemos necesario recordar antes que todo que la consulta a los pueblos indígenas tiene como marco, punto de partida y finalidad, los derechos humanos de los pueblos indígenas y su protección ante las medidas que adopte el Estado, es decir, el Estado debe consultar a los pueblos indígenas con el fin de poder salvaguardar sus derechos e intereses. Por otro lado, en caso de no llegar a un acuerdo o no requerirse el consentimiento previo, libre e informado, el Estado de todas formas debe velar por el respeto y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, por consiguiente deberá adoptar las medidas de mitigación o compensación necesarias. El Relator Especial de Naciones Unidas señala que:

Todo impacto que imponga una restricción a los derechos humanos debe, como mínimo, cumplir las normas de necesidad y proporcionalidad en relación con el fin público válido, como generalmente exige el derecho internacional de los derechos humanos cuando son permisibles restricciones en materia de derechos humanos²⁵³.

Agrega al respecto que:

²⁵³ ANAYA, James, "Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblo indígenas en relación al documento titulado: 'Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo'", Ob. Cit, párrafo 69.

El Estado tiene un deber general de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y la consulta previa es una salvaguarda de tales derechos; sin embargo el no arribar a acuerdos no autoriza al Estado hacer caso omiso o restringir los derechos de los pueblos indígenas simplemente en nombre del 'interés nacional' o el 'bien común'. Los derechos humanos forman parte del bien común general, y a la vez constituyen un límite a la soberanía de los Estados²⁵⁴.

En este sentido, creemos que el artículo 5° letra e) del reglamento de consulta previa de Perú, cumple con lo señalado por el Relator. En efecto, dicha disposición señala lo siguiente:

El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Por consiguiente, el derecho a la consulta, aunque no suponga un derecho a veto por parte de los pueblos indígenas y no se pueda llegar siempre a buen puerto con la negociación, a pesar de adoptarse la medida, deberá

²⁵⁴ Ibid. párrafo 70.

hacerse siempre adoptando todas las medidas necesarias para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, en particular los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Finalmente, observamos que las etapas mínimas contempladas en el artículo 23° de la Propuesta, vale decir, la etapa de planificación del proceso de consulta, la etapa de entrega de información, etapa de diálogo y etapa de sistematización y comunicación de los resultados, son a todas luces insuficientes. La etapa de diálogo queda restringida a una sola reunión donde los pueblos indígenas pueden formular observaciones y propuestas, quedando a criterio del órgano público su adopción o no. Es decir, la etapa de diálogo de la Propuesta dista mucho de ser un diálogo de buena fe, genuino y con miras de lograr un acuerdo después de una negociación entre las partes con el fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

En cambio, la ley de consulta previa de Perú, en los artículos 8° y siguientes, identifica 7 etapas mínimas que deben cumplir los órganos promotores de una medida legislativa o administrativa en el proceso de consulta, entre las cuales se encuentran: 1) la identificación de las medidas legislativas o administrativas que deben ser objeto de consulta; 2) la identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; 3) la publicidad de la medida legislativa o administrativa; 4) la información sobre la medida legislativa o administrativa; 5) la evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente; 6) el proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios; y 7) la decisión.

Dichas etapas se refieren a etapas mínimas, por lo que el proceso es flexible y debe adecuarse a las circunstancias particulares de cada situación. El reglamento de la ley de consulta previa de Perú desarrolla en el Título III el proceso de consulta, regulando de manera pormenorizada las distintas etapas, entre las cuales cabe destacar la etapa de evaluación interna. Dicha etapa se encuentra ausente en la Propuesta del gobierno de Chile y es parte fundamental de los estándares fijados por el Convenio 169. En efecto, la OIT ha señalado al respecto que la consulta debe hacerse de buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancias, lo que se traduce, entre otras cosas, en que “debe otorgarse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales”²⁵⁵. Por lo tanto, es fundamental que la Propuesta contenga tanto una etapa de pre-consulta donde en cada caso se determine de forma conjunta con los pueblos indígenas afectados, el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo el proceso de consulta, como una etapa de toma de decisión interna por parte de los pueblos indígenas.

4.13. Recursos económicos y humanos

Un punto fundamental a la hora de determinar la implementación del proceso de consulta los pueblos indígenas, dice relación con la asignación de recursos humanos especializados y económicos para llevar adelante dicha política pública. La Propuesta presentada por el Gobierno dispone en su artículo 10° que “La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena prestará la asistencia técnica al organismo público responsable del desarrollo de los procesos de consulta y participación, consistente en la identificación de organizaciones

²⁵⁵ OIT (Organización Internacional del Trabajo), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, Ob. Cit. p. 62.

indígenas, servicios de traducción u otras acciones de apoyo a dichos procesos”. Vale decir, la asistencia técnica contemplada en el reglamento se reduce a un apoyo por parte de la CONADI al órgano encargado de llevar a cabo la consulta en identificación, traducción y apoyo en general.

A nuestro parecer, dicha asistencia técnica es a todas luces insuficiente para desarrollar una política pública para lo cual se requieren recursos económicos y humanos especializados, puesto que sin ellos, será muy difícil llevar a cabo una política pública exitosa.

Para la realización de un proceso consultivo adecuado a los estándares del Convenio y exitoso, es indispensable que existan recursos económicos contemplados año a año en el presupuesto del país. Para la realización de las consultas a los pueblos indígenas a nivel local, regional o nacional es necesario contar con un presupuesto suficiente para su traslado, difusión y convocatoria por medios idóneos. Asimismo, los recursos económicos que se deben destinar a la consulta deben permitir desarrollar una metodología intercultural, entregando información clara y comprensible, asistencia técnica y realización de talleres a fin de capacitar tanto a los pueblos indígenas sobre sus derechos individuales y colectivos como a los funcionarios encargados de desempeñarse en torno a la consulta a los pueblos indígenas.

Este último punto, la capacitación de los funcionarios de la administración pública que llevarán a cabo las consultas, dice relación con la importancia de contar con recursos humanos especializados. Para el desarrollo de una política pública de esta envergadura es fundamental que quienes la lleven a cabo estén capacitados en derechos indígenas, Convenio 169 y con conocimientos sobre las realidades locales y funcionamiento en los procedimientos de toma de decisión de las instituciones representativas. Es

importante tener en consideración la diversidad lingüística de los pueblos indígenas al momento de realizar la consulta, por lo que en caso de ser necesario el proceso de consulta debe de contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas objetos de la consulta.

La experiencia peruana en esta materia puede resultar ilustradora. La Ley de Consulta Previa de Perú y su Reglamento van en la dirección correcta puesto que reconocen la necesidad de contar con recursos económicos y humanos especializados para llevar a cabo la consulta a los pueblos indígenas. El artículo 18° de la Ley de Consulta Previa de Perú establece que “Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios”. El Reglamento de dicha ley reconoce en cambio la necesidad de contar con recursos humanos especializados, estableciendo en el artículo 11° que:

11.1 La Entidad promotora es la responsable de convocar a los facilitadores, facilitadoras e intérpretes previa coordinación con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. El Viceministerio de Interculturalidad dictará políticas orientadas a promover la debida capacitación de facilitadores e intérpretes.

11.2 Los y las intérpretes, facilitadores y facilitadoras deben estar registrados obligatoriamente en el Registro respectivo a cargo del Viceministerio de Interculturalidad.

11.3 Los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas y sus representantes están facultados a contar con asesores durante todo el proceso de consulta, quienes cumplen tareas de colaboración técnica en el proceso. Los asesores y asesoras no pueden desempeñar el rol de vocería.

11.4 La Guía Metodológica establecerá las pautas de actuación de los facilitadores y facilitadoras, asesores, asesoras e intérpretes. El Viceministerio de Interculturalidad promueve la participación efectiva de las mujeres en dichas funciones.

Creemos que la norma de la Propuesta de Gobierno debiese recoger los elementos contemplados en la normativa peruana, puesto que una asistencia técnica especializada apoyada con recursos económicos ayudaría a eliminar o disminuir la asimetría de información existente al momento de consultar sobre alguna medida administrativa o legislativa susceptible de afectar los pueblos indígenas. Para que se pueda llevar a cabo una verdadera negociación que busque llegar a un acuerdo, se debe eliminar la asimetría de información y en consecuencia de poder entre el Estado y los pueblos indígenas. Para ello, los pueblos indígenas deben contar con asistencia técnica, expertos en las materias evaluadas financiados por el Estado y exclusivamente al servicio de éstos, permitiendo así mitigar la asimetría de poder.

4.14. Conclusión

Como hemos analizado hasta ahora, si bien la Propuesta efectuada por el Gobierno ha significado un avance en ciertas materias, empezando por la forma en que se está elaborando, sometiendo la Propuesta a consulta de los pueblos indígenas (a diferencia de lo ocurrido con el Decreto Supremo 124), subsisten serias deficiencias que pueden hacer dudar respecto a las intenciones del Estado de cumplir con sus compromisos internacionales.

Creemos que sería de gran utilidad tener a la vista la experiencia peruana en la materia al momento de reglamentar en Chile, atendido el nivel de

desarrollo que ha alcanzado su normativa, sin perjuicio de poder ser perfeccionada.

La regulación de la consulta previa en Perú ha sido bien evaluada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señalando al respecto que:

La denominada ‘Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo’, tal como ha sido aprobada por el Congreso de la República de Perú, es coherente con los criterios expuestos arriba, que se basan en una lectura del Convenio No. 169 y de otros instrumentos internacionales aplicables²⁵⁶.

En la misma declaración, el Relator Especial agrega que la ley de consulta previa del Perú “representaba un avance significativo dentro de la legislación nacional en materia de los derechos humanos de los pueblos indígenas, lo cual podría establecer un precedente importante como ‘buena práctica’ para otros países de la región y del mundo”²⁵⁷.

La elaboración de un nuevo reglamento que regule la consulta previa es una excelente oportunidad para cumplir con los compromisos internacionales asumidos. Dicho reglamento debe tener como objetivo proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y a su vez otorgar mayor certeza jurídica a todos los actores involucrados. Una normativa seria y completa ayudaría a crear

²⁵⁶ ANAYA, James, “Declaración sobre la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas, Perú”, 7 de julio 2010, [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/declaracion-sobre-la-ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-peru-7-julio-2010>>, [consulta: 26 de noviembre de 2012].

²⁵⁷ Ibid.

un clima de confianza con los pueblos indígenas, elemento indispensable tanto para el desarrollo de los proyectos de inversión como para los pueblos indígenas. Es por ello creemos que Chile debiese seguir con atención los comentarios y recomendación del Relator Especial, así como la experiencia de Perú en la materia.

CONCLUSIONES

La investigación permitió observar todos aquellos antecedentes relativos al desafío que implica para el Estado integrar e incorporar al ordenamiento jurídico los derechos contemplados por el Convenio N° 169 de la OIT. Para ello, se examinó la forma en que se incorpora éste al ordenamiento interno, así como su contenido, principalmente, en cuanto al aporte que significaría para el derecho de participación, a través de la consulta indígena.

Sin duda, los antecedentes históricos permiten comprender la evolución que ha experimentado la concepción de la protección a los pueblos indígenas y el derecho internacional en general. Aún más, este último, ha prosperado de tal forma, que hoy, nos encontramos frente a una era de gobernanza global, es decir, los Estados han, paulatinamente, delegado parte de su poder y soberanía en pos de la creación de nuevos sistemas de cooperación y coordinación internacional. De ese modo, la incorporación de instrumentos internacionales al derecho interno del país, tales como el Convenio N° 169, no ha estado exenta de polémicas, especialmente, en lo referente a la “eventual” autoejecutabilidad de gran parte de sus preceptos, lo que ha significado, incluso, pronunciamientos por parte de Tribunal Constitucional, siendo la tesis más acertada aquella tocante a la aplicabilidad inmediata y directa del mismo (al menos en materia de derechos de consulta), ya que se trata de una norma de derechos humanos que ingresa a nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 5° inciso 2 de nuestra CPR. En virtud de dicha disposición, los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma jerarquía interna que la ley, pero con el matiz de que gozan de protección constitucional de inderogabilidad y de no inaplicación interna.

A lo largo del trabajo, no sólo vimos aspectos conceptuales y teóricos tales como los tres tipos de participación contemplados en el Convenio – participación propiamente tal, consulta y consentimiento previo, libre e informado– sino que también definimos sus características. En efecto, la consulta es un principio inspirador del Convenio y es su piedra angular; un derecho autoejecutable y plenamente justiciable; aplicable cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas; no obliga directamente a los privados por lo tanto se aplica de forma directa a los entes colegisladores y a los órganos de la administración del Estado; es de carácter previo; debe realizarse de buena fe; mediante procedimientos adecuados tendientes a lograr acuerdos y; a través de sus instituciones representativas.

La aplicación práctica del Convenio 169 en Chile se intentó desarrollar a través del decreto supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación, el cual reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253. Dicho decreto adolece de importantes vicios de forma y de fondo que contravienen lo establecido por el Convenio 169, partiendo por el hecho que reglamenta una norma a lo menos parcialmente derogada y que a su vez no fue consultado. Por otra parte, se aleja totalmente de los estándares del Convenio, pues dispone que el objeto de la consulta será “escuchar y considerar” la opinión de los pueblos indígenas, excluyendo además de su ámbito de aplicación a ciertos órganos del Estado, tales como las municipalidades. Finalmente, el Decreto es cuestionado por cuanto reduce las medidas administrativas a nuevas políticas, planes y programas (excluyendo de esta forma los actos administrativos propiamente tales), y somete la consulta sobre las medidas legislativas únicamente a las ideas matrices de los proyectos.

Del mismo modo, la participación ciudadana en el SEIA se ha convertido en una instancia donde los proyectos sometidos a evaluación han debido desarrollar procesos de consulta. No obstante, las normas contempladas en la Ley 19.300 sobre participación ciudadana son insuficientes para dar aplicación a los estándares del Convenio, pero, atendida la autoejecutabilidad del tratado, se ha pretendido elevar los estándares de ésta. En este contexto, la dictación de la Ley N° 20.417 y la elaboración de un nuevo Reglamento del SEIA han otorgado la oportunidad de incorporar las mencionadas variables al Sistema. Sin perjuicio de lo anterior, el desarrollo práctico de la consulta del Convenio ha sido efectuado por los Tribunales Superiores de Justicia.

El proceso de consulta indígena aún carece de una regulación adecuada que permita al estado dar fiel cumplimiento a sus obligaciones internacionales. La definición y determinación de la forma en que se llevará a cabo una verdadera política pública de consulta, resulta fundamental para proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y dar certeza y seguridad jurídica a los titulares de proyectos de inversión.

En la búsqueda de soluciones a esta problemática, el Gobierno presentó la Propuesta de Reglamento de consulta indígena con fecha 8 de agosto de 2012. Sin embargo, la propuesta de reglamento en elaboración adolece aún de ciertas falencias y subsisten vicios del Decreto Supremo 124 del año 2009, tales como: i) El reglamento no contempla dentro de su marco normativo todos los instrumentos y fuentes que desarrollan y fundamentan el deber de consulta, sino sólo el Convenio 169; ii) Se excluye, nuevamente, a las municipalidades y empresas del estado de su ámbito de aplicación; iii) Entrega la regulación de la consulta indígena en caso de afectación directa por proyectos de inversión sometidos al SEIA a la Ley N° 19.300; iv) No incorpora dentro del concepto de buena fe, la disposición de llegar a acuerdos; v) Mantiene la restricción al

concepto de medida legislativa; vi) Persevera en su intención de no homologar las medidas administrativas con la definición de acto administrativo del artículo 3° de la Ley N° 19.880; entre otros.

Finalmente, para desarrollar una política pública de esta naturaleza, es fundamental insistir en la importancia de la asignación de recursos económicos y humanos especializados para llevar a cabo procesos de consultas exitosos. La asistencia técnica especializada y apoyada con recursos económicos estatales, resulta esencial para desarrollar consultas a los pueblos indígenas cada vez que se vayan a adoptar medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, haciéndose cargo de las asimetrías de información existentes y otorgando un verdadero poder negociador a los pueblos indígenas a fin de intentar llegar a un acuerdo.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

(Por orden cronológico)

MACHI FRANCISCA LINCONAO CON SOCIEDAD PALERMO LIMITADA

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 7287-2009.

Fecha

30.11.09.

Resultado

Acogido.

Ministros

Adalis Oyarzún, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Haroldo Brito y Mónica Maldonado (Fiscal Judicial).

Ministro redactor

Haroldo Brito.

Partes

Recurrente: Francisca Linconao Huircapan.

Recurrido: Sociedad Palermo Limitada.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículos 19° N°8 y 24; Convenio N° 169 de la OIT, artículos 4° N°1, 5°, 13° y 14°; Ley N° 19.300, artículos 1° y 2° letras a), b), e), g) y II); Decreto Ley N° 656 de 1925; Decreto Ley N° 2.565, artículo 1°; Ley N° 20.283, artículos 1° y 15°; Ley N° 19.253, artículos 1°, 7° y 28°; "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial", promulgada en Chile por D.S. N° 747, de 26 de Octubre de 1971, artículo 2°.

Preguntas legales

¿Existe infracción a la ley ambiental nacional y, consecuentemente, a la garantía constitucional que ampara el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por la tala de árboles y arbustos nativos por parte del dueño de un predio, que contando con un plan de manejo aprobado por la CONAF interfiere en lugares de significación indígena, a su vez, resguardados por instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT?, ¿existiría para este tipo de casos una especie de limitación al dominio?

Descripción de los hechos

Durante el año 2008 se habrían efectuado labores de tala de árboles y arbustos nativos en el fundo Palermo Chico, perteneciente al recurrido, el cual se encontraba emplazado en una zona de alta presencia indígena.

Alegaciones

La Machi Francisca Linconao funda el recurso en el “corte ilegal de árboles y arbustos nativos”, protegidos por ley atendida su proximidad a una serie de manantiales denominados “Menokos”, los cuales, además de ser sagrados para su cultura (mapuche), constituirían fuente de vida (en sí mismos). Su destrucción significa una grave afectación al ecosistema y al entorno cultural y religioso, configurando una clara infracción al artículo 5° de la Ley N° 20.283, la que condena dicha práctica, aún en los casos de contar con un plan de manejo aprobado por la CONAF. En efecto, el artículo 2° N° 12, de la misma ley, estatuye como “corta no autorizada” a “aquella que realizada con plan de manejo aprobado, se ejecutare en contravención a las especificaciones técnicas en él contenidas, especialmente respecto de intervenciones en superficies o especies distintas a las autorizadas”. Todo ello, sin mencionar la plantación de vegetación exótica en el área.

Asimismo, reclama una infracción a lo dispuesto en los artículos 13° y 14° del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a que sería obligación del Estado salvaguardar aquellas tierras, que si bien, no son exclusivamente ocupadas por los pueblos indígenas, tradicionalmente se les permite su acceso ya sea para fines religiosos y/o de subsistencia.

Por último, manifiesta que a consecuencia de lo anterior, ocurriría una vulneración a la garantía fundamental del artículo 19 N° 8 de la CPR, consistente en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, “entendiéndose el concepto de medio ambiente de acuerdo a la Ley 19.300, artículo 2° letra II), esto es incluyendo el elemento sociocultural y sus interacciones”.

A su vez, la recurrida justifica sus actividades señalando que no existiría infracción alguna a la Ley de Bosques, ya que más del tercio de su predio tendría aptitud de “preferentemente forestal”, según consta por certificado emitido por la CONAF el año 1986. De la misma manera, expresa su desacuerdo en cuanto a la existencia de manantiales o “Menokos”, resaltando que se trataría simplemente de acumulaciones esporádicas de aguas lluvias que se manifestarían en períodos de alta pluviometría.

No obstante, aclara igualmente haber realizado estudios enfocados a tomar distintas medidas de protección ambiental, verificándose, que la zona a intervenir no colindará con cursos de agua o vertientes permanentes, así como la protección de retazos de vegetación nativa dentro de la misma. También, contaría con todos los permisos y planes de manejo exigidos.

Luego, respecto a la supuesta infracción al Convenio 169 de la OIT, ostenta nuevamente su disconformidad, en razón de que el instrumento internacional sólo entraría en vigencia hasta el año siguiente, debiendo aplicarse el concepto de derecho de propiedad en su vertiente clásica.

Finalmente, informes de la CONADI y la DGA confirmarían la presencia de “Menokos” en la zona, y la CONAF la tala de bosque nativo en un sector no comprendido dentro del plan de manejo.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Temuco²⁵⁸, acoge el recurso interpuesto basándose principalmente en consideraciones doctrinales relativas a la

²⁵⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, sentencia de 16 de septiembre de 2009.

concepción amplia de medio ambiente y a la preservación de las culturas indígenas (C.4, C.5, C.6 y C.9), para luego abordar, la forma en que dichos conceptos se contendrían en el ordenamiento jurídico nacional e internacional (C.7).

En seguida, previene que los informes de la DGA, la CONADI y la CONAF serían determinantes para efectos de esclarecer los hechos, ya que confirmarían la presencia de manantiales colindantes a la zona intervenida (“Menokos”) y la tala de especies nativas. Del mismo modo, dichos actos traerían como consecuencia ineludible la infracción al artículo 19° N° 8 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) –derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación– el cual se impondría para estos efectos, al derecho de propiedad del artículo 19° N° 24 del mismo texto, que expresamente, se encontraría limitado a favor de la conservación del patrimonio ambiental (C.13).

Asimismo, en cuanto a la procedencia del Convenio 169 de la OIT, sostuvo que independientemente de su vinculación con la legislación nacional, es dable tenerlo en consideración en razón del siguiente argumento (Considerando 10°):

[...] el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los

que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Finalmente, la Corte Suprema confirma la sentencia, no obstante, con la prevención de los ministros Pierry y Araneda, respecto a eliminar toda alusión a la doctrina y tratados internacionales, atendido a que los informes de los órganos técnicos competentes bastarían para justificar la determinación del tribunal.

Conclusión

La Corte Suprema confirma la sentencia de modo que se configuraría la transgresión señalada por la recurrente, pese a no ser propietaria (en el sentido clásico) del fundo intervenido, y al contar la empresa, con un plan de manejo aprobado por la CONAF (sin duda tampoco se habría ceñido a éste). Sin embargo, la prevención de dos de sus ministros, permite inferir un desacuerdo frente a la aplicación del Convenio 169 de la OIT y la omisión de un pronunciamiento esclarecedor a su respecto.

CASO PALGUIN

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 16.403-2010.

Fecha

17.05.10.

Resultado

Rechazado.

Ministros

Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Rosa Egnem y Benito Mauriz
(Abogado Integrante).

Ministro redactor

Pedro Pierry

Partes

Recurrente: Mariano Puelman Ñanco, Longko Lof Mapu Palguín Bajo de la
Comunidad Indígena Palguín Bajo y Manuel del Carmen Rivera Huilipán,
Presidente de la Comunidad Indígena Antonio Huenuñanco.

Recurrido: COREMA de la Región de la Araucanía.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 1, 2, 6, 8, 9, 21 y 24; Convenio N° 169 de la OIT, artículos 6° y 7°; Ley N°19.253, artículo 34°; Decreto N°124/2009 de MIDEPLAN; Ley N° 19.300, artículo 11°; Decreto Supremo N° 95/2001.

Preguntas legales

¿Impide la eventual realización de una consulta indígena, el hecho de que un proyecto ingrese al SEIA por medio DIA, dadas las características “acotadas” del instrumento (no contemplaba etapa de participación, bajo ningún supuesto, a la fecha); o por el contrario, ésta sólo será procedente para los casos en que un proyecto ingrese vía EIA? Y en dicho contexto, ¿se subsumen completamente las reglas de consulta indígena implementadas por el Convenio 169 de la OIT en las normas de participación ciudadana descritas por la Ley N° 19.300?

Descripción de los hechos

Con fecha 18 de noviembre de 2007, el proyecto “Piscicultura Palguín” perteneciente a la Sociedad Agrícola Terratur Ltda ingresa al SEIA a través de una DIA. Dicho proyecto consistía en la construcción de una piscicultura destinada a producir de 80 toneladas de salmonoides por año, en terrenos situados a 800 metros aguas arriba por el río Palguín, respecto de comunidades mapuches de Palguín Bajo, en el sector Palguín, de la comuna de Pucón. El proyecto fue calificado favorablemente, a través de la Resolución Exenta N° 242 de 9 de octubre de 2009.

Alegaciones

Alegaron los recurrentes, que el proyecto habría ingresado por DIA, no obstante requerir de un EIA, haciendo caso omiso de la eventual contaminación a las aguas y de los problemas a la salud que acarrearía para los habitantes de las comunidades aledañas. Asimismo, alegan que el proyecto debió ingresar por EIA atendido las características propias de la zona, ya sea en cuanto a su componente físico –zona de interés turístico (en adelante ZOIT)– como demográfico –presencia de asentamientos indígenas– los que harían aplicable el Convenio 169 de la OIT.

A mayor abundamiento, expresan haber manifestado durante toda la evaluación ambiental del proyecto su disconformidad a través de todos los recursos e instancias ofrecidas por la ley, sin embargo, no de aquellas especiales otorgadas por la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT, la cual no habría sido aplicada. .

En consecuencia, estiman que la RCA conculcaría las garantías de derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (19° N° 1 CPR), al contaminar el río con antibióticos y sustancias a base de cloro, alterándose significativamente el ecosistema; el derecho de igualdad ante la ley (19° N° 2 CPR), al impedirles un trato de acuerdo a su calidad de etnia indígena; la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (19° N° 6 CPR), al influir sobre la cancha de Guillatún ubicada a 100 metros del río; el derecho a un medio ambiente libre de contaminación (19° N° 8 CPR); el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (19° N° 21 CPR), al impedir desplegar actividades propias del turismo, más aún en una

ZOIT; y el derecho de propiedad (19° N° 24 CPR), ya que la contaminación y los olores que provocaría la piscicultura afectarían la propiedad que tienen sobre la tierra.

Por su parte, la recurrida informa que los argumentos de la actora no tendrían cabida debido a que el proyecto antes de ser aprobado, debió someterse a una evaluación ambiental, fundada en el principio de contrariedad, que permitiría a los distintos órganos competentes revisar y cuestionar los distintos aspectos de la propuesta, sorteándolos en este caso exitosamente. Por tanto, tampoco podrían vulnerarse las garantías constitucionales reclamadas, desde que el cuestionado procedimiento tendría carácter de reglado.

De la misma manera, esgrime que no sería aplicable el Convenio 169 de la OIT, en el entendido de que en la legislación nacional, la consulta indígena estaría regulada por el DS 124/2009 de MIDEPLAN, a propósito del artículo 34° de la Ley Indígena N°19.253, el cual exigiría entre otros requisitos para hacer procedente la consulta indígena, estar frente a “una medida administrativa o legislativa”, carácter que no ostentaría la RCA, al no tener un alcance general sobre la población. Asimismo, tampoco existiría la instancia para realizar una consulta especializada, ya que la participación ciudadana sólo sería procedente para los EIA, instrumento que no concurriría en el caso. No obstante, aclara sí haber realizado “actos de socialización”, por medio de los cuales informó del proyecto a la comunidad.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Temuco²⁵⁹ acoge la acción, sosteniendo la procedencia del Convenio 169 de la OIT y de la consulta indígena contenida en los artículos 6° y 7°, normas autoejecutables según el criterio del propio Tribunal Constitucional, y por tanto constitutivas de derecho interno (C.5 y C.6). Así, precisa que el Decreto N°124/2009 de MIDEPLAN no vendría a reglamentar los citados preceptos, sino que más bien tendría por objeto regular lo señalado en el artículo 34° de la Ley N°19.253 de Fomento Indígena (C.7), la que a su vez, se complementa con el instrumento internacional que la “perfecciona y llena de contenido” (C.10).

En dicho contexto, postula la idea de una interpretación amplia del concepto de “medida administrativa” utilizado en la norma, de manera de lograr una interpretación más acorde a los objetivos perseguidos por la legislación, calificando de esta manera a la RCA (C.8).

En seguida, en razón de la omisión señalada, considera transgredidas por la autoridad ambiental las garantías contempladas en el artículo 19° N°2 y N°8 de la CPR.

Por el contrario, la Corte Suprema en sede de apelación, revoca la sentencia argumentando que no existiría antecedente alguno capaz de respaldar la decisión del tribunal *a quo*, en razón de que el deber de consulta proclamado por la norma sólo “debe cumplirse en el evento que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (C.3). Asimismo, tampoco tendría propósito someter el proyecto a un EIA

²⁵⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705-2009, sentencia de 17 de mayo de 2010.

cuando ninguno de los entes especializados reclamó del procedimiento utilizado, una vez resueltas las prevenciones formuladas (C.9), sin mencionar el hecho de que no concurrirían las circunstancias particulares del artículo 11° de la ley 19.300 (C.11).

En este sentido, estima que en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado "de manera indefectible que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11° de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación" (C.12).

En suma, al haberse concluido durante la evaluación ambiental del proyecto que no era necesaria la elaboración de un EIA, "al no reunirse los requisitos para ello, particularmente algún grado de afectación directa de las comunidades reclamantes, la autoridad sólo podía actuar de la forma que lo hizo" (C.13), y mal podría, sancionarse una actuación, que de los antecedentes reunidos, no se ha acreditado afectación o transgresión de los derechos cuya tutela fue solicitada (C.14).

Conclusión

La Corte no se pronunciaría sobre la pertinencia de presentar un EIA, considerando que se constataría de los informes de los organismos técnicos competentes durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto su improcedencia.

Del mismo modo, tampoco acogería la hipótesis de “aplicabilidad” de la consulta indígena invocada por los recurrentes, atendido a que si una “determinada afectación supone consulta, acudirían sin duda, los efectos señalados en el artículo 11° de la Ley N° 19.300. Por lo que, su obligatoriedad estaría dada por el grado de afectación que provocaría el impacto, ocurriendo sólo para los procesos de calificación de los EIA, supeditando de esa manera, las normas sobre consulta indígena a las normas sobre participación ambiental de la legislación chilena.

CASO CERRO COLO COLO

Órgano competente

Corte de Apelaciones de Concepción.

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 289-2010.

Fecha

10.08.10.

Resultado

Acogido.

Ministros

Hadolff Ascencio Molina, Cesar Panes Ramirez y Ruth Lanata Fuenzalida (abogado integrante).

Ministro redactor

Ruth Gabriela Lanata Fuenzalida.

Partes

Recurrente: Gastón Eduardo Roa Antileo, Presidente de la Comunidad Indígena Chilcoco y Juan Vicente Roa Antileo, Lonco de tal comunidad.

Recurrido: Ilustre Municipalidad de Arauco y su Concejo Municipal.

Legislación aplicable

Constitución Política de la Republica, artículos 19 N° 1, 2, 6, 8 y 24; Convenio 169 de la OIT, artículos 6° y 13°.

Preguntas legales

¿Es procedente el actuar de la Ilustre Municipalidad de Arauco, en cuanto a la intervención de un sitio declarado monumento histórico, de gran relevancia indígena, sin incluir en el proceso a dichas comunidades mediante la consulta indígena prevista por el Convenio 169 de la OIT?

Descripción de los hechos

La Ilustre Municipalidad de Arauco efectuó labores de “reconstrucción” en el Cerro Colo Colo, luego del terremoto de febrero del año 2010. Las faenas habrían comprendido la extracción de una serie de árboles que amenazaban la seguridad de los vecinos del sector, no obstante, la caída de éstos habría alterado sitios de valor cultural indígena.

Alegaciones

El reclamo tuvo ocasión en la intervención de terrenos situados en el Monumento Histórico “Cerro Colo Colo”, comprendiendo la extracción y remoción de árboles sagrados y restos arqueológicos, so pretexto de solucionar delicadas imperfecciones geológicas causadas por el terremoto.

A propósito de ello, la recurrente alegó principalmente que las faenas se habrían iniciado sin la debida consulta a los grupos indígenas afectados, vulnerándose tratados internacionales atinentes, como el Convenio 169 de la OIT y garantías fundamentales del artículo 19° N° 1, 2, 6, 8 y 24 de la CPR.

Por su parte, la recurrida alegó haber actuado ante una situación de emergencia generada por el terremoto, viéndose impedida de integrar a las comunidades en el “proceso”, debido al elevado número de éstas y a lo dilatado de aquellos procedimientos.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Concepción acogió el recurso, manifestando que lo reprochable no sería la medida llevada por la Municipalidad, sino que más bien, la falta de consulta a las comunidades indígenas correspondientes, situación que atentaría contra las obligaciones internacionales establecidas en los artículos 6° y 13° del Convenio 169 de la OIT; relativos al deber de consulta en sí, al respeto de los lugares sagrados y al valor del territorio, respectivamente (C.7).

Asimismo, tampoco tendría acogida el argumento de la recurrida, respecto de la motivación de la omisión, razones de seguridad y dilación de labores urgentes, debido a que tal como se desprendería de los hechos, se habría gestionado otro tipo de permisos y/o autorizaciones, tornando incomprensible la distinción y la falta de despliegue para el caso (exclusivo) de la consulta (C.9).

Por tanto, no la intervención, sino que la falta de consulta, teniendo certeza de la “importancia que el lugar representaría para la cultura de los

recurrentes” resulta arbitraria (C.10) e ilegal, ante la omisión de los preceptos 6° y 13° del Convenio 169 de la OIT (C.11), lo que significa en definitiva, una transgresión a la garantía fundamental del artículo 19° N°1 de la CPR, por cuanto “no cabría duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones” (C.12).

Conclusión

La Corte de Apelaciones de Concepción acogió el recurso, disponiendo que la recurrida, en la medida de sus funciones debía intervenir la zona, la manera de llevarlo a cabo no habría sido legítima. Y pese a tener conciencia de las características del sector, en cuanto a su carácter de Monumento Histórico de gran importancia para la comunidades indígenas, habría actuado parcialmente sin la debida consulta y desconociendo el valor del territorio para los mencionados pueblos.

CASO PEPIUKELÉN

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 5757-2010.

Fecha

15.09.10.

Resultado

Acogido.

Ministros

Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Sergio Muñoz y Roberto Jacob.

Ministro Prevención

Sergio Muñoz.

Ministro redactor

Pedro Pierry

Partes

Recurrente: Manuel Secundino Vera Millaquen, en su calidad de Lonko, de la Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen

Recurrido: Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda.

Legislación aplicable

Constitución Política de la Republica, artículo 19° N° 1, 2, 8, 21 y 24; Convenio 169 de la OIT, artículos 2° N° 1 y 2, 4° N° 1 y 2, artículo 5° letras a) y b), 6° N° 1 letra a) y N° 2, 7° N° 1, 3 y 4, 13° N° 1 y 2 y 14° N° 1; Ley N° 19.253, artículo 1° inciso final; Ley N° 19.300, artículo 11° letra a) y 26°.

Preguntas legales

¿Se justifica someter “la modificación” del proyecto al SEIA?, ¿Bajo qué supuestos?, ¿Procede la consulta indígena normada por el Convenio 169 de la OIT?, ¿En qué instancia?

Descripción de los hechos

La planta industrial de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda., colindante a la comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen, comenzó las labores de construcción de una “piscina” o laguna destinada a la retención de aguas lluvias. Dicha modificación al proyecto original no ingresó al SEIA.

Alegaciones

Los recurrentes alegaron que la piscina destinada a construirse en las inmediaciones de sus terrenos, tendría como objeto el almacenaje de aguas contaminadas, perjudicando el entorno en su totalidad, especialmente el Río Allipén. Asimismo, perjudicaría las actividades de etnoturismo propias de la zona, y ceremoniales-religiosas pertenecientes a su cultura.

Explicitan, que la laguna existiría de forma natural y que en ocasiones anteriores, la empresa habría vertido grandes cantidades de líquidos contaminantes, los cuales desembocaron en el río. De manera que la aprobación del proyecto por parte de la COREMA, garantizaría dicha irregularidad.

Del mismo modo, exponen que la obra ocuparía secciones de terreno pertenecientes a familias indígenas, sobrepasando los deslindes mencionados en el “proyecto original” del año 2006, sin contar con la debida aprobación de la CONADI.

Consecuentemente, juzgan infringidos sus derechos constitucionales a la vida e integridad física y psíquica, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a la igualdad ante la ley, a desarrollar una actividad económica y a la propiedad. Así también, se vulneran los derechos indígenas contenidos en la Ley N° 19.253 y el Convenio 169 de la OIT, en cuanto a la necesidad de consultar previamente a los “interesados mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean –en este caso– medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En el mismo sentido, se quebrantaría la Ley de Bases de Medio Ambiente al desatender lo pactado en la RCA N° 187 de marzo de 2006, respecto a la reutilización (dentro del proceso) de los residuos líquidos producidos por la planta.

Al respecto, la recurrida al ser consultada, hace alusión a los antecedentes del caso, manifestando falta de sustentación en la exposición de la contraria ya que en instancias anteriores, tanto judiciales como administrativas, se habría constatado la legalidad de su actuar. Atendido lo anterior, subraya que la cuestionada “construcción”, no sería más que una labor

de profundización de una laguna ya existente, que acumularía grandes cantidades de aguas lluvias, requiriendo de intervención.

Por otro lado, la CONAMA de la Región de Los Lagos informó que la operación de la empresa se mantendría dentro de los márgenes impuestos por la RCA, de manera que, no existiría transgresión alguna, desde que además, resulta habitual que los titulares de los proyectos informaran o consultaran a las comisiones ambientales, acerca de “la realización de obras, acciones o medidas no comprendidas originalmente en los proyectos evaluados, ello en consideración al artículo 8° de la Ley N° 19.300”, de forma tal, de someterse al SEIA, sólo cuando se refirieran a “cambios de consideración” en relación a la propuesta inicial, lo que no ocurriría en el caso en comento, que más bien, configuraría la situación descrita por el artículo 10° del Código de Aguas.

Por último, la CONADI advirtió que los terrenos en los cuales se desarrollaba la construcción de la piscina, materia del recurso, estarían situados en tierras indígenas.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt²⁶⁰ llega a la convicción de que la “piscina” no se encontraría “dentro del predio en que se autorizó la construcción de la Planta Industrial”, sino que en tierras indígenas, tal como lo informaría la CONADI (C.4).

Asimismo, de los antecedentes del caso, se permitiría colegir que la empresa habría aumentado la capacidad de la laguna e instalado filtros físicos para evitar el escurrimiento de cualquier contaminante, de modo que se trataría

²⁶⁰ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, sentencia de 27 de julio de 2010.

de “un sistema de decantación de aguas que puede traer contaminantes si no son retenidos por filtros físicos previamente instalados”. Dicha situación, confesada por la empresa durante la tramitación del recurso, habría puesto en duda la posición de la CONAMA respecto de que la “actividad denunciada no correspondería a ninguna de las tipologías de actividades que la ley ordena someter a evaluación”, entendiendo que “los trabajos, dragado y nuevo muro contenedor de aguas que la empresa realizaría, causarían un impacto ambiental en tierras indígenas”, debiendo someterse al SEIA, so pena de vulnerar la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (C.5, C.6 y C.7).

Sumado a lo anterior, el hecho de que la ejecución de la obra tenga lugar dentro de territorio indígena exigiría la aplicación de normas especiales, como la Ley N°19.253 y el Convenio 169 de la OIT, que indican que en los casos de “una DIA o un EIA, los pueblos indígenas deben de ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación”, la que a su vez, sería distinta de aquella contemplada en la Ley N°19.300 y tendría aplicación directa en nuestra legislación al gozar de naturaleza autoejecutable (C.9).

De la misma forma, por aplicación del artículo 13 N° 2 del citado instrumento internacional, el concepto de tierras indígenas sería más amplio que el establecido por la legislación nacional, beneficiando a la comunidad, debido a que comprende “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”, lo que para el caso ocurriría con los terrenos en cuestión, los cuales no sólo ostentan la calidad de tierra indígena, sino que conforman parte de su hábitat, más aún al considerar las actividades de “Etnoturismo” y “Fiesta Costumbrista Mapuche” (C.10).

En síntesis, al omitirse la consulta se incumple con el artículo 19° N° 2 de la CPR, es decir, el derecho de igualdad ante la ley (C.10), razón por la cual, en conjunto con la infracción a la garantía del artículo 19° N° 8 del mismo cuerpo legal, se justifica acoger el recurso interpuesto (C.11).

La Corte Suprema optó por confirmar la sentencia, no obstante lo hizo eliminando cualquier consideración al Convenio 169, motivada en que la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19° N° 8 de la CPR) bastaría para acoger la acción.

Sin perjuicio de ello, existió una prevención del Ministro Sr. Muñoz, quien estuvo por mantener el razonamiento del tribunal a quo, señalando que correspondería efectuar la consulta, atendido a que concurriría la circunstancia del artículo 11° letra a) de la Ley 19.300, y que bajo estos supuestos las garantías conculcadas serían las de artículo 19° N° 1 y 8 de la CPR.

Conclusión

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt manifestó la necesidad de que la pretendida obra entrara al SEIA, y que ya fuera por DIA o EIA, se sometiera a la consulta indígena impuesta por el Convenio 169 de la OIT, por ser éste ley de la República y una norma autoejecutable.

No obstante, la Corte Suprema eliminó toda consideración a la norma, señalando que la alteración al medio ambiente sería suficiente para acreditar la afectación, disponiéndose sólo por el voto de minoría la necesidad de efectuarse un EIA (en caso de insistir en las labores) con instancias de participación ajustadas al Convenio.

CASO DUCTO CELCO

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 4078-2010.

Fecha

14.10.10

Resultado

Rechazado.

Ministros

Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Harnoldo Brito y Roberto Jacob.

Ministro minoría.

Harnoldo Brito.

Ministro redactor

Pedro Pierry

Partes

Recurrente: Javier Nahuelpán Guilitraro, Presidente de la Comunidad Indígena Villa Nahuel; Fidel Pulquillanca Nahuelpán, Presidente de la Comunidad

Indígena Piutril; Jaime Waldemar Nahuelpán Martín, Presidente de la Comunidad Indígena Rehuelafquen; Sebastián Joel Martín Martín, Presidente de la Comunidad Indígena Kilatrayen; Sabino Segundo Nahuelpán Martín, Presidente de la Comunidad Indígena Huinculmapu; José Gumercindo Imigo Martín, Presidente de la Comunidad Indígena Rayen Quillay; Hernán Javier Martín Jerez, Presidente de la Comunidad Indígena Inalafken; María Nahuelpán Guilitraro, Presidenta de la Comunidad Indígena Leufu Mapu; Víctor Llanquimán Rivas, Presidente de la Comunidad Indígena Puringue Pobre; Germán Martín Martín, Presidente de la Asociación Indígena de Pescadores Lliu-Cuyin y Víctor Lienlaf Antilaf, Presidente de la Asociación Indígena de Pescadores Rayen Lafken.

Recurrido: COREMA de la Región de los Ríos.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 2, 6, 8 y 21; Convenio 169 de la OIT y Ley 20.249 que crea los "Espacio Costero Marítimo de Pueblos Originarios".

Preguntas legales

¿Resultan aplicables los supuestos del Convenio 169 de la OIT a un proyecto que ingresa al SEIA con anterioridad a la vigencia de éste? ¿Es conciliable (en cuanto a requisitos, características e instancia) la Consulta Indígena prevista por el Convenio con la participación ciudadana contemplada por SEIA?

Descripción de los hechos

La empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. ingresa al SEIA un proyecto denominado "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia" (19 de febrero de 2009), consistente en la instalación y operación de un sistema de eliminación de residuos de una extensión aproximada de 36,9 km, con tramos tanto terrestres como submarinos, que recorrerían desde la Planta Valdivia a la Bahía Maiquillahue (sector Mehuín, lado norte de la desembocadura del río Lingue), lugar en que comenzaría el trazo submarino de 2.075 metros, encargado de descargar los residuos líquidos tratados de Planta mediante un difusor a una profundidad de 18 metros fuera de la Zona de Protección Litoral.

El proyecto ingresado por EIA, es aprobado por la COREMA de la Región de los Ríos con fecha 24 de febrero de 2010 mediante Resolución Exenta N° 027.

Alegaciones

Los recurrentes se oponen a la calificación ambiental favorable del proyecto, luego de estimar que el procedimiento de evaluación adolecería de una serie de inconsistencias y omisiones que lo transformarían, desde su perspectiva, en ilegal y arbitrario.

Los motivos de ilegalidad estarían dados por:

Primero, por la falta de aplicación del deber de consulta contemplado por el Convenio 169 de la OIT, a pesar de las innumerables comunidades indígenas que se encontrarían a lo largo de todo el trazado de la obra.

Segundo, por no considerar como impacto ambiental “la afectación del uso consuetudinario del espacio costero marino de los pueblos originarios”, amparado por la Ley 20.249, pese a existir solicitudes por parte de diversas comunidades y asociaciones de comunidades indígenas de constitución del "Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios" (ECMPO), cuestión que se habría indicado a la empresa en diversas ocasiones.

Tercero, la inaplicabilidad del concepto de territorio del Convenio 169 de la OIT.

Todo por lo cual, resultarían transgredidas las garantías de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2 CPR); la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (Art. 19 N° 6 CPR); el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 N° 8 CPR) y el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita (Art. 19 N° 21).

Por su parte, la empresa en discordancia con lo anterior, informa que se incurriría en un error al dar por sentado el estatus de norma de derechos humanos al Convenio 169, así como también, pregonar su autoejecutabilidad, sin cuestionar, primero, las prevenciones realizadas por el TC a su respecto.

En cuanto al caso concreto, manifiesta que de todas maneras hubiese sido impracticable el proceso de consulta solicitado, ya que en el evento de haber sido procedente, debió practicarse dentro de la etapa de participación establecida para el EIA, época en que el instrumento internacional no se encontraba vigente en Chile.

Sumado a lo anterior, la RCA no tendría el carácter de medida administrativa requerido por el artículo 6° del Convenio, debido a que se configuraría como un “acto autorizatorio de efectos singulares, dirigido al titular del proyecto”, y no como un acto de carácter general, distinción por lo demás, amparada por el Decreto Supremo N° 124/09 del Ministerio de Planificación (artículo 5°).

Sin perjuicio de ello, considera que la participación ciudadana contemplada para SEIA, se ajusta con creces a los patrones exigidos por el Convenio, así como también lo habría hecho la empresa, al realizar reuniones y exposiciones a las comunidades indígenas interesadas. Sin contar además, con las medidas de mitigación, compensación y reparación ofrecidas.

En seguida, en referencia al eventual uso consuetudinario sobre el espacio costero, alega que éste no se encontraría declarado, y que su solicitud de constitución se mantendría pendiente, por lo que “mal podría ser privado, perturbado o amenazado en su ejercicio”. Del mismo modo, tampoco podría pretenderse su pronunciamiento a través de un EIA o una acción de protección, considerando que, su existencia y alcance, depende de un procedimiento especial a iniciarse en SUBPESCA, independiente de los resguardos tomados en el contexto del EIA, amparados en el artículo 11° letras c) y d). Asimismo, la mencionada solicitud no correspondería a todos los recurrentes, sino que sólo a una fracción de ellos.

A su vez, la COREMA afirma que no habría incurrido en infracción alguna al deber de consulta del Convenio 169 de la OIT, puesto que la RCA no tendría aptitud de medida administrativa, sino de acto administrativo (artículo 3° de la ley N° 19.880) y que por tanto, no resultaría aplicable la referida norma tal como señala el Decreto Supremo N° 124/09 del Ministerio de Planificación,

encargado de regular el procedimiento (ni el Convenio ni la Ley Indígena dan una definición de medida administrativa).

De igual manera, presume cierta incertidumbre respecto de que la RCA pudiese ser susceptible de afectar directamente a la comunidad indígena, entendiendo que por sí misma, no produciría los efectos temidos por los recurrentes, y que más bien se trataría de simples conjeturas de éstos, que no tendrían nexo causal con la resolución impugnada. A mayor abundamiento, la RCA sería producto de un procedimiento detallado por ley, reglado, al cual se habría sometido el cuestionado proyecto, sorteando exitosamente la sucesión de etapas.

Por otro lado, señala que indistintamente se habría cumplido con el estándar de consulta previsto por el Convenio 169 de la OIT, en razón de que el instrumento internacional vendría a complementar la legislación vigente, adecuándose armónicamente a ella por medio del SEIA, siendo perfectamente conciliable con sus principios básicos. En consonancia, asegura haber cumplido dichos cometidos durante la tramitación del EIA, en la fase de participación ciudadana, mediante reuniones de difusión por parte de la empresa y la ponderación de las observaciones de la ciudadanía por parte de la autoridad.

Por último, en cuanto al uso consuetudinario sobre el espacio costero, su defensa es concordante con la de la empresa.

En definitiva, considera que el procedimiento no habría vulnerado ninguna de las garantías incoadas, y que por el contrario, se ceñiría a toda consideración legal.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Valdivia²⁶¹ resalta la importancia de aplicar con flexibilidad las medidas impuestas por el Convenio 169 de la OIT, ajustándolas a la realidad de cada país, tal como lo precisa el artículo 34° del precepto (C.10). Así, en nuestra legislación, el Decreto 124 publicado en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación, reglamentó el artículo 34° de la Ley N° 19.253, a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas. Sin embargo, este mecanismo ya se encontraba contemplado en el artículo 26° la Ley 19.300 (el Convenio vendría a complementarla). Por tanto, mal podría el proyecto haber cumplido con el pretendido reglamento si a la fecha de su presentación –19 de febrero de 2009– la referida norma no era exigible, no obstante, ajustarse a los lineamientos de la participación ciudadana del EIA (C.11).

De la misma forma, el Decreto 124/09 exigiría que las medidas a ser consultadas tengan carácter legislativo o administrativo, dando una definición de ambas en su artículo 14°, observándose claramente su incompatibilidad con el acto administrativo impugnado, resultado de un EIA (C.12).

Luego, en lo concerniente a la existencia de usos consuetudinarios en el borde costero de la bahía de Maquillahue, manifiesta que en el evento de existir, debieron de ser considerados en la evaluación del proyecto, lo que según consta, no habría sucedido en los hechos (C.13). Tampoco estarían acreditados ante la autoridad competente, sin que se “pueda alegar válidamente la vulneración de alguna garantía constitucional, pues se trataría de meras expectativas” (C.14).

²⁶¹ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 148-2010, sentencia de 26 de mayo de 2010.

Por su parte, la Corte Suprema confirma la sentencia apelada basándose en que la consulta establecida por el Convenio 169 en su artículo 6°, tendría por finalidad “arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, pero jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina” (C.2). Ante ello, y tomando en consideración la regulación interna de cada Estado (C.6), se concluye que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a la regulación ambiental, estaría cubierto por lo dispuesto en la Ley 19.300 (artículos 26 a 31) y su reglamento, relativos de la participación ciudadana (C.7). Más aún, sería el mecanismo apropiado para permitir su desarrollo, por ser plenamente compatible en cuanto a texto y principios con el Convenio (C.11).

Así el proyecto en cuestión, durante su procedimiento de evaluación ambiental, habría cumplido plenamente con los requerimientos del artículo 6° del Convenio, en cuanto a ejecutar las consultas de “buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas” (C.9), siendo ejemplo de ello, la realización de 6 talleres de información ambiental, de tres “casas abiertas” o exposiciones, la recepción de 180 observaciones al proyecto (59 cumplieron con los requisitos) y, finalmente, que en la sesión de aprobación del mismo se escuchara a diversas organizaciones indígenas y no indígenas (C.10).

Por último, el voto de minoría estima que no se cumplió con los estándares previstos por el Convenio, ya que la labor de informar no constituiría un acto de consulta, y quien los recibe no tiene la posibilidad real de influir en la decisión. Por tanto, la RCA incumpliría con el deber general de fundamentación de los actos administrativos, al no provenir de un claro proceso de consulta,

tornándose arbitraria la resolución y vulnerando la garantía de igualdad ante la ley.

Conclusión

La Corte Suprema, a diferencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, no se vale del DS 124/09 para fundamentar la sentencia y rechazar las alegaciones de los recurrentes. Por el contrario, estima que se habría cumplido con lo prevenido por el Convenio 169 de la OIT, debido a que la ley ambiental incorporaría desde antes, dichos estándares, en la fase de participación ciudadana prevista para los EIA (como sería el caso).

CASO CARRETERA TEMUCO - LABRANZA

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 7642-2010.

Fecha

29.10.10

Resultado

Rechazado.

Ministros

Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Ricardo Peralta (Abogado Integrante) y Patricio Figueroa (Abogado Integrante).

Partes

Recurrente: Comunidad Indígena Hueche Huenulaf.

Recurrido: Empresa Constructora Ingenieros Asociados Ltda. y Ministerio de Obras Públicas.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19 N° 2° y 24°; Convenio 169 de la OIT, artículos 4°, 6° y 7°; Ley N°19.300, artículos 10° letra e) y 11° letras d) y f); DS95/2001 de MINSEGPRES; Ley N°19.253, artículo 34°; DS 124/2009 de MIDEPLAN, artículo 14° inciso 3.

Preguntas legales

¿Una carretera de las características señaladas (más abajo) debe ingresar al SEIA? Luego, independiente de su ingreso: ¿la presencia indígena en la zona haría aplicable la Consulta Indígena del Convenio 169 de la OIT, siendo que a la fecha de inicio del procedimiento de licitación de la misma, éste no se encontraba vigente?

Descripción de los hechos

El año 2005 se licitó por el Ministerio de Obras Públicas, a través de su Dirección de Vialidad, a la Empresa Constructora Ingenieros Asociados Ltda., la construcción de la Carretera Temuco-Labranza, de una longitud total de 22,513 kilómetros, consistente en la ampliación, reposición de la Ruta S-20 Temuco-Nueva Imperial - Sector Temuco Labranza, Región de la Araucanía. El proyecto no ingresó al SEIA.

Alegaciones

La comunidad recurrente funda su acción en que el proyecto sólo habría sido puesto en su conocimiento a través de los medios de comunicación, con fecha 27 de julio de 2010, pese a iniciarse el proceso de licitación el año 2005. De esta forma, se desconoce por completo la “etapa de tramitación de los diversos

actos administrativos que la ley exige para la construcción de este tipo de proyectos”.

Evidencian, que la obra no habría ingresado el SEIA, es decir, no se habría presentado ni DIA ni EIA, haciéndose caso omiso de lo señalado en el artículo 10° letra e) de la Ley N°19.300, en cuanto prescribe el ingreso al Sistema de las “autopistas y caminos públicos que pudieran afectar áreas protegidas”. Del mismo modo, tampoco se habría dado cumplimiento a la disposición del artículo 11° letras d) y f) de la mencionada Ley, que requiere de un EIA en circunstancias que un proyecto se localice en lugares próximos a una “población, recursos y áreas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; o bien si involucran la alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”; lo cual habría impedido, lógicamente, la realización de las observaciones o indicaciones pertinentes.

En el mismo sentido, manifiesta que la presencia de comunidades indígenas en la zona haría aplicable la Ley Indígena N° 19.253 y el Convenio 169 de la OIT, especialmente lo relativo a la protección indígena (artículo 4° del Convenio) y a la consulta indígena (artículo 6° y 7° del Convenio), en cuanto se promueve la aplicación de ésta última cada vez que se “prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, debiendo realizarse además, “mediante procedimientos apropiados y a través de las instituciones representativas”, lo que no habría acaecido en los hechos, verificándose sólo procedimientos de carácter informativo que no constatarían la diferencia entre el procedimiento de participación ciudadana previsto para la Ley N°19.300 y la consulta indígena.

Posteriormente, indican que las omisiones relatadas conculcan los derechos consagrados en el artículo 19º N° 2 y 24 de la CPR, a saber la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, en razón de la discriminación arbitraria y los derechos de aguas sobre la obra Agua Potable Rural Comunidad Hueche Huenulaf, matriz de agua emplazada de manera paralela a la actual vía o ruta Temuco-Labranza (respectivamente).

En oposición, el MOP manifestó que no se habría solicitado “amparo constitucional respecto de algún acto u omisión administrativa específica o determinada”, y que de todas maneras, en caso de ser admitido el recurso, éste adolecería de extemporaneidad desde que las comunidades o los afectados por las expropiaciones (que señalaran no haber participado de las reuniones realizadas el año 2006), habrían sido prevenidos del monto la indemnización provisional correspondiente, en los meses de noviembre y diciembre del año 2009, tomando conocimiento desde ese momento de la ejecución de la obra, y transcurriendo hasta la presentación de la acción incoada, un plazo mayor a los 30 días corridos exigidos por la ley.

Por otro lado, sostiene que el proyecto no cumpliría con los requisitos establecidos en el artículo 10º de la Ley N° 19.300 para ingresar al SEIA, y que mucho menos, sería acreedor de un EIA bajo las circunstancias o efectos del artículo 11º letras d) y f) de la misma ley. Precisa que la obra no tendría rango de “autopista”, tal como se desprendería de la definición del artículo 3º del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (DS95/2001 de MINSEGPRES), lo que sería corroborado a su vez, por el dictamen N° 12.659/2008 de Contraloría, que exigiría para detentar dicha calidad, situarse en los términos del artículo 3º del mencionado decreto. Igualmente, tampoco se configuraría como “camino público que pudiese afectar áreas protegidas”, atendido a que la CONAMA, mediante oficio de fecha 28 de diciembre de 2004,

que informa el listado de áreas consideradas bajo protección oficial para efectos de ingreso al SEIA, le habría negado dicho atributo a las Poblaciones Protegidas por Leyes Especiales y a las Áreas de Desarrollo Indígena.

A continuación y respecto del Convenio 169 de la OIT, argumenta la inaplicabilidad de la norma, debido a que a la fecha de inicio del procedimiento de licitación o de adjudicación del Estudio de Ingeniería del proyecto, en el año 2005, aún no había entrado en vigencia, haciéndolo recién el año 2009. Sustenta, que afirmar lo contrario sería pretender la retroactividad del Convenio, lo que iría contra su espíritu (artículo 38°) y el derecho de los tratados (artículo 28° de la Convención de Viena).

De la misma forma, señala que el DS 124/2009 de MIDEPLAN, encargado de reglamentar la consulta y la participación de los pueblos indígenas, en su artículo 14° inciso 3, no incluiría entre las medidas administrativas objeto de consulta, la “ejecución de obras públicas”, ya que no se trataría de ningún tipo de plan, programa o nueva política. No obstante, subraya haber cumplido igualmente con el propósito del precepto, al haberse realizado tres reuniones masivas a fin de recabar las apreciaciones y aprensiones de las comunidades interesadas, incluyéndose, como resultado de ellas, modificaciones al proyecto original. Ello sin mencionar el contacto con sus dirigentes, los cuales no habrían mostrado oposición al proyecto.

Añade que, en términos generales el Convenio 169 de la OIT, tal como lo indicara el TC el año 2008, debe de ser entendido como un “instrumento flexible, no reglado y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, debiendo conciliarse con el principio de participación ya reconocido a nivel nacional en las normas vigentes, sin constituir una negociación obligatoria, sino

una forma de recabar información que no resulta vinculante”, propósito alcanzado de sobra por la mencionadas reuniones.

En conclusión, niega cualquier vulneración a las garantías fundamentales de igualdad ante la ley, al haberse respetado por la autoridad en todo momento la legislación especial; y del derecho de propiedad, al no ser dueña la recurrente de los derechos de aprovechamiento de aguas, eventualmente amenazados, ni de las instalaciones de alcantarillado rural, pertenecientes a la Empresa AA S.A.

Finalmente, la Empresa Constructora Ingenieros Asociados Ltda. siguiendo el mismo curso argumentativo de la autoridad e informando en los mismos términos, solicita el rechazo de igual forma de la acción.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Temuco²⁶² rechaza la extemporaneidad del recurso, al considerar que aún cuando “el proyecto de ampliación del camino Temuco-Labranza se inició con la adjudicación del estudio de ingeniería en el año 2005, sus efectos perdurarían hasta hoy”, lo que permitie a las comunidades plantear legítimamente sus cuestionamientos (C.3).

En seguida, la Corte realiza un examen acerca de las causales y características legales y reglamentarias, que justificarían el ingreso de un proyecto al SEIA, ya sea por DIA o EIA, concluyendo que la cuestionada carretera no participaría de aquellas (C.8 y C. 9). Tal como se acreditara por el Ministerio de Obras Públicas, valiéndose de la Resolución Exenta 98/2010 de la COREMA de la Araucanía, según la cual la “Ampliación Ruta S-20, Sector

²⁶² Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1155-2010, sentencia de 27 de septiembre de 2010.

Temuco-Labranza, de la Dirección Regional de Vialidad, de la Región de la Araucanía, no requeriría ingresar y ser evaluada en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”; conclusión a la que arribaría, también, la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 12.659/2008, declarando que “de acuerdo con la preceptiva aplicable en la especie no ha existido imperativo de someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el proyecto camino internacional Ruta S20-Ch, sin perjuicio de adoptarse las medidas de mitigación ambientales que el curso del desarrollo del proyecto requiera” (C.10).

De la misma manera, en relación a las eventuales consecuencias negativas para las comunidades indígenas del sector, en el estado actual de desarrollo del proyecto, no se habría acreditado afectación alguna en sus derechos en relación a “sus tierras, vida, creencias, instituciones o bienestar”, sino que por el contrario, la construcción del camino les traería considerables beneficios (C.15). Por tanto, tampoco tendría cabida el demandado procedimiento de consulta ni existiría afectación a las garantías del artículo 19° N° 2 y 24 de la CPR (C.16, 17, 18).

No obstante, el voto de minoría del Ministro Leopoldo Llanos estuvo por acoger la acción, entendiendo que se vulneraría el derecho vigente al existir omisión de lo estipulado por los artículos 6° N° 1 letra a) y 2 y 7° N° 1 del Convenio 169 de la OIT; norma, por lo demás, autoejecutable, que instaría a la realización de un procedimiento de consulta cada vez que se previeran “medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectar directamente” a las comunidades indígenas. Señala que al no establecerse el significado de “medida administrativa” por el instrumento internacional, ni por las leyes N° 19.300 y N° 19.253, debe realizarse una interpretación acorde a un “convenio de derechos humanos”, donde la ambigüedad del concepto permitiera lograr una definición que considerara “la dignidad del hombre, el respeto,

aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales”, debiendo ser “siempre favorable a los pueblos indígenas”. Asimismo, los actos de socialización no implicarían un procedimiento de consulta, menos aún ante la inexistencia de antecedentes que avalaran la participación de los recurrentes en ellos. De manera que la instancia en la cual se encontraría el proyecto, previa a la adjudicación, permitiría su suspensión a fin de dar cumplimiento a la ley.

Por su parte, la Corte Suprema estuvo por confirmar la sentencia apelada.

Conclusión

La Corte da por acreditada la falta de “atributos” para que el proyecto ingrese al SEIA, y en ese mismo sentido, estima que las comunidades recurrentes no habrían probado afectación alguna, en contraste, con lo señalado por el oficio COREMA y el dictamen de la CGR.

Tampoco sería procedente la consulta invocada, por cuanto el Convenio 169 no se encontraba vigente a la fecha de inicio del procedimiento.

CASO PUQUIÑE

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 6062-2010.

Fecha

04.01.11

Resultado

Acogido.

Ministros

Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Harnoldo Brito, Benito Mauriz (Abogado Integrante).

Ministro redactor

Pedro Pierry

Partes

Recurrentes: Faumelisa Febe Manquepillan Calfuqueo, Presidente de la Comunidad Indígena Puquiñe; Antonio Quitrecura Vera, Presidente del Comité de Agua “Comité Agrícola Campesino Salto de Agua” y don Eduardo Moya Reyes.

Recurrido: COREMA de la Región de Los Ríos

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 1, 2 y 8; Convenio 169 de la OIT.

Preguntas legales

¿Es la “variable indígena” determinante para dilucidar la forma de ingreso de un proyecto al SEIA, es decir, inevitablemente, estando ésta en juego, sería indudable la necesidad de un EIA? ¿Es conciliable la consulta indígena prevista por el Convenio 169 de la OIT con la participación ciudadana contemplada para un EIA: se subsume la primera en la segunda o coinciden en temporalidad adoleciendo de características diferentes?

Descripción de los hechos

La Ilustre Municipalidad de Lanco ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental con fecha 28 de julio de 2009, el proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, consistente en la construcción de una estación de transferencia de residuos sólidos domiciliarios, cuya operación contemplaría la recepción y traslado de los residuos generados en las comunas de Lanco y Panguipulli para ser dispuestos, finalmente, en el futuro Relleno Sanitario de Morrumpulli, comuna de Valdivia, situado en el sector de Las Quemas, km. 14,8 del camino que une las localidades de Lanco y Panguipulli.

El Proyecto ingresado mediante Declaración Impacto Ambiental fue admitido a tramitación por la Comisión Regional de Medio Ambiente con fecha 4

de agosto de 2009, para ser calificado favorablemente por Resolución Exenta N° 041 de 5 de abril de 2010.

Alegaciones

Los recurrentes alegan que el proyecto fue aprobado sin advertir ni ponderar adecuadamente las observaciones y prevenciones realizadas por organismos públicos competentes, adoleciendo la RCA de ilegalidad manifiesta. Destacan las aprensiones relativas a la falta de claridad en la forma de disposición de las aguas lluvias; al cambio en el sistema de tratamiento de riles, respecto del presentado originalmente en la DIA, sin contar con certificado de factibilidad; y la advertencia de la presencia de asentamientos indígenas en la zona adyacente al proyecto realizados por el SAG, la SEREMI de Salud y la CONADI respectivamente.

Estiman que la mayor relevancia estaría dada por la existencia de ocho comunidades indígenas en zonas aledañas al proyecto, dedicadas a la actividad agrícola, ganadera y turística (incipiente). Agregan que la obra misma se encontraría emplazada en el sector denominado Lof Kilche, reconocido por la cultura mapuche como centro del Kimun o sabiduría.

A mayor abundancia, consideran que los mencionados factores harían aplicable lo estipulado por el artículo 11° literal c) de la Ley N° 19.300 y el artículo 8° literal c) del D.S. 95/2001 del MINSEGPRES, requiriéndose de un EIA y no de una DIA. Conjuntamente, solicitan la aplicación de los artículos 6° N° 1 literal a) N° 2 y 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT, que prescriben la necesidad de consulta indígena para situaciones como la relatada.

Concluyen que el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto no habría cumplido con la normativa constitucional vigente, a saber con el artículo 19° N° 1, 2 y 8 de la CPR, ya que la Resolución Exenta N° 041 habría sido dictada con omisión de la regulación indígena y ambiental correspondiente.

El recurrido en cambio, sostiene la improcedencia del EIA en virtud de que no concurrirían los efectos o circunstancias señalados para éste, ni tampoco los recurrentes habrían demostrado alteración significativa a sus sistemas de vida o acreditado nexo causal alguno entre los posibles o presuntos efectos y el proyecto debatido. Señala que, incluso con el fin de prevenir cualquier ilegalidad y de recabar información específica sobre los posibles impactos, el titular del proyecto habría realizado una serie de entrevistas abiertas a comuneros mapuches habitantes del sector, las cuales fueron plasmadas en un detallado informe antropológico que daría cuenta de lo ya aseverado. Por lo demás, indica haberse cumplido todas las medidas de publicidad requeridas por la ley para las DIA (artículos 30° y 31° de la Ley N° 19.300 y 54° del RSEIA), siendo publicada con fecha 1 de septiembre de 2009 en el Diario Oficial, la existencia del proyecto, remitiéndole copia de ello (para su exhibición) a la Ilustre Municipalidad de Lanco y a la Dirección Regional de Los Ríos de CONAMA.

Posteriormente, respecto de la infracción a los artículos 6° N° 1 literal a), N° 2 y artículo 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT, referentes a la consulta indígena, pretenden su inoponibilidad en atención a la naturaleza jurídica de la RCA, la cual no correspondería a una medida administrativa, sino que un acto administrativo en los términos del artículo 3° de la Ley N°19.880, en concordancia con el D.S. N° 124 de 2009 de MIDEPLAN. Además, agrega que “la resolución no sería susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que al no reunirse los requisitos para la elaboración de un Estudio

de Impacto Ambiental, no correspondía otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación”.

Dicho esto, desestima la alegada vulneración a las garantías constitucionales expresadas en el artículo 19 N° 1, 2 y 8.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Valdivia²⁶³ decretó vulneradas las garantías del artículo 19° N° 1 y 8 de la CPR (C.5), y por ende, la arbitrariedad e ilegalidad de la RCA, atendido a que no cabría duda respecto de la afectación del “ambiente en el sector donde se emplazara el proyecto alterando las condiciones de vida de las familias existentes en sectores aledaños [...] todo lo cual importaría riesgos para la vida, la integridad física y psíquicas de las personas que es deber del Estado prever y proteger”. Resalta que así lo habría acreditado la CONADI y un grupo de Concejales de la Municipalidad aludida (C.3).

En el mismo sentido, sería clara la vinculación de las comunidades indígenas aledañas a la obra con el medio ambiente que las rodea, como se constata en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que en su artículo 25° (C.4). Y en razón de ello, manifiesta la necesidad de aplicación del Convenio 169 de la OIT.

Luego, el voto de minoría estuvo por desestimar el recurso, fundado en que no se habrían acreditado las circunstancias demandadas y en que la naturaleza jurídica de la RCA no correspondería a la de una medida administrativa, haciendo impracticable la aplicación del pretendido EIA.

²⁶³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 243-2010, sentencia de 27 de agosto de 2010.

Finalmente, la Corte Suprema confirma la sentencia apelada al considerar transgredida la garantía del precepto 19° N° 8 de la Carta Fundamental, debido a que la aprobación del proyecto bajo el esquema de una DIA, indudablemente infringiría lo determinado por el artículo 11° letra a) de la Ley N°19.300, ya que “la existencia de una estación de transferencia de esa naturaleza desde luego genera riesgo para la salud de la población aledaña” (C.2), haciéndose imprescindible la realización de un EIA, bajo los estándares de la Ley N° 19.300 y el Convenio 169 de la OIT, con la correspondiente consulta indígena (C.4). Asimismo, resalta que la instancia de participación ciudadana prevista para el citado instrumento de gestión ambiental debe ajustarse a lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT (C.3).

Conclusión

La Corte Suprema estima necesario que el procedimiento de evaluación ambiental se ajuste a las características de un EIA, fundando su decisión principalmente, en la variable indígena, en la afectación al ecosistema y su hábitat. Además, insiste en que el momento propicio para dar lugar a la consulta prevista por el Convenio 169 de la OIT sería el de la participación ciudadana de la Ley 19.300.

CASO MINI CENTRAL CAYUCUPIL

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 9889-2010.

Fecha

11.04.11

Resultado

Rechazado.

Ministros

Pedro Pierry, Sonia Araneda, Carlos Künsemüller, Guillermo Silva y Arnaldo Gorziglia (Abogado Integrante).

Ministro redactor

Pedro Pierry

Partes

Recurrente: Héctor Baeza Huilipán y otros.

Recurrido: Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Región del Bio Bio.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 1, 2, 6, 8, 21 y 24; Convenio 169 de la OIT; Ley N°19.300; Ley Indígena N° 19.253.

Preguntas legales

¿Es la “variable indígena” determinante para dilucidar la forma de ingreso de un proyecto al SEIA, es decir, inevitablemente, estando ésta en juego, sería indudable la necesidad de un EIA? ¿Bajo qué supuestos la mencionada variable, sería determinante y conduciría a la consulta indígena?

Descripción de los hechos

La Sociedad Hidroeléctrica Cayucupil Ltda. presenta con fecha 8 de junio de 2009, en el marco del SEIA, una DIA con el objeto de llevar a efecto el proyecto “Mini Central Hidroeléctrica Cayucupil”, la cual consistía en una central hidroeléctrica de pasada con una potencia de 6 MW, mediante la utilización de dos turbinas Pelton de 3 MW cada una, a fin de captar las aguas del río Cayucupil, en la Comuna de Cañete. Además, la obra se emplazaría en un sector de la cordillera de Nahuelbuta, cordillera declarada zona prioritaria de protección de la humanidad, por constituir un santuario de la Biodiversidad y ser patrimonio histórico mapuche.²⁶⁴

Finalmente, el proyecto es calificado favorablemente por la Resolución Exenta N° 147 de fecha 28 de julio de 2010.

²⁶⁴ RECURSO DE PROTECCIÓN, CASO MINICENTRAL CAYUCUPILN [en línea] <http://www.parquenahuelbuta.cl/central/documentos/795727f7247841d55e6c9a80d47b23b1.pdf> [consulta: 17 de marzo de 2013].

Alegaciones

Los recurrentes solicitan que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 147/10, que calificara favorablemente el proyecto “Mini-Central Hidroeléctrica Cayucupil”, al haber sido dictada ésta con omisión de las normas aplicables al caso, tales como la Ley N° 19.300 en cuanto la procedencia de un EIA, la Ley Indígena N° 19.253 y el Convenio 169 de la OIT, transgiriéndose de esta forma, las garantías constitucionales del artículo 19 N° 1, 2, 6, 8, 21 y 24 de la CPR.

En un comienzo, señala que las características propias de la zona demostrarían la necesidad de un tratamiento especial, resaltando que el sitio en el que se proyectaría la construcción de la central sería “un sector prioritario de protección a la humanidad por constituir un Santuario de Biodiversidad, asimismo, sería considerado patrimonio histórico cultural desde tiempos ancestrales por el pueblo mapuche, además de actuar como una zona de integración, laboratorio e innovación del conocimiento del pueblo Mapuche ‘RENI’ en esa parte del territorio y zona de desarrollo indígena”.

Por tanto, indica que la inadvertencia del EIA impediría que el proyecto contara con una descripción detallada o pormenorizada, así como con una instancia de participación ciudadana o consulta, vulnerándose además lo prescrito por el Convenio 169 de la OIT, norma imperativa y autoejecutable en cuanto a la consulta indígena (artículo 6 N°1 literales a) y b)) y el territorio indígena.

A su respecto, la COREMA asegurando imparcialidad en su actuar, informó que la acción de protección presentada no sería más que una excusa para conseguir el pronunciamiento acerca del sentido y alcance del Convenio

169 de la OIT, lo que debió tratarse en un juicio de lato conocimiento. Alega que no tendría lugar la infracción demandada, desde que la RCA no calificaría como “medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas”, de acuerdo a lo estipulado por el Convenio; sino que más bien tendría carácter de acto administrativo.

Tampoco sería procedente un EIA, atendido a que el proyecto no generaría los efectos señalados por el artículo 11° de la Ley N° 19.300 y su Reglamento, tal como se habría constatado en las diversas etapas del procedimiento de evaluación ambiental (especialmente por la CONADI). Razón, que en conjunto con la falta de instancias de participación para las DIA, harían improcedente la consulta indígena.

Por último, la Sociedad Hidroeléctrica Cayucupil Ltda. advierte al igual que la COREMA, que no se habría vulnerado garantía alguna y que no sería procedente, ni un EIA ni el Convenio 169 de OIT, y que por lo demás, las DIA no observarían procedimiento de consulta o participación ciudadana alguno. Agrega que en el lugar escogido para levantar la obra no existirían comunidades indígenas ni vestigios de pueblos originarios, siendo terrenos de propiedad privada de la Forestal Mininco y dos familias del sector.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Concepción²⁶⁵ determinó que el debate radicaba en establecer, si al dictarse la resolución impugnada se habría producido alguna arbitrariedad o ilegalidad que diera como resultado el detrimento de los derechos reclamados (C.3).

²⁶⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 410-2010, sentencia de 01 de diciembre de 2010.

En dicho contexto, la Corte constató del examen de los antecedentes, que la COREMA habría seguido los lineamientos establecidos por la ley para el procedimiento, y que en particular, habrían intervenido 21 Órganos de la Administración del Estado pronunciándose acerca de la viabilidad del proyecto, descartándose entonces, la arbitrariedad de la resolución (C.5). Más aún, la CONADI, órgano especializado, no habría efectuado reparo alguno (C.7).

A mayor abundamiento, señala que no observaría ilegalidad y arbitrariedad alguna en la tramitación de la resolución impugnada, salvo que se estimara, como pretenderían los recurrentes, la modificación de la Ley N° 19.300 por parte del Convenio 169 de la OIT “imponiéndose un nuevo requisito, bajo la fórmula de un derecho fundamental” (C.8) que, sin embargo, no primaría *per se* “sobre el resto del ordenamiento jurídico, toda vez que habría que situarlo dentro del modelo sistemático que adopta nuestra organización jurídica” (C.9).

Del mismo modo, estima ajeno al ámbito de la protección determinar si la consulta prevista por el Convenio 169 de la OIT es exigible para las DIA, ya que se aludiría a la naturaleza jurídica de la resolución exenta, lo que sería materia de otro tipo de procedimiento (C.10)²⁶⁶.

En efecto, aclara que de “concluirse que la consulta es una nueva exigencia de la DIA”, esta no implicaría de por sí la ilegalidad del asunto, ya que la misma podría conducir (hipotéticamente) a la aceptación del proyecto

²⁶⁶ Cita el criterio utilizado por la Corte Suprema en la causa Rol N° 8023-2009 de sentencia de fecha 26 de enero de 2010: "siendo el propósito de la actora que esta Corte dirima si las normas sobre participación ciudadana previstas en la ley 19.300, les son o no aplicables, cabe decir que ello es del todo ajeno al ámbito de esta acción de protección. En efecto, resulta improcedente solicitar a través de esta vía cautelar que la Corte emita un pronunciamiento de carácter interpretativo acerca del sentido y alcance de una norma legal, en este caso de los artículos 28 y 29 de la Ley 19300, atendida la finalidad específica que a esta acción le asigna nuestra Constitución Política, razón por la que el recurso impetrado debe ser desestimado".

impugnado “descartando el agravio que exige la protección constitucional” (C.11).

Finalmente, la Corte Suprema estuvo por confirmar la sentencia apelada, no obstante eliminar el razonamiento de la Corte de Apelaciones. Funda su decisión, en que la consulta a los pueblos indígenas “tendría por finalidad fundamental que las decisiones que atañen a estos pueblos no se tomen sin oírlos previamente” y, que sólo debe cumplirse en el evento de que “se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (C.3). Así, los antecedentes del caso darían cuenta de que el proyecto se ubicaría en un área perteneciente a empresas forestales e intervenidas por éstas, sin presencia de comunidades indígenas o material cultural (C.5). Además, enuncia que no se demostraría afectación alguna a las comunidades mencionadas en el recurso, “toda vez que no bastaría con expresiones genéricas relativas a la biodiversidad y la integración e innovación del pueblo mapuche” (C.6), considerando injustificada cualquier privación, perturbación o amenaza de las garantías constitucionales alegadas (C.7).

Conclusión

La Corte Suprema opta por no pronunciarse de manera acabada, acerca de la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT, desde que estima que sólo sería relevante para situaciones en que se justificara (probara) la presencia indígena, lo que no ocurriría en el caso en comento, en que sólo mencionarían los recurrentes ciertas calidades atribuibles a la zona sin verificar su real afectación. Tampoco se refiere a la procedencia de un EIA.

CASO AEROPUERTO DE QUEPE

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 1608-2011.

Fecha

06.05.11.

Resultado

Rechazado.

Ministros

Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Harnoldo Brito y Rafael Gómez (Abogado Integrante).

Ministro minoría.

Harnoldo Brito.

Ministro redactor

Sonia Araneda.

Partes

Recurrente: Iván Reyes Alcamán, en representación de la Comunidad Indígena Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual; Eric Jansson Catrin Lemuñir, en representación de la Comunidad Indígena José Catrín; Mario Lemuñir Huinca, en representación de la Comunidad Indígena Francisco Lemuñir; Carlos Painen Loncon, en representación de la Comunidad Indígena Antonio Cotaro; don Leonel Modesto Catriñir Coliñir, en representación de la Comunidad Indígena José Aillañir y Luis Eduardo Antimán Huenchuñir, en representación de la Comunidad Indígena Juan Antonio Antimán.

Recurrido: Ministerio de Obras Públicas.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículos 5° inciso 2, 19° N° 2 y 6, Convenio 169 de la OIT, artículos 4°, 6° y 34°; Ley N°19.253, artículo 34°; Ley 19.300, artículos 26° a 31°; Decreto Supremo 95/01; Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, Ley de Concesiones de Obras Públicas; y Decreto Supremo N° 956 de 1997.

Preguntas legales

¿Es factible circunscribir la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT a una etapa determinada del procedimiento de licitación, de manera tal de justificar su omisión en que a la fecha de revisarse los antecedentes relevantes para su procedencia, el tratado internacional no se encontraba vigente, no obstante, si estarlo a la fecha de otorgarse la RCA favorable?

Descripción de los hechos

El año 2007, se calificó favorablemente por Resolución Exenta N° 2406, el “Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”.

El año 2010, el MOP dicta el Decreto N° 121 destinado a concretar la adjudicación, por medio de un contrato de concesión del “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” a la empresa constructora Belfi S.A.

El proyecto se emplazaría a “20 km al Sur-poniente de la ciudad de Temuco, Región de la Araucanía, aproximadamente 3 kilómetros al costado Poniente de la Ruta 5, en el Sector de Quepe de la Comuna de Freire”.

Alegaciones

Para las 7 comunidades mapuches recurrentes, el procedimiento de licitación llevado a cabo por el MOP adolecería de arbitrariedad e ilegalidad, a causa de que estando el proceso pendiente habría entrado en vigencia el Convenio 169 de la OIT (septiembre de 2009), estableciendo “la obligación para el Estado de Chile de consultar las medidas administrativas, susceptibles de afectar a los pueblos indígenas”.

De la misma manera, la ubicación del proyecto justificaría la acción, en el entendido de que éste se encontraría situado en territorios tradicionalmente utilizados por las comunidades indígenas, y que supondrían además, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial.

Destacan que la consulta indígena se normaría por el artículo 6° del Convenio 169 y que tendría el carácter de autoejecutable. Además, el

instrumento sería un tratado internacional de derechos humanos de rango constitucional de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5° inciso 2° de la CPR; no pudiendo el Estado omitir su aplicación, aún más, en atención a la prohibición dispuesta a propósito de la Convención de Viena de realizar actos que frustren el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigencia.

Finalmente, manifiestan que la inadvertencia del precepto indicado y la localización del proyecto, significan para la comunidad la afectación y vulneración de los derechos de igualdad ante la ley (artículo 19° N°2 de la CPR) y de libertad de conciencia, manifestación de las creencias y el ejercicio de los cultos (artículo 19° N°6 de la CPR). Por ello, solicitan dejar sin efecto el Decreto N° 121 del MOP y proceder a exigir la realización de un proceso de consulta indígena de acuerdo a la ley.

El recurrido –MOP– asegura que no existiría afectación alguna para las comunidades, ya que el citado Convenio no se encontraba vigente a la fecha de adjudicación de la concesión de la obra. No obstante, aduce que a lo largo del proceso de evaluación ambiental del proyecto habrían concurrido instancias plenas de participación, pudiendo las comunidades, incluidas las recurrentes, manifestar todas sus aprensiones.

Así, tampoco se constataría la “afectación directa” y por ende, el impacto, debido a que la comunidad más cercana –Gillatue– estaría situada a 4 kilómetros de la obra, fuera del área de intervención del proyecto y lejos de sitios ceremoniales o de significación cultural.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Santiago²⁶⁷ establece que el “objetivo del Convenio no es entregar un procedimiento reglado respecto a la consulta, sino conceder este deber a los Estados, quienes a través de sus organismos la permitan” (C.6). En consecuencia, será el Estado el que definirá en concordancia a sus instituciones la mejor manera de llevarla a cabo.

Resalta que el Convenio “no es un cuerpo normativo aislado dentro del ordenamiento jurídico nacional, sino que debe integrarse armónicamente junto a las demás fuentes normativas”, tal como lo indicaría su artículo 34°, y el TC al reconocer la flexibilidad de la norma en la implementación de la consulta indígena. Situación, por lo demás, acorde con los artículos 1° y 5° de la Carta fundamental (C.7).

Así, dictamina que “la consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300”, lo cual ocurriría en el caso en comento. Y en ese sentido, las comunidades indígenas habrían tenido “una vasta participación durante el desarrollo del proyecto”, a través de reuniones técnicas, entrevistas con integrantes de ciertas comunidades, capacitaciones técnicas y la recepción de observaciones de 360 de personas naturales y 11 de personas jurídicas, entre otras (C.7).

En definitiva, estima que la “participación ciudadana en el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto, habría cumplido con las exigencias y propósitos del artículo 6° del Convenio 169”, esto es, ejecutarse de buena fe y

²⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1794-2010, sentencia de 31 de enero de 2011.

por medio de un procedimiento adecuado, con la finalidad de obtener acuerdos acerca de las medidas propuestas (C.8). Razón por la cual rechaza el recurso, considerando que una interpretación armónica de los preceptos aplicables, daría cuenta de aquella situación (C.10 y C.11).

Por el contrario, el voto de minoría²⁶⁸ estimó que el proceso de consulta no se ajustaba a lo prevenido por el artículo 6° N° 1 del Convenio 169 de la OIT, comprometiéndose la responsabilidad internacional del Estado, ya que se trataría de una medida asentada en el derecho internacional de los derechos humanos y sobre la cual reposarían el resto de las disposiciones del Convenio, según opinión del propio Comité de Expertos de la OIT (C.1/VM).

Por otro lado, consideró que si bien existe un margen de discrecionalidad para los Estados, respecto de la forma de aplicación del Convenio basado en el artículo 34° del cuerpo legal, ello no sería óbice para alejarse de su objeto esencial: “asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan” (C.3/VM).

En ese sentido, las reuniones de mera información no cumplirían con el objetivo, careciendo de buena fe y del “deseo sincero” de obtener acuerdos. Lo anterior ignora lo prescrito por los órganos de control normativo de la OIT, en cuanto a que “la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación” que contemple las costumbres y tradiciones de los pueblos consultados (C.4, C.5/VM).

²⁶⁸ Abogado Integrante Claudia Chaimovich.

Concluye, “que la decisión atacada no es consecuencia de un claro proceso de consulta” comprobándose su arbitrariedad, y configurándose la lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley (C.7/VM).

La Corte Suprema confirma la sentencia advirtiendo que un proceso de licitación consta de varias etapas, las cuales para el caso se habrían iniciado el año 2006. Luego, el acto que causa agravio a las comunidades estaría configurado por la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía", constituyendo la fase culmine del procedimiento. Por lo cual no se le haría aplicable la normativa internacional propuesta, desde que aquellos temas de relevancia para las comunidades indígenas, “a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena” habrían sido resueltos con anterioridad al cuestionado decreto, “siendo dictados o aprobados, cuando no se encontraba vigente el Convenio 169 de la OIT” (C.4).

Del mismo modo, no sería aplicable la consulta indígena contenida en el precepto, “ya que dicho procedimiento se inició con mucha antelación a la vigencia del Convenio, y a dichos actos se sujetaron de buena fe todos los terceros que participaron en la licitación” (C.5).

Por último, al igual que en primera instancia, el voto de minoría del Ministro Sr. Brito estuvo destinado a posicionar la procedencia del Convenio 169 de la OIT, fundando su postura en la consideración especial que revisten los pueblos indígenas dada su particularidad, “ello porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías” (C.1/VM).

De tal forma, el Convenio en su artículo 4°, previene la “obligatoriedad de las consultas y la participación de las instituciones representativas”, pero no con el objeto de imponer criterios, sino que con el propósito de alcanzar acuerdos de integración. Por lo que “informar no constituiría un acto de consulta”, pues la simple entrega de antecedentes no otorgaría la posibilidad real de influir en la decisión (C.2/VM).

En suma, estima que se “incumple del deber general de fundamentación de los actos administrativos”, al no ser el decreto “fruto de un claro proceso de consulta”, de manera que se transgrede, inexorablemente, la garantía de igualdad ante la ley (C.3/VM).

Conclusión

La Corte Suprema dictaminó que el Convenio 169 de la OIT, y asimismo la consulta indígena prevista por éste, no serían aplicables al caso, ya que a la fecha en que se dispuso de aquellos temas de preocupación para las comunidades indígenas, tales como la zona de ubicación del proyecto y la afectación de su cultura y religiosidad, el instrumento internacional no se encontraba vigente en el país, haciendo improcedente cualquier tipo de consideración acerca de las eventuales garantías incoadas.

CASO PROYECTO MINERO CATENAVE

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 2262-2011.

Fecha

16.06.11.

Resultado

Rechazado.

Ministros

Héctor Carreño, Sonia Araneda, Harnoldo Brito, María Eugenia Sandoval y Arnaldo Gorziglia (Abogado Integrante).

Ministro minoría.

Harnoldo Brito.

Ministro redactor

Sonia Araneda.

Partes

Recurrente: Richard Antonio Fernández Chávez y otros.

Recurrido: CONAMA.

Legislación aplicable

Constitución Política de la Republica, artículo 5° y artículo 19 N° 2; Convenio 169 de la OIT, artículo 6°, 7° y 15°; Ley N° 19.253, artículos 12°, 13° y 34°

Preguntas legales

¿Es conciliable la consulta indígena prevista por el Convenio 169 de la OIT con la participación ciudadana contemplada para un EIA: se subsume la primera en la segunda o coinciden en temporalidad adoleciendo de características diferentes?

Descripción de los hechos

Un grupo de dirigentes aymaras se enteran por medio de una carta enviada por el Director Regional de la CONAMA del EIA presentado por la Minera Southern Cooper Corporation, respecto el proyecto "Exploración Minera Proyecto Catanave".

Alegaciones

Los recurrentes interponen la acción, tras recibir una misiva que los ponía en conocimiento de estarse evaluando en el marco del SEIA, el EIA de un proyecto de exploración minera –“Exploración Minera Proyecto Catanave”– presentado por la empresa Minera Southern Cooper Corporation. Objetaban que el procedimiento de participación contemplado para el EIA no cumplía con los estándares establecidos por los artículos 6°, 7° y 15° del Convenio 169 de la

OIT, referentes a la consulta indígena; además de desarrollarse en territorio indígena ancestral protegido, dentro de la Reserva Nacional de las Vicuñas, vulnerándose los artículos 12°, 13° y 34° de la Ley Indígena.

La recurrida, en cambio, solicita el rechazo del recurso basada en que la acción habría sido deducida fuera del plazo legal, ya que se habría publicado el proyecto con anterioridad a la misiva en el diario “La Estrella de Arica” y el Diario Oficial (23.11.09), conforme lo dispondría la ley ambiental y su reglamento. Así, tampoco tendrían los recurrentes legitimidad activa pues no gozarían de un interés jurídico comprometido.

Por otro lado, advierten que concurrirían instancias plenas de participación para las comunidades durante el proceso de evaluación ambiental, atendido a que el EIA contemplaría una instancia de participación ciudadana que se ajustaría a los estándares del Convenio 169 de la OIT, tratándose entonces, de normas plenamente compatibles.

Por lo último, destaca que el proyecto no habría sido calificado a la fecha.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Arica²⁶⁹ rechaza el recurso por extemporáneo, considerando que el plazo de impugnación se contaría desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto (forma de notificación), más no desde la carta que enviara el Director Regional de la CONAMA, ya que el acto impugnado sería el EIA y no la omisión que según los recurrentes existiría en la ley y el reglamento (C.2).

²⁶⁹ Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 16-2010, sentencia de 19 de febrero de 2010.

El criterio fue confirmado por la Corte Suprema, con excepción del voto de minoría que estuvo por dejar sin efecto la RCA que daba lugar al proyecto, a fin de aplicar la consulta indígena correspondiente (artículo 6° del Convenio).

La disidencia se basó en la necesidad de considerar la particularidad de cada etnia, a modo de resguardar sus intereses en cuanto a minorías. Igualmente, señaló que el objetivo no era imponer voluntades ni el simple despliegue de información, sino que lograr un clima de acuerdo y entendimiento que permita ponderar los requerimientos de cada parte. Finalmente, indica que tal como se presentaron los hechos, existiría una clara omisión al deber de fundamentación de los actos administrativos al prescindir de la consulta indígena correspondiente, transgrediéndose, irrevocablemente, la garantía constitucional de “igualdad ante la ley”.

Conclusión

La Corte no se pronuncia sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la procedencia de la consulta o la instancia de ésta, declarando extemporánea la acción. Sin embargo, el voto de minoría advierte que ésta sería procedente y ajustada a los estándares del Convenio, ya que el simple despliegue de información no constituiría consulta.

CASO PLAN REGULADOR SAN PEDRO DE ATACAMA

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

Nº 258-2011.

Fecha

13.07.11.

Resultado

Acogido.

Ministros

Pedro Pierry, Harnoldo Brito, María Eugenia Sandoval, Jorge Lagos (Abogado Integrante), Ricardo Peralta (Abogado Integrante).

Ministro redactor

Harnoldo Brito.

Partes

Recurrente: Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y Comunidad Atacameña Toconao.

Recurrido: Comisión Regional del Medio Ambiente de Antofagasta.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 2, 6 y 21; Convenio 169 de la OIT, artículo 6°; Ley N°19.300, artículo 11° letras d), e) y f); Ley N° 19.253; Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, artículo 2.1.11

Preguntas legales

¿Es determinante la concurrencia de las circunstancias del artículo 11° de la Ley N° 19.300 para efectos de dar aplicabilidad a la consulta indígena del Convenio 169? ¿Es la participación ciudadana del EIA conciliable con la consulta indígena?

Descripción de los hechos

El 14 de abril del año 2010, la Ilustre Municipalidad de San Pedro de Atacama ingresó la DIA del proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con el fin de modificar el plan regulador vigente hasta la fecha desde el año 1998, y ajustarlo a los nuevos requerimientos.

La COREMA lo admitió a tramitación señalando la improcedencia de un EIA, y lo calificó favorablemente con fecha 9 de septiembre de 2010 por Resolución Exenta N° 275.

Alegaciones

El Consejo de Pueblos Atacameños alegó, principalmente que el proyecto hacía caso omiso de la “normativa constitucional, legal y reglamentaria, que vulneraba

los derechos constitucionales establecidos en los numerales 2 y 21 del artículo 19° de la CPR”. Más aún, que había ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vía DIA, debiendo hacerlo a través de un EIA atendido a que afectaría a poblaciones, recursos y áreas protegidas, todas ellas circunstancias previstas por el artículo 11° letras d), e) y f) de la Ley N° 19.300 y los artículos 9°, 10° y 11° de su Reglamento (sin ser ponderados por la autoridad administrativa). Agrega igualmente el recurrente, la grave infracción al deber de consulta que impondría el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

Advierten ser una población protegida por la Ley Indígena N° 19.253, al pertenecer a la étnia atacameña que históricamente había ocupado y poseído tierras comunitarias y patrimoniales, como pampas, pastizales, cerros, vegas y bofedales, en la Comuna de Atacama. Así también, la zona afectada ostentaría protección, tanto por sus recursos hídricos como por ser una zona de importantes áreas protegida, poseer santuarios de la naturaleza, monumentos históricos, entre otros, lo que redundaría inevitablemente en su calificación de zona de interés turístico y área de desarrollo indígena.

No obstante, la recurrida luego de señalar que la calificación de un proyecto sería una cuestión eminentemente técnica no susceptible de recurso de protección, insiste que de todos modos, ésta fue acertada, desde que en el caso no se constatarían los supuestos establecidos en el artículo 11° de la Ley 19.300. Asimismo, tampoco tendría cabida la consulta establecida en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de haberse otorgado una instancia de participación (previa) acorde a lo previsto en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (artículo 2.1.11).

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Antofagasta²⁷⁰, para efectos de rechazar el recurso, distingue entre la participación ciudadana realizada a instancias de la OGUC de aquella consulta contemplada por el artículo 6° del Convenio 169, en razón de que esta última, no procedería, toda vez que “de existir la afectación que supone la consulta previa, habría significado que concurrían los efectos ambientales del artículo 11° de la Ley N°19.300, tornándose indispensable el Estudio de Impacto Ambiental”, lo que no ocurriría en el caso, considerando la magnitud de la afectación reclamada (C.10).

Diferente razonamiento habría aplicado la Corte Suprema quien consideró que pese a que la modificación del plan regulador comunal tuviera como fin el desarrollo sustentable de la zona y de las comunidades originarias, éste no habría dado cumplimiento a lo establecido por los artículos 4° y 6° del Convenio 169, los cuales exigen una consulta realizada de buena fe y con la intención de arribar a acuerdos (C.7).

En ese sentido, la pretensión de la recurrida de dar por extinguidos los requerimientos de participación o consulta en el cumplimiento de lo estipulado por la OGUC, “distaría de satisfacer las especiales características del proceso cuya omisión se reprocha”, ya que el “simple despliegue de información, no constituiría un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tendrían posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde estarían localizados” (C.8).

En consecuencia, a su entender la RCA devendría en ilegal al no cumplir con “la obligación de fundamentación de los actos administrativos, por no ser

²⁷⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 782-2010, sentencia de 21 de diciembre de 2010.

fruto de un claro proceso de consulta”, lesionando la garantía de igualdad ante la ley, al negarle un trato igualitario a la comunidad afectada (C.9).

Finalmente, amparada en las mencionadas consideraciones, la Corte decide requerir la realización de un EIA ajustado a las exigencias del instrumento internacional (C.10).

Conclusión

La Corte Suprema al evaluar los antecedentes del caso estima necesario un EIA. Considera que el nivel de afectación tendría tal entidad, que indefectiblemente generaría alguno de los efectos del artículo 11° de la Ley N° 19.300, justificando por lo mismo, la procedencia consulta indígena en la instancia de la participación ciudadana prevista para el instrumento de gestión ambiental, pero bajo los estándares del Convenio 169.

MEGAPROYECTO EÓLICO CHILOÉ

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 10.090-2011.

Fecha

22.03.12.

Resultado

Acogido.

Ministros

Sergio Muñoz G., Pedro Pierry A., María Eugenia Sandoval G., Juan Escobar Z. (Ministro Suplente), Luis Bates H. (Abogado Integrante).

Ministro redactor

María Eugenia Sandoval G.

Partes

Recurrente: José Omar Guentelican Maldonado, Presidente de la Comunidad Indígena “Antu Lafquen de Huentetique”.

Recurrido: Comisión Regional de Medio Ambiente de la Región de Los Lagos.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° número 2 y 21 CPR; Ley N°19.300, artículo 11° letras d), e) y f); Convenio 169 OIT.

Preguntas legales

¿Es determinante la concurrencia de las circunstancias del artículo 11° letras d), e) y f) de la Ley N° 19.300 para efectos de no sólo justificar el ingreso del proyecto eólico al SEIA vía EIA, sino también de dar aplicabilidad a la consulta indígena del Convenio 169? ¿Es la participación ciudadana del EIA conciliable con la consulta indígena?

Descripción de los hechos

Se propone el levantamiento de un proyecto eólico –Parque Eólico Chiloé– por parte de la empresa Eco Power, consistente en 54 torres eólicas que abastecerían directamente el sistema interconectado central desde su ubicación en el sector de Mar Brava, comuna de Ancud, Chiloé.

La zona en la cual se pretendería emplazar el proyecto se encontraría cercana a varias comunidades indígenas, entre las que destaca la Comunidad Indígena “Antu Lafquen de Huentetique” (recurrente) situada a 4 kilómetros del lugar. Además, estaría próximo (400 metros) a asentamientos ancestrales que comprenderían un cementerio indígena y sectores de eventuales descubrimientos (18 hallazgos arqueológicos). Del mismo modo, se trataría de una zona de gran relevancia turística e histórica, rica en fauna marina e importante ruta de aves migratorias.

El proyecto ingresó por medio del DIA al SEIA con fecha 4 de octubre de 2010, siendo aprobado por Resolución Exenta 373/2011 de la Comisión de Medio Ambiente de Los Lagos.

Alegaciones

El recurrente alega que el mencionado proyecto debió ingresar al SEIA por medio de un EIA de conformidad a lo dispuesto por el artículo 11° de la Ley N° 19.300, y no de una DIA como ocurriera en los hechos. Igualmente, demanda la aplicación del procedimiento de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT y reclama la lesión de las garantías constitucionales del artículo 19 N° 2 y N° 21, referentes a la igualdad ante la ley y al derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita.

Fundamenta lo anterior, principalmente, en que la zona en cuestión sería de influencia indígena, existiendo Santuarios Naturales en el sector costero y humedales adyacentes a Mar Brava, que harían insoslayable la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Su omisión no haría más que vulnerar la garantía de igualdad ante la ley ya mencionada.

Además, subraya que en atención a la magnitud de la amenaza al ecosistema, rico en fauna marina (especialmente ballena azul y pingüinos Humboldt y Magallánicos), ruta habitual de aves migratorias, presencia de sitios de valor arqueológico y de comunidades indígenas, entre otros, se configurarían sin duda los supuestos del artículo 11° letras d), e) y f) de la Ley N° 19.300, haciendo procedente la aplicación de un EIA; lo que no se habría hecho en el caso, manifestando un actuar ilegal y arbitrario por parte de la autoridad ambiental.

Por su parte, la Comisión de Evaluación Ambiental de Los Lagos invoca su competencia y correcto actuar en el asunto dentro de los márgenes establecidos por la legislación sectorial, tanto en cuanto a la improcedencia del EIA como de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT.

Comienza por resaltar lo propicio del lugar de instalación de la obra, ya desde el punto de vista de su potencial eólico como en lo referente a las propiedades mismas del terreno, al tratarse de una zona rural carente de un instrumento de planificación territorial.

Apunta que durante la evaluación propiamente tal, todos los organismos competentes verificaron el cumplimiento de las observaciones realizadas a la empresa, dejándolo detallado informe en la RCA emitiendo incluso, dos “Informes Consolidados de Solicitudes de Aclaración, Rectificación y Ampliación” que solucionarían las observaciones de los Órganos del Estado al proyecto, asegurando la cobertura de cada tema de consideración de manera detallada. Se estimo por tanto, en atención a las características del proyecto, que la DIA era el instrumento adecuado para su evaluación.

Luego, en relación a los supuestos del artículo 11° letras d), e) y f) de la Ley N° 19.300, enfatiza su no concurrencia, en atención a diversos factores:

En primer lugar, señala que si bien es cierto que el proyecto se encontraría cercano a tres comunidades indígenas, éstas habrían sido resguardadas en sus intereses durante todo el proceso por medio de los mencionados informes consolidados, diferentes actividades de socialización voluntaria y la intervención de la CONADI como órgano “garante”.

En segundo lugar, en cuanto al valor turístico y paisajístico de la zona, es decir, la eventual transgresión al artículo 11° letra e) de la Ley 19.300, indica ser uno de los aspectos más relevantes en la construcción de parques aerogeneradores, razón por la cual se habría puesto acento en la elaboración de informes pormenorizados al respecto, salvaguardándose a requerimiento (principalmente) de la Ilustre Municipalidad de Ancud y del SERNATUR los sectores del Humedal Quilo, Playas de Mar Brava e Islotes Puñihuil (en relación de este último por ejemplo, se mantendría una distancia de 3000 metros). También destaca el propio importe turístico de este tipo de obra, como factor de atracción para turistas, según la experiencia en otros lugares del país.

En tercer lugar, en cuanto a la alteración de monumentos, sitios de valor arqueológico e histórico según lo referido en el artículo 11° letra f) de la Ley N° 19.300, tales como Islote Puñihuil, sitio Quilo, 18 sitios arqueológicos que constituyen hallazgos y Playa Rosaura, aseguran que existe información y medidas apropiadas para su amparo y que se habrían impuesto múltiples obligaciones de mantención y conservación de los hallazgos arqueológicos efectuados con motivo de los estudios previos al sitio.

Finalmente, respecto a la eventual procedencia de la consulta indígena de los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT, estima su inaplicabilidad desde que la comunidad indígena se encuentra fuera del área de influencia del proyecto eólico, por lo que la DIA no constituiría una medida administrativa susceptible de afectarlos directamente.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt²⁷¹ estimó que la resolución impugnada (RCA) no acarrearía por sí misma agravio ni amenaza alguna para los recurrentes y sus pretensiones, al ser un acto administrativo de opinión y no uno de resultado, tornando la acción presentada en una especie de especulación frente a posibles escenarios (C.6).

En el mismo sentido, determina que la resolución es fruto de un procedimiento que consta de una serie de instancias, en las cuales los órganos sectoriales competentes hacen sus observaciones y prevenciones, de modo de que las demandas del recurrente tienen que ver con “aspectos que no fueron concretados por la RCA, sino que vendrían determinados por actos anteriores a ella”, entre los cuales destaca el informe favorable de CONADI (C.7).

A mayor abundamiento, no existiría afectación directa a las comunidades indígenas aledañas por lo que la solicitud de aplicación del Convenio 169 de la OIT, específicamente de su artículo 6°, no resultaría pertinente. No obstante, en el evento de situarse en una posición contraria, subraya que el instrumento internacional requeriría de una consulta indígena bajo los estándares de un “procedimiento apropiado”, el cual sería perfectamente conciliable (y suficiente) con el principio de participación recogido por la Ley N° 19.300 y la Ley N° 19.253. De esta manera, la oportunidad entregada a los recurrentes habría sido la propicia, además de cumplir con las exigencias de buena fe, atención a las circunstancias y consenso, tal como se constataría de la RCA²⁷². (C.8)

²⁷¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 239-2011, sentencia de 11 de octubre de 2011.

²⁷² Nota: En el considerando noveno, cita el razonamiento de la Corte Suprema, en el caso Ducto Celco (Rol N° 4078-2010), para dar respaldo a la posición que sostiene como conciliable y suficiente para cumplir con los estándares de la consulta indígena la participación ciudadana establecida en la Ley 19.300.

Por su parte, el voto de minoría adopta la posición tendiente a exigir un EIA y la aplicación del Convenio 169 de la OIT, en razón de las características del terreno y su gran valor arqueológico y antropológico (C.1/VM), el informe de la CONADI respecto de los 18 hallazgos arqueológicos (C.2/VM), el concepto de territorio indígena (C.3/VM) y la aptitud del EIA para dar cumplimiento efectivo a los pautas entregadas por el Convenio.

En sede de apelación, la Corte Suprema señala que el argumento de la recurrida, en cuanto a que el proyecto no generaría ninguno de los efectos del artículo 11° de la ley 19.300 haciendo improcedente el EIA, no se condeciría en los hechos con los 18 hallazgos arqueológicos manifiestos desde un principio (“Línea de base de aspectos culturales y arqueológicos”) y encasillables dentro de la hipótesis del artículo 11° letra f) de la Ley N° 19.300. Añade, asimismo, que “debieron ser considerados para someter el referido proyecto a un EIA, para así dar cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT” (C.7).

Por otro lado, en relación a las instancias de participación “voluntaria” que se aducen, éstas distarían bastante de cumplir con los requisitos impuestos para la consulta en el Convenio 169, ya que significan un simple despliegue de información que no confiere posibilidades reales de influir a la Comunidad Huilliche interesada (C.8). En ese sentido, la RCA devendría inexorablemente en un acto administrativo carente de fundamento, al no ser “fruto de un claro proceso de consulta”, vulnerándose la garantía de igualdad ante la ley con la ilegalidad de su decisión (C.9).

Por todo lo anterior, se acoge el recurso dejando sin efecto la RCA, requiriendo para la aprobación del proyecto de un EIA con una participación ajustada a los patrones del Convenio 169 de la OIT.

Conclusión

La Corte Suprema reduce la discusión del fallo a la coyuntura de la presentación de un EIA, y dentro de los límites de éste la consulta indígena visada por el Convenio 169 de la OIT. La instancia vendría dada por la participación ciudadana prevista para este tipo de instrumento, ajustada a la aplicabilidad y requisitos del Convenio a fin de reguardar la igualdad ante la ley de las comunidades indígenas.

CASO PROSPECCIÓN PAGUANTA

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 11.040-2011.

Fecha

30.03.12.

Resultado

Acogido.

Ministros

Sergio Muñoz, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, Juan Escobar (Ministro Suplente) y Luis Bates (Abogado Integrante)

Ministro redactor

Luis Bates.

Partes

Recurrente: Marcelo Condore Vilca, por sí y por otros comuneros de la quebrada de Tarapacá.

Recurrido: Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 2 y 8; Ley N° 19.300, artículo 11° letra d); Ley N° 19.253, artículo 26°; Convenio 169 de la OIT.

Preguntas legales

¿Es determinante la concurrencia de las circunstancias del artículo 11° letra d) de la Ley N° 19.300 para efectos de no sólo justificar el ingreso del proyecto de prospección al SEIA vía EIA, sino que además para dar aplicabilidad a la consulta indígena del Convenio 169? ¿Es la participación ciudadana del EIA conciliable con la consulta indígena?

Descripción de los hechos

Durante el año 2010, la Compañía Minera Paguanta S.A. finalizó la etapa de exploración en el sector correspondiente a su concesión minera, de aproximadamente 39 km², ubicada en la comuna de Huara, Región de Tarapacá, a 120 km al este noreste de la ciudad de Iquique (línea recta). En atención a los resultados obtenidos, solicita a través de una DIA la autorización para comenzar las labores de prospección, cuyo objetivo estaría encaminado a determinar y cuantificar los recursos y las reservas del depósito mineral, a fin de evaluar su eventual explotación.²⁷³

²⁷³ Compañía Minera Paguanta S.A. Declaración de Impacto Ambiental “Proyecto Sondajes de Prospección Paguanta” [en línea] <http://seia.sea.gob.cl/archivos/1092153040_DIA_Paguanta_Rev_0.pdf> [consulta: 5 de abril de 2013].

El proyecto habría sido calificado favorablemente por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, a través de la Resolución Exenta N° 0081 de 29 de agosto de 2011.

Alegaciones

El recurrente interpone una acción de protección en contra de la Resolución Exenta N° 0081 de 29 de agosto de 2011 que calificara favorablemente el proyecto “Sondaje de Prospección Paguanta”, atendido a que éste ingresó al SEIA por medio de una DIA debiendo hacerlo por un EIA.

En efecto, se encontraba acreditada la presencia de población indígena en la zona, dada por la concurrencia de la circunstancia del artículo 11° letra d) de la Ley N° 19.300 y el emplazamiento del proyecto en un Área de Desarrollo Indígena denominada “Jicusa Orage”; condiciones que ameritarían la procedencia de la consulta indígena bajo los estándares del Convenio 169 de la OIT.

De este modo, estiman transgredidas las garantías constitucionales del artículo 19° N° 2 y N° 8 de la CPR relativas a la igualdad ante la ley y al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, en cambio, informa que la materia en cuestión sería de exclusivo conocimiento de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental, y que por ende, la vía intentada por los recurrentes sería inadmisibles. Por lo demás, lo pretendido por la actora tendría relación con determinar el “sentido y alcance de las normas del Convenio, ante la falta de idoneidad de las normas de la Ley N° 19.300”, sobrepasándose una vez más, a su entender, los límites de la acción

cautelar.

Asegura también haber actuado legal y razonablemente durante todo el procedimiento destinado a obtener la resolución, apegándose a lo dispuesto por la legislación vigente, especialmente por la Ley N° 19.300, su Reglamento y la Ley N° 19.880. No obstante, destaca que el procedimiento comprendería un fuerte componente de discrecionalidad técnica.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Iquique²⁷⁴ pese a considerar carente de legitimación pasiva a la acción interpuesta (C.3, C.4, C.5, C.6), se pronuncia sobre el fondo del asunto, considerándola igualmente improcedente, fundado en que ésta no sería el medio procesal idóneo para resolver los aspectos planteados por el actor, más aún existiendo un procedimiento reglado de alto contenido técnico (C.11).

De la misma manera, descarta una posible arbitrariedad del órgano experto al estimar que la RCA habría sido emitida “sobre la base de múltiples documentos, informes y antecedentes, y contendría diversos fundamentos y razonamientos en que se sustentaría la decisión adoptada”, pudiendo sólo, eventualmente, vislumbrarse alguna ilegalidad respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (C.12), lo cual también habría de ser desestimado, atendido a que las poblaciones indígenas aludidas estarían situadas a 10 kilómetros de la zona de emplazamiento del proyecto, así como éste sólo tendría el carácter de actividad de prospección y no de explotación, tornándose infundado el requerimiento de un EIA en consideración, además de

²⁷⁴ Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 472-2011, sentencia de 08 de noviembre de 2011.

que el “artículo 11° de la Ley 19.300, establecería de modo taxativo los casos en que el instrumento de evaluación ambiental resultaría imperativo” (C.13).

Asimismo, desatiende cualquier “presunta infracción a la igualdad ante la ley” por inaplicabilidad del Convenio N° 169 de la OIT, ya que además de ser improcedente en atención a la “ubicación y magnitud de las labores involucradas en el proyecto”, existirían antecedentes que demostrarían la realización de “consultas y comunicaciones con las comunidades indígenas involucradas, resultando injustificada la alegación del recurrente en orden a que, de esta forma, se estaría vulnerando el Convenio antes citado, especialmente su artículo 6.1”(C.15).

Por su parte, la Corte Suprema basa su razonamiento en que sería del ámbito de su competencia, por medio de la acción cautelar, la verificación de la “legalidad y/o arbitrariedad del cuestionado acto”, no así, por el contrario, su “merito” (C.1). De manera que, en dicho contexto, y partiendo de la información recabada durante el procedimiento de evaluación ambiental, acredita que la localización del proyecto correspondería a un área de desarrollo indígena “Jiwasá Orage”, la cual estaría reconocida por el Estado a través del Decreto Supremo N° 67 del año 2001, del Ministerio de Planificación, y que por tanto, requeriría de cierta protección especial, tal como se desprendería del artículo 26° de la Ley N° 19.253 (C.6) y de los informes emitidos por la CONADI al tenor de los hechos (C.7).

Indica que el citado organismo habría manifestado su preocupación en torno a la calidad de la zona y a los asentamientos indígenas aledaños a la obra, pertenecientes a la Comunidad Indígena Aymara de Cultane, informando, en consecuencia, la necesidad de someter el proyecto a un EIA “que estableciera con rigurosidad y competencias profesionales el estado o línea

base del entorno de emplazamiento del proyecto, de manera tal que le permitiera al titular establecer líneas de acción o medidas para evitar efectos no deseados en el ADI”. Así como, de la pertinencia de la consulta indígena bajo los lineamientos del artículo 34° de la Ley 19.253, del DS N° 124/09 y artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, esclareciendo que las “reuniones y talleres de socialización, no reunirían las cualidades de suficiencia para acreditar la no afectación de las Comunidades Indígenas asentadas en el área de influencia del proyecto” (C.7).

En defecto de lo anterior, la Corte confirma la falta de consideración a los cuestionamientos de la CONADI, disponiendo la insuficiencia de las actividades de socialización propuestas, así como también, la falta de idoneidad de la DIA para la presentación del proyecto, debiendo éste reingresar al SEIA por medio del instrumento adecuado: un EIA (C.8). Estima, principalmente, que las instancias de participación aducidas por el recurrido “distarían mucho de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha”, en el entendido de que las comunidades no tendrían “posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del proyecto” (C.9).

Decide, por tanto, acoger el recurso interpuesto de manera de dejar sin efecto la RCA, por incumplimiento al deber de fundamentación de los actos administrativos, al no ser fruto de un claro proceso de consulta y lesionar la garantía de igualdad ante la ley (C.10 y11).

Conclusión

La Corte se pronunció sobre la pertinencia de presentar un EIA, así como de la necesidad de realizar la consulta indígena prevista por el Convenio 169 de la

OIT, por cuanto el proyecto se encontraría emplazado en un área de desarrollo indígena “Jiwasa Orage”.

La consulta procedería a instancias de la participación ciudadana del mencionado instrumento de gestión ambiental, considerando las exigencias y particularidades del Convenio.

Manifiesta además que las reuniones informativas no revisten el carácter de consulta.

CASO EL MORRO: “COMUNIDAD AGRICOLA LOS HUASCO ALTINOS CON COMISION DE EVALUACION III REGION DE ATACAMA”

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 2211-2012.

Fecha

27.04.12.

Resultado

Acogido.

Ministros

Pedro Pierry, Sonia Araneda, María Eugenia Sandoval, Alfredo Prieto (Abogado Integrante) y Arturo Prado (Abogado Integrante).

Ministro redactor

Oscar Clavería Guzmán (Corte de Apelaciones).

Partes

Recurrente: Sergio Fernando Campusano Vilches, Presidente de la Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos.

Recurrido: Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama.

Legislación aplicable

Constitución Política de la Republica, artículo 19° N°s 2, 8, 21, 24 y 26; Ley N°19.253; Ley N° 19.300, artículos 11° letras c), d) y e), 12° letras b), c) y d) y 26°; Reglamento DS 95/01, artículo 10° letras b) y c); Convenio 169 de la OIT, artículos 6°, 7°, 15° y 16°; y Ley 19.253, artículos 9°,10° y 64°.

Preguntas legales

¿Obsta ser considerado indígena el hecho de no pertenecer a una “Comunidad Indígena reconocida” por el artículo 12° de la Ley N° 19.253?, ¿Es determinante la concurrencia de las circunstancias del artículo 11° letras c), d) y e) de la Ley N° 19.300 para efectos de dar aplicabilidad a la consulta indígena del Convenio 169? ¿Es la participación ciudadana del EIA conciliable con la consulta indígena?

Descripción de los hechos

En las comunas de Alto del Carmen, Copiapó, Freirina, Huasco y Vallenar, en la provincia de El Huasco y Copiapó, Región de Atacama, se emplazaría el proyecto minero El Morro, cuya titularidad corresponde a la Sociedad Contractual Minera El Morro.

El proyecto consiste en la “construcción y posterior operación de obras cuyo objetivo sería la producción de concentrado de cobre mediante la extracción de mineral, a través de la explotación a rajo abierto del yacimiento de cobre La Fortuna y su posterior procesamiento, obras que serían emplazadas en tres lugares distintos: Área Mina-Planta, ubicada en el sector de El Morro, Estancia Huasco Altina, 'en la cuenca de las quebradas Larga y Piuquenes,

ambas tributarias de la cuenca del Río Cazadero, el cual confluye al Río Conay'; Área Quebrada Algarrobal, que comprende desde la alta cordillera hasta el mar; y, Área Totoral, que se ubica en la zona costera del Huasco; generará diariamente 296.100 toneladas de material estéril y 90.410 toneladas de relaves, los que durante catorce años de operación alcanzarán aproximadamente 450 millones de toneladas, las que serán dispuestas en un depósito de estériles que estará contenido por un muro de una altura de 230 metros".

El proyecto ingresó mediante EIA al SEIA, siendo calificado favorablemente con fecha 14 de marzo de 2011, con motivo de la Resolución Exenta N°049 de la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama.

Alegaciones

La Comunidad de los Huasco Altino solicita dejar sin efecto la resolución aprobada y someter el proyecto a un nuevo EIA, ya que el cuestionado procedimiento de evaluación habría conculcado las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19° N° 2, 8, 21, 24 y 26 de la CPR, al incurrir en una serie de falencias y desatenciones respecto de sus "derechos territoriales, culturales y participativos de la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT, así como también los derechos de la Ley N° 19.300 y el resto de la normativa ambiental".

Señalan que la resolución impugnada no consideraría la calidad de indígenas de las tierras en las cuales se emplazaría el proyecto, debido a que la Estancia de Los Huasco Altinos, nombre con el que se conoce y se ha inscrito la comunidad conformada por tierras individuales o de sucesiones familiares integrada por 262 comuneros y sus respectivas familias, correspondiente a un

terreno de 395.000 hectáreas, les pertenecería a través del uso inmemorial, desde tiempos precolombinos por sus ancestros Diaguitas; siendo dicha propiedad regularizada el año 2007 por el Ministerio de Bienes Nacionales e inscrita en el Registro correspondiente. De esta manera, añaden que si bien la CONADI les negó la inscripción del territorio en el Registro de Tierras Indígenas por resolución N° 1179 del año 2006, al considerar que no se encontrarían entre los titulares del artículo 12° de la Ley Indígena, nunca los privó del carácter de tales.

Del mismo modo, el proyecto contemplaría el “desplazamiento de crianceros, vulnerándose derechos territoriales, de aguas, costumbres y formas de vida”, atendido a que para compensar la pérdida de un importante sector de vegas (Quebrada Larga) se adquiriría un área 1,6 veces la intervenida, con una vegetación zonal de 150,76 hectáreas para fines de conservación. Igualmente, se beneficiaría con medidas de compensación a tres familias de crianceros, a las cuales se les entregaría en reemplazo de tierras de pastoreo, ciertos terrenos que no habrían sido definidos en características por el instrumento, así como tampoco, en cuanto al mecanismo legal a utilizarse para su “intercambio”, pero que al tratarse de tierras de propiedad de los recurrentes, requerirían de expreso consentimiento de la comunidad para permutarlas, además de ciertas garantías de similitud y productividad, de acuerdo a lo dispuesto por la ley y el Convenio 169 de la OIT en su artículo 16°. Así también, existirían graves amenazas sobre los derechos de aprovechamiento de aguas de las comunidades y sobre el normal abastecimiento que de este recurso debe garantizar la autoridad, desde que la eventual destrucción de la vega y los acuíferos asociados, ríos Cazadero y Conay, importarían un perjuicio directo sobre el valle del río Tránsito, cuyos derechos les corresponderían por expresa disposición del artículo 64° de la Ley Indígena.

Consideran transgredidos sus derechos de participación, especialmente, en cuanto a lo referente al desplazamiento de miembros del pueblo indígena, sin contar con el consentimiento previo, libre e informado de éstos, según lo exigiría el Convenio 169 de la OIT en sus artículos 6°, 7°, 15° y 16°. En efecto, la medida de mitigación consistente en el traslado, ha sido propuesta de manera unilateral por el titular del proyecto. Asimismo, se habrían realizado “mesas de diálogos” sin contar con la presencia de la comunidad recurrente afectada, situación corroborada por la CONADI, quien además, habría sostenido que “las mesas técnicas no constituirían un procedimiento de consulta, ya que serían meramente informativas, aclarando que el proyecto se emplazaría en tierras indígenas, por lo que requeriría la aplicación de los estándares que en materia de derechos participativos ha establecido el citado Convenio 169 y la mesa de diálogo de ninguna forma habría permitido a los participantes incidir en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, pues se habría creado el 10 de septiembre de 2010, con posterioridad a la realización del Estudio de Impacto Ambiental”, antecedentes que no habrían sido observados (extemporaneidad).

Indican que tanto el EIA como la RCA le habrían negado la condición de organización indígena a la Comunidad Diaguita Los Huasco Altinos, calificándola sólo como una comunidad agrícola, al establecer que no tendría otro carácter al no reunir las exigencias del artículo 10° de la Ley N° 19.253, olvidando por completo de la disposición del artículo 9° de la misma norma, así como el Convenio 169 de la OIT y lo prevenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a propósito del caso 12.174 (por el cual observó la falta de consulta a dicha comunidad en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Minero Pascua Lama, violando el artículo 23° de la Convención Americana de Derechos Humanos). De esta forma, se quebrantaría también lo estipulado por la Ley N° 19.300 y su Reglamento, respecto de la adecuada evaluación de los

proyectos (artículo 16° inciso final) y de los impactos del mismo, relativos en este caso al reasentamiento de comunidades humanas y a la alteración significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 11° literales c), d) y e)). Ello sin mencionar lo previsto por leyes especiales, como la Ley Indígena N°19.253 y el D.F.L. N° 5 sobre Comunidades Agrícolas.

También existiría una infracción al principio preventivo que informa al SEIA, debido a que pese a reconocerse importantes impactos, aunque incompletos, en relación a las líneas de base del proyecto, en cuanto al recurso hídrico, éstos habrían sido calificados por la RCA como “no significativos respecto de su calidad y cantidad”, así como, en consecuencia, apropiadas las medidas de mitigación y compensación ofrecidas por el ejecutor del proyecto, no condicionándose, con lo dispuesto en los artículos 11° letra b); 12° letras b), c) y d) y 16° de la Ley N° 19.300.

Finalmente, reconoce que la afectación a la flora y la fauna típica del valle del Río Huasco impactan negativamente sobre los eventuales proyectos de desarrollo turístico en la zona. Indican que la evaluación de ésta, se habría circunscrito arbitrariamente al impacto visual derivado de la construcción de las obras, contemplando sólo medidas de mitigación a este respecto, transgrediendo, por tanto, las normas de los artículos 11° letra e) y 12° letra b) de la Ley N° 19.300, y el artículo 10° del Reglamento DS 95/01, letras b) y c). Del mismo modo, existiría una importante vulneración al patrimonio de Los Huasco Altinos en sus tierras y territorios, al omitirse una descripción detallada y veraz de los sitios arqueológicos susceptibles de afectación, los cuales serían superiores al número indicado en el EIA.

En seguida, la Comisión sostuvo la improcedencia de la acción, atendido que formalmente ésta adolecería de extemporaneidad, desde que el plazo

requerido para su interposición debió contarse a partir de la publicación del acto en el expediente electrónico del proyecto de la Resolución de Calificación Ambiental. Igualmente, argumentan la carencia de legitimidad activa de los recurrentes, al estimar que éstos no demostrarían de qué forma sus derechos serían conculcados, así como tampoco ostentarían la calidad de comunidad indígena requerida para alegar la titularidad de los derechos reclamados.

En cuanto a la RCA, manifiesta que ésta es parte de un procedimiento técnico, en el cual los diferentes órganos sectoriales competentes expresan sus observaciones y aprehensiones, dando lugar incluso a diferentes informes consolidados y adendas, los que darían cuenta de la pulcritud y licitud del actuar de la autoridad ambiental. Por otro lado, tampoco correspondería, a su entender, ventilar asuntos de competencia de órganos sectoriales idóneos y relacionados con la resolución de aspectos técnicos de la evaluación ambiental del proyecto en sede jurisdiccional; siendo clara la ley ambiental en sus artículos 8° y 9°, sobre la competencia de la autoridad administrativa ambiental para pronunciarse del mérito de la evaluación ambiental de un proyecto. En definitiva, al estar en consonancia con lo dispuesto por la normativa nacional ambiental, mal podría alegarse falta de razonabilidad.

Asimismo, la RCA tendría el carácter de una autorización de funcionamiento con contenido ambiental y no conferiría derechos sobre bienes privados o públicos, tampoco sobre bienes de terceros, ni facultaría a proceder sin la obtención de las demás autorizaciones contempladas por el ordenamiento jurídico nacional, no teniendo aptitud para plantear expropiaciones, constituir servidumbres o generar gravámenes sobre bienes de dominio público o privado, ya que sólo se configuraría como un permiso sobre la viabilidad desde el punto de vista ambiental. En consecuencia, la instancia para oponerse a ella no sería

mediante acción de protección, sino que por el contrario, por medio del recurso de reclamación previsto por la ley sectorial.

Agrega que la dinámica del SEIA permite que las opiniones emitidas por los distintos órganos sectoriales no sean vinculantes para la autoridad ambiental, ya que se trataría jurídicamente de informes, en concordancia a lo dispuesto por los artículos 37° y 38° de la Ley N° 19.880. No obstante, deber ser considerados con el conjunto de otros antecedentes.

En ese sentido, la pertinencia y calificación de “apropiadas” de las medidas de mitigación, compensación y reparación, proviene de los “grados de estimación” otorgados por el artículo 11° de la Ley 19.300, que permitirían un margen de discrecionalidad a la autoridad, del cual habría hecho uso la Comisión de Evaluación.

Luego, en relación a los hechos en concreto y a las supuestas afectaciones invocadas por los recurrentes, aseguran haber tomado los resguardos necesarios a fin de compensarlos o minimizarlos, siendo así, como por ejemplo, para las tres familias de crianceros susceptibles de ser impactadas permanente por el proyecto y sus instalaciones en Quebrada Larga, se habría dispuesto la entrega de terrenos, la habilitación y generación de sectores de pastoreo alternativo de veranadas; y como respecto del patrimonio cultural y arqueológico, se habría estudiado la información entregada por la empresa y las autoridades competentes que atestiguarían la presencia de cuatrocientos ochenta y nueve sitios en la zona, de los cuales se afectarían directamente ciento cuarenta y cinco e indirectamente trescientos cuarenta y cuatro, considerándose bajo las condiciones impuestas por la autoridad, perfectamente, conciliables con la obra. Por último, sus derechos sobre actividades turísticas no serían más que meras expectativas.

Respecto a las instancias de participación o consulta indígena eventualmente omitidas, insisten en que los recurrentes no tendrían la calidad exigida para demandarla, ya que se trataría tan sólo de una comunidad agrícola compuesta por personas no necesariamente provenientes de una etnia indígena, no siéndoles aplicable la Ley Indígena o el Convenio 169 de la OIT, y pretender lo contrario, sería materia de un juicio de lato conocimiento y no de una acción cautelar. Sin embargo, añade que la familias indígenas afectadas (los crianceros) habrían sido respetados en sus derechos, teniendo acceso a las instancias del participación previstas por la ley ambiental para el EIA, adaptadas a los estándares del Convenio 169 de la OIT en su caso; instrumentos que ante la autoejecutabilidad de la norma relativa a la consulta, serían íntegramente compatibles, opinión avalada incluso por la propia Corte Suprema. Por el contrario, manifiestan que no ocurriría lo mismo con las normas de los artículos 13°, 14°, 15° del Convenio, al ser expresamente declaradas por el Tribunal Constitucional como no autoejecutables e incierto en lo tocante al artículo 16°, que no ostentaría pronunciamiento alguno, razón por la cual se habrían aplicado las medidas de mitigación, compensación y reparación ya señaladas.

Por su parte, la Sociedad Constructora y Minera El Morro se pronunció como tercero coadyuvante en los mismos términos que la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama, ya en cuanto a la extemporaneidad de la acción, como en cuanto a la legitimidad en la ponderación de las opiniones y observaciones de los organismos sectoriales, por parte de la mencionada autoridad ambiental. Agrega además, que la Comunidad Los Huasco Altinos habría tenido acceso al procedimiento de participación ciudadana realizado dentro del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, y que a mayor abundamiento, la CONADI habría convocado a mesas técnicas, invitando a los

representantes de las comunidades indígenas, las cuales continuaron desarrollándose una vez aprobado el proyecto, “incluso la propia CONADI se manifestó conforme con la Evaluación de Informe Ambiental del Proyecto, según Oficio N° 08-331/2010, por lo que resulta extraño el cuestionamiento posterior”.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Antofagasta²⁷⁵ estima improcedente el argumento relativo a la extemporaneidad de la acción, debido a que sería la RCA el acto que materializaría y concretaría los distintos actos administrativos a lo largo del procedimiento, permitiendo la continuación del proyecto minero. Así también, los recurrentes tendrían la titularidad de la misma, ya que la legitimación nace justamente de la calidad de indígena que éstos poseerían y que se encontraría reconocida por el ordenamiento jurídico nacional (C.5).

Por otro lado, comparte el criterio de la Comisión relativo a que no sería el órgano jurisdiccional el llamado a resolver asuntos de alta complejidad técnica, como los que presentarían en el curso de una evaluación ambiental, más aún existiendo organismos competentes por ley (C.8). No obstante, advierte que su actuar vendría demandado por otras normas, como serían la Ley Indígena N° 19.253 y el Convenio 169 de la OIT (artículos 6°, 7°y 15°), vigente a la luz de lo expuesto por el artículo 5° de la CPR (C.9 y C.10).

Por tanto, tal como previene la RCA respecto a la existencia de “reasantamiento de las comunidades humanas o alteración significativa del sistema de vida o costumbres de grupos humanos”, éste se habría acotado a

²⁷⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 618-2011, sentencia de 17 de febrero de 2012.

tres familias de crianceros, además de una persona que pertenece a una de estas familias y “que tiene su majada propia”, apreciándose a simple vista que los integrantes de la Comunidad Agrícola recurrente, los cuales acreditaron su calidad de indígenas, no habrían sido considerados, pese a serles aplicable la “normativa nacional e internacional referida, debiendo el EIA del Proyecto el Morro considerarlos específicamente, porque independientemente a la circunstancia que la Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos no haya tenido a la fecha de la elaboración del proyecto un reconocimiento como Comunidad Indígena, lo cierto es que sus integrantes ya individualizados tienen tal calidad y les afecta el proyecto porque se comprobó que son titulares del derecho de dominio inscrito de terrenos respecto de los cuales iniciarán las actividades de explotación la Sociedad Contractual Minera El Morro” (C.11).

Del mismo modo, la prescindencia de la Comunidad señalada “constituiría una ilegalidad protegida en la CPR que garantiza la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2)”, ya que tampoco sería suficiente el hecho de haber sido escuchados en diversas reuniones, tal como acreditarían los recurridos, atendido a que sus “integrantes no fueron considerados como indígenas”. Asimismo, nunca durante todo el desarrollo del proyecto habría existido “una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros respecto de un vasto terreno de aproximadamente 395.000 hectáreas y que se encuentra inscrito en el Conservador de Bienes Raíces de Vallenar, denominado Estancia Los Huasco Altinos” (C.11).

En consecuencia, la Corte acoge el recurso, dejando sin efecto la RCA “mientras no se complemente y se corrija el apartado relacionado a los efectos,

características y circunstancias señaladas en la letra c) del artículo 11° de la Ley N° 19.300, relativo al reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sistema de vida o costumbres de grupos humanos” (C.12). Todo lo cual fue confirmado en sede de apelación por la Corte Suprema.

Conclusión

La Corte parte por reconocer que la calidad individual de indígena de las personas pertenecientes a una Comunidad Agrícola, no considerada como Comunidad Indígena para efectos legales, sería determinante y suficiente para la aplicación del estatuto correspondiente, es decir, la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT.

Así también, permite vislumbrar que la etapa apropiada para la realización de la consulta indígena sería la de la participación ciudadana contemplada para el EIA, con la salvedad de ser llevada a cabo bajo los estándares del Convenio 169 de la OIT.

LINEA DE TRANSMISIÓN MELIPEUCO-FREIRE

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 1602-2012.

Fecha

08.06.12.

Resultado

Rechazado.

Ministros

Sergio Muñoz G., Héctor Carreño S., Pedro Pierry A., Sonia Araneda B., María Eugenia Sandoval G.

Ministro redactor

Pedro Pierry.

Partes

Recurrente: Elba Audolia Huenchumil Yañez, Presidenta de la Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipén y de la Comunidad Indígena Juan Huenchumil; Mercedes Huenulaf Tranamil, Presidenta de la Comunidad Indígena Francisco Huentro Painemil; Iris Marlene Caniullan Colicoy,

Presidenta de la Comunidad Indígena José Luis Carimán; Antonio Huenchupán Cayuqueo, Presidente de la Comunidad Curihuinca Romero; Huberto Linares Rain, Presidente de la Comunidad Juan Caniupan; y Florentino Daniel Painemil Catrilaf en su calidad de Machi del Territorio de Pedregoso.

Recurrido: Comisión Evaluadora Ambiental de la Región de la Araucanía.

Legislación aplicable

Constitución Política de la República, artículo 19° N° 2, 6 y 8; Ley N° 19.300, artículo 11° literales a), c), d) y e); DS 95/2001, artículos 8° y 9°; Convenio 169 OIT.

Preguntas legales

¿Es determinante la concurrencia de las circunstancias del artículo 11° literales a, d), e) y f) de la Ley N° 19.300 para efectos de no sólo justificar el ingreso del proyecto línea de transmisión Melipeuco-Freire al SEIA vía EIA, sino también de dar aplicabilidad a la consulta indígena del Convenio 169? ¿Es la participación ciudadana del EIA conciliable con la consulta indígena? ¿Prima el concepto de territorio indígena aportado por el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13°, por sobre la concepción tradicional de tierras indígenas del artículo 12° de la Ley N° 19.253?

Descripción de los hechos

Se solicita por parte de la empresa Enacon S.A. la construcción del proyecto "Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire", consistente en un red de de transmisión eléctrica aérea de 110 Kv de tensión, con postes de hormigón y de 98.9 km de longitud. La obra iría desde la comuna

de Melipeuco, en el sector cercano al río Triful Triful, proyectándose de oriente a poniente hasta interceptar con la línea existente de 220 Kv de TRANSELEC perteneciente al Sistema Interconectado Central, ubicado en la comuna de Freire.

El proyecto ingresado al SEIA a través de DIA, con fecha 17 de marzo de 2011, es calificado favorablemente por Resolución Exenta N°127 de 4 de octubre del mismo año.

Alegaciones

Los recurrentes reclaman la falta de consideración a la realidad indígena de la zona durante la evaluación del proyecto. Señalan que a la largo de todo su trazado, existirían 11 comunidades indígenas y otras 21 en terrenos colindantes, adoleciendo su ingreso vía DIA, tramitación y RCA de innumerables vicios.

Expresan que el proyecto debió ingresar al SEIA por medio de un EIA, ya que concurrirían los supuestos del artículo 11° literales a), c), d) y e) de la Ley N° 19.300 y su correspondiente Reglamento, al situarse éste en una zona de “asentamientos humanos que podrían ver afectada su salud por los residuos emitidos por la planta, así como la práctica de sus costumbres culturales y religiosas, en atención a pertenecer éstos a la etnia mapuche”. Más aún, indican a modo ejemplar, que la obra afectaría a lo menos a 7 sitios de significación del Territorio Maile – Allipén relativos a la celebración religiosa del Nguillatun.

Luego, en el mismo enfoque de argumentación, denuncian la infracción del deber de consulta previsto por el Convenio 169 de la OIT, lo que se

traduciría nuevamente, en la desatención absoluta del componente indígena, razón que sumada a lo anterior demostraría la transgresión a las garantías constitucionales establecidas en los numerales 2, 6 y 8 del artículo 19° de la CPR.

La recurrida, en cambio, declara que contrario a lo señalado por las comunidades, no acudirían en el caso las causales del artículo 11° de la ley invocada, desde que no se producirían, por ejemplo, reasentamientos de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, toda vez que el trazado completo de alrededor de 55 km corresponde a la ex línea férrea; no existiría proximidad a poblaciones, recursos o áreas protegidas susceptibles de ser afectadas, al tratarse de un sitio anteriormente intervenido; así como tampoco se afectaría sitios de significación cultural, al haberse mantenido considerables distanciamientos de ellos. Agrega que la información habría sido corroborada por la CONADI y el Consejo de Monumentos Nacionales.

Asimismo, informa que no existiría violación al Convenio 169 del OIT, pues no se configurarían los efectos del artículo 11° de la ley 19.300, ni menos la afectación directa que exigirían los artículos 6° y 7° del mismo. No obstante, igualmente se habrían realizado actividades de socialización e información para dar a conocer la declaración de impacto ambiental del proyecto de transmisión a las comunidades realmente “afectadas”, es decir, cuatro en la zona “de partida” de la obra, las cuales habrían mostrado su conformidad, a diferencia de las recurrentes que provendrían del sector del Radal de la comuna de Freire, donde la línea precisamente ocuparía el ex radial ferroviario EFE.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Temuco²⁷⁶ falla a favor de las comunidades, fundada en que tal como lo habría indicado la CONADI, la construcción del proyecto cruzaría ciertos terrenos calificados como indígenas, además de estar situado cerca de sitios de realización de rituales mapuches y de valor antropológico, tales como rehues, nguillatues y encuentro de caballos (C.1).

Concluye, asimismo, que concurrían los efectos y circunstancias del artículo 11° letras c) y f) de la Ley N° 19.300 y que habría omitido el deber de consulta del Convenio 169 (C.2), quebrantándose la garantía de igualdad ante la ley prevista por la CPR (19 N° 2). En consecuencia, deja sin efecto la RCA, ordenando un nuevo ingreso del proyecto al SEIA respetando los requerimientos del EIA y del Convenio (C.4).

Posteriormente, la Corte Suprema opta por rechazar la acción, en atención a que del análisis de los hechos, las comunidades reclamantes serían de aquellas colindantes al proyecto, pertenecientes a la comuna de Freire, en la cual el tendido eléctrico ocuparía el ex ramal ferroviario de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, tal como lo habría indicado la recurrida (C.3/C.9). Sentencia también, que no se trataría de tierras indígenas, ya que sólo tendrían esta calidad “aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley”, según lo constataría el artículo 12° de la ley 19.523 (C.4).

De la misma forma, señala que “no es posible vislumbrar de qué manera el tendido eléctrico podría provocar una alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los reclamantes”, tal como lo indicaran los organismos

²⁷⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 349-2011, sentencia de 20 de enero de 2012.

con competencia ambiental que intervinieron en el procedimiento de evaluación (C.5), y se desprendería de los hechos, al no acreditarse una afectación a los derechos en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar (C.6/C.7). Por lo tanto, no sería posible “constatar la ilegalidad denunciada ni la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental, al no configurarse alguna de las causales por las cuales se exige su elaboración” (C.7) y que “sin desconocer el carácter preventivo que informa al sistema de evaluación ambiental, tampoco se podría prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad en el análisis de la materia” (C.9).

Por último, en cuanto a la aplicabilidad del Convenio y su derecho a consulta, declara su improcedencia, desde que ajustado a lo relatado anteriormente, no se configuraría razonablemente el criterio de “afectación directa” requerido por la norma (C.8).

Conclusión

La Corte Suprema descarta la concurrencia de un EIA y de la consulta establecida por el Convenio 169 de la OIT, en atención a que en la zona prevista para el proyecto se emplazaría una antigua línea férrea perteneciente a EFE, por lo que no se percibiría afectación alguna para la comunidad reclamante.

Además, hace caso omiso del precepto 13° del Convenio 169 de la OIT al no considerar el concepto territorio aportado por éste, aplicando por el contrario, lo señalado por el artículo 12° de la Ley indígena.

CASO KINTUANTÜ

Órgano competente

Corte Suprema (3° Sala).

Tipo de acción

Recurso de Protección.

Rol

N° 3863-2012.

Fecha

21.09.12

Resultado

Rechazado.

Ministros

Sergio Muñoz, Pedro Pierry, Rosa Egnem, Juan Escobar (Ministro Suplente), y el Jorge Baraona (Abogado Integrante).

Ministro redactor

Sergio Muñoz G.

Partes

Recurrente: Millaray Huichalaf Pradines y otros.

Recurrido: Juan Heriberto Ortíz Ortíz.

Legislación aplicable

Constitución Política de la Republica, artículos 5° inciso 2° y 19° N° 6 y 8; Convenio 169 de la OIT, artículos 4.1°, 5°, 8.2° y 13°; Ley N° 19.253, artículos 1° inciso 2°, 7° y 28° letra f); Ley N°19.300; Ley N° 20.283.

Preguntas legales

¿Serían susceptibles de afectar o influir los derechos esenciales de las comunidades indígenas las alteraciones a terrenos que no poseen en propiedad, pero que se encuentran comprendidos dentro del concepto de territorio aportado por el artículo 13° del Convenio 169? ¿Hasta qué punto este concepto puede influir la concepción tradicional de derecho de propiedad que para el caso se encuentra representada por las pretensiones del dueño del predio?

Descripción de los hechos

La comunidad Mapuche-Huilliche habitante del territorio Maihue-Carimallin, ribera norte del río Pilmaiquén, comuna de Río Bueno, Región de Los Ríos; denuncia la tala ilegal de árboles milenarios del tipo Roble Pellín por parte del dueño de un predio cercano, cuya porción afectada correspondiente a un terreno de 2,5 hectáreas (hijuela N° 3 de Carimallin), constituiría parte esencial en las ceremonias religiosas de Ngen Mapu Quintuante.

Alegaciones

Manifiestan los recurrentes que las acciones del dueño del predio, en cuanto a la tala de varias especies de Roble Pellín, sería causante de una grave perturbación y amenaza a las bases mismas de su cultura y religiosidad. Relatan que el sector afectado estaría ubicado en el territorio Maihue-Carimallin, en la ribera norte del río Pilmaiquén, comuna de Río Bueno, Región de Los Ríos; y constituiría un “cordón de protección y parte esencial de Ngen Mapu Quintuante, espíritu que es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Willliche” a la que ellos pertenecen.

Específicamente, indican que cada año en época estival y desde tiempos ancestrales, “importantes autoridades mapuches –Lepuntufe (autoridad tradicional encargada de dirigir el Lepun) y Nguillatufe (autoridad tradicional encargada de dirigir el Nguillatun)– de las comunidades de Maihue, El Roble y Mantihue, se dirigen al mencionado sector a fin de realizar una rogativa al Ngen Mapu Quintuante y al Quilen Wentrü (espíritu Machi), los cuales vivirían y se encargarían de proteger este Renü (morada de los espíritus sagrados), donde además se encontraría el Nguillatun Ancestral (antiguo lugar donde se realizaban las rogativas locales), el Eltun (cementerio indígena), el Trayenco (cascada cascabel) y el Mecono (pantano del cual se extraen las plantas medicinales)”, siendo éstos, fundamentales para “su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica”, constituyendo en conjunto, el Ngen Mapu Quintuante, que los otorgaría protección en todo el territorio precordillerano de su comuna, debiendo permanecer, por lo mismo, sin alteración alguna.

A mayor abundamiento, sostienen que las aludidas tierras, habrían sido ocupadas pacíficamente por la comunidad en defensa del río Pilmaiquen (frente

a la amenaza de la hidroeléctrica Rucatayo) y que se encontrarían en proceso de solicitud de compra acorde al artículo 20° letra b) de la Ley N°19.253 ante CONADI.

Luego, en dicho contexto habrían advertido la tala, calificándola de ilegal, en razón de que el recurrido no contaría con un plan de manejo que la autorizase, concurriendo inmediatamente a la CONAF, a fin de iniciar un procedimiento ante el Juzgado de Policía Local de Río Bueno, el cual concluiría con una multa al dueño del predio por \$ 2.000.478.

En efecto, basan su acción en la infracción al derecho a la libertad de culto y al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantizados por la Carta Fundamental en el artículo 19° N° 6 y 8 respectivamente. La acción del recurrido supondría la afectación al normal desarrollo de sus actividades ceremoniales religiosas y a su perspectiva socio cultural del medio ambiente (en concordancia con prescrito por la CPR y el artículo 1° letra II) de la Ley N° 19.300), por lo que solicitan el término del “acto ilegal” y el libre acceso al predio.

Además, destacan el deber constitucional y legal de Estado de proteger y promover los cultos indígenas de acuerdo a lo prescrito por la CPR, la Ley Indígena N°19.253 y el Convenio 169 de la OIT (el que tendría calidad de tratado internacional de derechos humanos, formando parte de la Constitución por aplicación del artículo 5° inciso 2° de ésta).

Finalmente, resaltan la concepción de territorio introducida por el artículo 13.1° del Convenio 169 de la OIT, complementada a su vez, por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 25°) y el Convenio sobre Diversidad Biológica (artículo 8°).

Por su parte, el recurrido informa que no serían efectivas las acusaciones de los recurrentes en cuanto a la tala de bosques milenarios, sino que por el contrario, habría realizado labores urgentes de extracción de especies dañadas y aisladas de la pradera que amenazaban el tránsito de personas y ganado. Agrega que tampoco se señalaría la época de consumación de la privación, perturbación o amenaza.

Exterioriza al mismo tiempo ciertas aprensiones respecto de las peticiones concretas de los recurrentes –dícese el término de “los actos ilegales” y el “libre acceso al predio”–, sobre todo respecto de este último punto, ya que como se dijo, las denuncias relativas al primero carecerían de veracidad y sólo manifestarían el interés que tendrían las comunidades en percibir las indemnizaciones que le corresponderían por parte de la empresa eléctrica Pilmaiquén por la inundación de aproximadamente 3,5 hectáreas de su propiedad.

Agrega, que los recurrentes harían ocupaciones de su tierra, las que en ningún caso tendrían carácter de pacíficas, y sólo buscarían constituir un gravamen permanente para él, instituido en una especie de servidumbre de ocupación sin limitación y sin mediar indemnización. Aún más, no habría peticiones u ofrecimientos concretos relativos a algún tipo de delimitación geográfica o temporal.

Aplicación a los hechos (resumen de la decisión)

La Corte de Apelaciones de Valdivia²⁷⁷ comienza por hacer un análisis de la eventual infracción al artículo 19° N° 6 de la CPR, relativo a “la libertad de

²⁷⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, sentencia de 4 de mayo de 2012.

conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden publico...”(C.9), para luego recapitular sobre sus implicancias en el relato de las comunidades indígenas, ya respecto de las características del territorio afectado, como del Ngen Mapu Quintuante.

Concluye la veracidad de las circunstancias y hechos alegados por los recurrentes, basando su afirmación en los informes realizados por la encargada de la Unidad de Cultura y Educación de la CONADI de la Región de los Ríos, en relación a la certidumbre de tratarse de territorios y ceremonias esenciales para la cultura mapuche (C.10); y de la CONAF, que ratifica la tala de bosque nativo por parte del recurrido sin previo plan de manejo, así como la efectividad de la denuncia ante el Juzgado de Policía Local de Río Bueno (C.11).

Del mismo modo, destaca la relevancia del Convenio 169 de la OIT, indicando que desde su entrada en vigencia el 15 de septiembre de 2009, habría impuesto un “estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas” (C.12), tal como lo demostrarían sus artículos 2°, relativo a la promoción de los derechos indígenas; 4°, relacionado con la adopción de medidas especiales necesarias para salvaguardar todos los aspectos de la vida de los pueblos interesados; 5°, en cuanto al reconocimiento y protección de las prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos; y 13°, el cual, consagraría el respeto por parte de los gobiernos a la especial importancia que reviste para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados la relación con su tierra o territorio (C.13°).

Asimismo, se vale de lo señalado por la CIDH en el Caso Comunidad Sawhoyamaxa contra el Estado de Paraguay, para acentuar la importancia del

elemento territorio para las comunidades indígenas, refiriéndose a que “la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural” (C.14).

En suma, considerando la efectividad de los hechos y “elemental el respeto por la cosmovisión de los pueblos indígenas, lo que incluiría la forma de manifestar su religiosidad”, determina la ilegalidad del actuar del recurrido al verse vulnerada la norma constitucional del “libre ejercicio de todos los cultos” (artículo 19 N°6 de la CPR), así como el Convenio 169 de la OIT “que constituiría ley para el Estado de Chile” (C.15). No obstante, no se acreditaría lo mismo respecto del artículo 19 N° 8 de la CPR, del cual no se pronuncia mayormente (C.17).

La Corte Suprema concuerda con que la garantía del artículo 19° N° 6 de la CPR, permitiría observar el reconocimiento que debe tener el Estado frente a las diferentes “manifestaciones culturales y religiosas de los pueblos indígenas que forman parte de él” (C.5). Que lo mismo ocurriría con el Convenio 169 de la OIT, que exigiría a los Estados en su artículo 5° reconocer y proteger “los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos indígenas”, los cuales según disposición de su artículo 8°, involucrarían “la aplicación de la legislación nacional a dichos pueblos considerando sus costumbres y derecho consuetudinario” y la “conservación de sus instituciones propias”, cuidándose siempre de no ser incompatibles “con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”, así como de “no asumir las obligaciones reconocidas a todos los ciudadanos del Estado” (C.6).

Por otro lado, añade que la CPR en su artículo 19° N° 24 consagra el derecho de propiedad, asegurando su protección en sus diversas especies, entre las cuales se comprendería la propiedad indígena, regulada en características y requisitos por la Ley N° 19.253 (C.8). En definitiva, los terrenos respecto de los cuales se ha exigido acceso ilimitado no habrían sido calificados “como indígenas”, en términos del artículo 12° de la mencionada ley, ya que éste prescribiría que “son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley” (C.9).

A mayor abundamiento, tampoco sería sostenible para el máximo tribunal hablar de “ocupación pacífica” del predio recurrido, debido a que tal denominación no tendría reconocimiento en la legislación nacional, y más aún, pretender ampararla sería respaldar la “autotutela” (C.10) y la infracción al artículo 19° N° 24 de la CPR, considerando además que la ley contempla “acciones y procedimientos adecuados para obtener judicialmente el reconocimiento de tierra indígena” (C.11).

Por último, precisa que la eventual infracción a la Ley 20.283 seguiría en tramitación en la sede jurisdiccional correspondiente, a propósito de la denuncia formulada por CONAF en el mes de julio del año 2011 (C.12).

Conclusión

La Corte Suprema decidió rechazar el recurso al considerar que la garantía realmente vulnerada era la del artículo 19° N° 24 de la CPR, relativa al derecho de propiedad; desde que el actuar manifiestamente ilegal provendría de los recurrentes, que sin contar con el reconocimiento previsto artículo 12° de la Ley Indígena N°19.253, habrían ingresado a la propiedad sin autorización del

dueño, aduciendo una supuesta “ocupación pacífica”, que revestiría, sin embargo, caracteres de autotutela.

De esta manera, tampoco estimó de su competencia lo relativo a la tala de árboles milenarios, lo cual según su criterio ya se encontraría en conocimiento del juez competente.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes Legales:

Convenio N° 107, Organización Internacional del Trabajo, 1957.

Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Constitución de la República de Italia, 1947.

Constitución de la Federación Rusa, 1993.

Constitución Política de la República. Chile. 1980.

Ley N° 18.575 sobre bases generales de la Administración del Estado.

Ley N° 19.253 sobre pueblos indígenas.

Ley N° 19.300 sobre bases generales de medio ambiente.

Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

Ley N° 29.785 del derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Perú.

Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, 2009.

Decreto Supremo N° 95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, 2001.

Propuesta de gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° Y 7° del Convenio N° 169 de la OIT.

Reglamento de la Ley N° 29.785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC.

Norma de Desempeño N° 7 de Pueblos Indígenas, Banco Mundial.

II. Fuentes Doctrinarias:

ANAYA, James:

- “La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: evolución y perspectivas”, En BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, “Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas”, Temuco (Chile), Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008.

- “El proyecto de reglamento de consultas en Guatemala. Comentarios del Relator Especial, James Anaya”, 7 de febrero de 2011, [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/docs/1550.html#_ednref2>.

- “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblo indígenas en relación al documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo’”, 29 de noviembre de 2012, [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/special-reports/comentarios-a-la-propuesta-del-normativa-de-consulta-chile>>.

- “Declaración sobre la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas, Perú”, 7 de julio 2010, [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/declaracion-sobre-la-ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-peru-7-julio-2010>>.

AYLWIN OYARZÚN, José, “El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas”, En: “Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile”. Observatorio Ciudadano, Programa de derecho de los Pueblos Indígenas, 2ª ed. (10), 2010.

BENADAVA, Santiago:

- “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”, en “Nuevos enfoques del Derecho Internacional”, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- “Derecho Internacional Público”, Lexis Nexis, 8ª ed., 2004.

BERMUDEZ SOTO, Jorge, “Roles del Consejo de Defensa del Estado en la Protección del Medio Ambiente: Acción Ambiental y Recurso de Protección en Materia Ambiental”, En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, Valparaíso, 1999.

CÁMARA DE DIPUTADOS, Proyecto de Acuerdo N° 462 “Solicita derogación del DS 124, de 4 de septiembre de 2009, que reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena”, [en línea] <http://www.camara.cl/trabajamos/pacuerdo_detalle.aspx?prmid=3127>

CARMONA SANTANDER, Carlos, “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas”, En: UNIVERSIDAD DE CHILE, Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001.

CENTRO DERECHOS HUMANOS, Judith Schönsteiner, “Análisis inicial a la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta a los pueblos indígenas”, 5 de octubre de 2012, [en línea]

<<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/10/comentarios-a-la-propuesta-de-reglamento-centro-de-ddhh-udp-5102012-para-web-1.pdf>>.

CHAPARRO, Andrea, “Convenio 169: el criterio que ha ido forjando la Corte Suprema”, El Mercurio Legal, 2012, [en línea] <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901235&Path=/0D/C0/>>

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé, “Puesta en Práctica de Convenio o Puesta en Evidencia de Chile (Por los Informes del Relator Anaya)”, 2009, [en línea] <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=3313>>.

COMISIÓN DE EXPERTOS, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Observación General sobre el Convenio núm. 169, 98.^a reunión, 2008 (publicación 2009), [en línea] <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” , 2009, [en línea] <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>.

COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, “Informe final de la Consulta sobre el Anteproyecto de Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas”, México, 2011, [en línea]

<http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=176>.

CONSEJO de Longko del Pikun Wijimapu, EL CENTRO de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, EL GRUPO de Trabajo Mapuche Sobre Los Derechos Colectivos, EL OBSERVATORIO Ciudadano, WALLMAPUWENCONAPACH, “Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile”, presentado por la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile (CONAPACH), 1 de septiembre de 2010, [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/10/memoria-alternativa-convenio-169-oit-chile-2010-1.pdf>>.

CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES (ICMM), “Guía de buenas prácticas: los pueblos indígenas y la minería”, 2011, [en línea] <<http://www.icmm.com/languages/espanol>>.

CONTESSÉ, Jorge, “El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile.”, El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

COSTA, Ezio y FUENTES, Paula, “La participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental”, Justicia Ambiental N° 3, 2011.

DE LA FUENTE, Oscar, “Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental”, Legal Publishing, 2012.

DONOSO, Sebastián, “Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro”, Pontificia Universidad Católica de Chile, Dirección de Asuntos Públicos, 2008.

FERNÁNDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Cristhian, “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias”, Estudios Públicos, 2011.

GONZÁLEZ, Paola, “Pueblos Indígenas y afectación de recursos naturales situados en su territorio en un nuevo contexto: Convenio N° 169 de la OIT, Jurisprudencia y Normas IFC”, En: “Derecho Ambiental en tiempos de reforma: Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, 2010.

HERVÉ, Dominique, y PÉREZ, Sergio. “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”, El

Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, James Anaya:

- “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, 15 de julio 2009, [en línea] <http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Indigenas/2009_indigenas.pdf>.

- “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo – Adición: La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”, 14 de septiembre 2009, [en línea] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf>.

IRIGOIN, Jeanette, “La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno”, Revista Chilena de Derecho, Vol 23 Nos 2 y 3, Tomo I, p. 299.

IRARRÁZABAL, Ricardo, “Pueblos Originarios y Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)”, presentación realizada por el

Subsecretario de Medio Ambiente, ante la Comisión Especial de Pueblos Originarios de la Honorable Cámara de Diputados, 11 de julio 2012.

KUMM, Mattias, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, *The European Journal of International Law*, Vol 15 N° 5, 2004. [en línea] <<http://207.57.19.226/journal/Vol15/No5/3.pdf>>.

MACKLEM, Patrick, y SCOTT, Craig, “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, 1992. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162216>.

MATTA, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares Impuestos para la Administración de Recursos Naturales”, EN: “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

MEREMINSKAYA, Elina, “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Derecho Internacional y Experiencias Comparadas”, *Estudios Públicos* N° 121, 2011.

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías:

- “El Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno”, En: “Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile”.

Observatorio Ciudadano, Programa de derecho de los Pueblos Indígenas, 2ª ed. (10), 2010.

- “El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos”, 2009, [en línea] <http://www.mapuexpress.net/images/publications/13_10_2009_21_55_57_1.pdf>.

MONTT, Santiago:

- “State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation”, Hart Publishing, 2009.

- “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”. Revista Chilena de Derecho, vol. 32 N° 1, 2005.

MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, Estudios Públicos N° 121, 2011.

MORENO SANTANDER, Carlos Leandro, “Participación ciudadana en la ley no. 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente”, Lexis Nexis Chile, 2004.

NOGUEIRA, Humberto, “Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de Tratados Internacionales”, Estudios Constitucionales, Año 5, N°1, 2007.

PIERRY ARRAU, Pedro, “Transformaciones en la Organización Administrativa Del Estado”, En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 6, Valparaíso, 1982,

PRECHT, Alejandra y AYLWIN, Sebastián, “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”, En: “Derecho Ambiental en tiempos de reforma: Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, 2010.

OIT (Organización Internacional Del Trabajo):

- “Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT”, 2007.
- “Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual”, Ginebra, 2007.
- “Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT”, 2009.
- “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”, 2013.

OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel, “De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit”, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 122 [en línea]
<http://books.google.cl/books?hl=es&lr=&id=7EkWRS-8MbEC&oi=fnd&pg=PA11&dq=de+la+pyramide+au+reseau&ots=fmqGzkJO23&sig=UUJ3u9JTqhf4QFXLWylJMOChE9Q&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>.

PIERRY ARRAU, Pedro, "Transformaciones en la Organización Administrativa Del Estado", En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 6, Valparaíso, 1982.

RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", 24 de abril de 2009, [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf>.

RIBERA NEUMANN, Teodoro, "El derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno", en UNIVERSIDAD DE CHILE, Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001.

RIOS, Marcos, "Implementación del derecho de consulta de los Pueblos Indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio Nº 169 de la OIT", Revista Catalana De Dret Ambiental, Vol. II Núm. 2, 2011.

RIVEROS, Edgardo, "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Notas sobre el caso chileno." Revista Chilena de Derecho, Vol 23 Nos 2 y 3, Tomo I.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos,

- “La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional”, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011.

- “Informe Jurídico - La constitucionalidad del Reglamento de la ley de consulta”, Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N° 60, 19 de abril de 2012, [en línea] <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf>.

VALDIVIA, José Miguel, “Alcances Jurídicos del Convenio 169”, Estudios Públicos N° 121, 2011.

VON BOGDANDY, Armin, “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, International Journal of Constitutional Law 6, 2008.

II. Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama vs. Nicaragua.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 del año 1997.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 del año 2008

Tribunal Constitucional de Perú, sentencia 0022-2009-PI/TC

Tribunal Constitucional, Rol N° 309, fecha 4 de agosto del año 2000.

Tribunal Constitucional, Rol N° 1050, fecha 3 de abril del año 2008.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2387 – 2012, fecha 23 de enero del año 2013.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 782-2010, sentencia de 21 de diciembre de 2010.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 618-2011, sentencia de 17 de febrero de 2012.

Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 16-2010, sentencia de 19 de febrero de 2010.

Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 472-2011, sentencia de 08 de noviembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, sentencia de 27 de julio de 2010.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 239-2011, sentencia de 11 de octubre de 2011.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1794-2010, sentencia de 31 de enero de 2011.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705-2009, sentencia de 17 de mayo de 2010.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, sentencia de 16 de septiembre de 2009.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1155-2010, sentencia de 27 de septiembre de 2010.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 349-2011, sentencia de 20 de enero de 2012.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 148-2010, sentencia de 26 de mayo de 2010.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 243-2010, sentencia de 27 de agosto de 2010.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, sentencia de 4 de mayo de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 7287-2009, sentencia de 30 de noviembre de 2009.

Corte Suprema, Rol N° 16.403-2010, sentencia de 17 de mayo de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 5757-2010, sentencia de 15 de septiembre de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 4078-2010, sentencia de 14 de octubre de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 7642-2010, sentencia de 29 de octubre de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 6062-2010, sentencia de 4 de enero de 2011.

Corte Suprema, Rol N° 9889-2010, sentencia de 11 de abril de 2011.

Corte Suprema, Rol N° 1608-2011, sentencia de 6 de mayo de 2011.

Corte Suprema, Rol N° 2262-2011, sentencia de 16 de junio de 2011.

Corte Suprema, Rol N° 258-2011, sentencia de 13 de julio de 2011.

Corte Suprema, Rol N° 10.090-2011, sentencia de 22 de marzo de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 11.040-2011, sentencia de 30 de marzo de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 2211-2012, sentencia de 27 de abril de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 1602-2012, sentencia de 8 de junio de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 3863-2012, sentencia de 21 de septiembre de 2012.

IV. Recursos Electrónicos:

<http://www.bcn.cl>

<http://www.ine.cl>

<http://www.tribunalconstitucional.cl>

<http://www.politicaspUBLICAS.net>

<http://www.scielo.cl>

<http://www.microjuris.cl>

<http://home.heinonline.org>

<http://www.consultaindigena.cl>