



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**EL DEBER DE CONSULTA INSTITUIDO POR EL CONVENIO 169 DE LA O.I.T. Y  
LAS IMPLICANCIAS RELATIVAS A SU EJERCICIO MEDIANTE LA ACCIÓN DE  
PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS  
Y SOCIALES

PAZ VALENTINA BECERRA URZÚA  
PABLO ANDRÉS RAMÍREZ RIVERA

PROFESOR GUÍA: ÁLVARO TEJOS CANALES

Santiago, Chile  
2015

*A nuestras familias y amigos,  
por la confianza y apoyo férreo a nuestro trabajo.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>2. ASPECTOS HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO</b>	<b>3</b>
2.1. Génesis y Antecedentes Históricos	3
2.2. Contenido	8
<b>3. EFECTOS Y REGULACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA INSTITUIDO POR EL ART. 6 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT</b>	<b>13</b>
3.1. El carácter colectivo de la consulta indígena	13
3.2. La participación en el Convenio 169 de la OIT	14
3.3. Sujeto activo de la obligación de realizar consultas	17
3.4. Sujeto pasivo de la obligación de realizar consultas	20
3.5. Ámbito de aplicación	22
3.5.1. Consulta debe hacerse cada vez que se prevean medidas	23
3.5.2. Medida legislativa	24
3.5.3. Medida administrativa	26
3.5.4. Afectación directa de las medidas adoptadas por el Estado	27
3.6. Forma de realizar las consultas	32
3.6.1. Consulta mediante procedimientos adecuados	32
3.6.2. Consulta a instituciones representativas	34
3.6.3. Consulta apropiada a las circunstancias	36
3.6.4. El principio de la buena fe	36
<b>4. FINALIDAD DE LA CONSULTA Y PUEBLOS ORIGINARIOS</b>	<b>43</b>
4.1. Poder de veto de pueblos indígenas	45

<b>4.2. Carácter vinculante de las decisiones de los pueblos indígenas</b>	<b>46</b>
<b>4.3. Realización de medidas sin consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas</b>	<b>47</b>
<b>4.4. Oportunidad de las consultas</b>	<b>47</b>
<b>5. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y SU RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT</b>	<b>50</b>
<b>6. APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN EL DERECHO COMPARADO</b>	<b>58</b>
<b>6.1. Noruega</b>	<b>58</b>
<b>6.2. Bolivia</b>	<b>60</b>
<b>6.3. Colombia</b>	<b>62</b>
<b>6.4. Perú</b>	<b>63</b>
<b>7. SÍNTESIS DEL PROCESO DE TRAMITACIÓN DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN CHILE</b>	<b>68</b>
<b>8. EL DEBER DE CONSULTA PREVIA INSTITUIDO POR EL ART. 6 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b>	<b>72</b>
<b>8.1 Sentencia Rol N° 309 del año 2000</b>	<b>73</b>
<b>8.1.1. El deber de consulta y su naturaleza autoejecutable</b>	<b>75</b>
<b>8.1.2. Especialidad del deber de consulta</b>	<b>76</b>
<b>8.2. Sentencia Rol N° 1050 del año 2008</b>	<b>78</b>

<b>9. RECEPCIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA DEL CONVENIO 169 POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN EN CHILE</b>	<b>80</b>
9.1. Decreto Supremo Nº 124	80
9.2. Reglamento del procedimiento de consulta indígena del artículo 6 nº 1 letra a) y nº 2 del convenio 169 de la OIT	83
9.3. La consulta del reglamento del sistema de evaluación de impacto Ambiental	87
<b>10. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA A PROPÓSITO DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT</b>	<b>93</b>
10.1. Caso Palguin	94
10.1.1. Antecedentes	94
10.1.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco	95
10.1.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema	97
10.1.4. Voto disidente	103
10.2. Caso Celco	104
10.2.1. Antecedentes	104
10.2.2. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema	104
10.3. Caso Empresa Pesquera Los Fiordos Limitada	109
10.3.1. Antecedentes	109
10.3.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt	109
10.3.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema	110
10.3.4. Prevención del Ministro Sergio Muñoz Gajardo	111
10.4. Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama	112
10.4.1. Antecedentes	112

<b>10.4.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta</b>	<b>112</b>
<b>10.4.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema</b>	<b>113</b>
<b>10.5. Caso Lanco-Panguipulli</b>	<b>114</b>
<b>10.5.1. Antecedentes</b>	<b>114</b>
<b>10.5.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia</b>	<b>114</b>
<b>10.5.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema</b>	<b>115</b>
<b>10.6. Caso Parque Eólico Chiloé</b>	<b>116</b>
<b>10.6.1. Antecedentes</b>	<b>116</b>
<b>10.6.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt</b>	<b>117</b>
<b>10.6.3. Disidencia del Presidente de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Hernán Crisosto Greisse</b>	<b>118</b>
<b>10.6.4. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema</b>	<b>119</b>
<b>10.7. Caso Proyecto minero El Morro</b>	<b>120</b>
<b>10.7.1. Antecedentes</b>	<b>120</b>
<b>10.7.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y su confirmación por parte de la Corte Suprema</b>	<b>121</b>
<b>10.7.3. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó y su revocación por parte de la Corte Suprema</b>	<b>124</b>
<b>10.8. Caso Línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno</b>	<b>130</b>
<b>10.8.1. Antecedentes</b>	<b>130</b>
<b>10.8.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago</b>	<b>131</b>
<b>10.8.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema</b>	<b>132</b>
<b>10.8.4. Disidencia del Ministro Carlos Cerda Fernández</b>	<b>132</b>
<b>10.9. Caso Parque Eólico La Flor</b>	<b>133</b>
<b>10.9.1. Antecedentes</b>	<b>133</b>
<b>10.9.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones</b>	

<b>de Temuco</b>	<b>133</b>
<b>10.9.3. Implicancias de la Sentencia de la Corte Suprema</b>	<b>134</b>
<b>11. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO VÍA PRIORITARIA PARA HACER EXIGIBLE EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA DEL CONVENIO 169</b>	<b>135</b>
<b>11.1. Características y naturaleza de la Acción de Protección Constitucional</b>	<b>137</b>
<b>11.2. Implicancias de los criterios aplicados por los tribunales superiores de justicia por la vía de la acción de protección constitucional</b>	<b>139</b>
<b>12. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES</b>	<b>148</b>
<b>13. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>152</b>

## RESUMEN

Esta investigación se desarrolla en torno a la aplicación en el derecho chileno de la consulta indígena del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), a propósito del recurso de protección como la principal vía de tutela judicial ejercida por las comunidades indígenas que han demandado una implementación efectiva de sus derechos, por cuanto estos pronunciamientos han logrado influir en la regulación estatal sobre la materia.

Al respecto, se hace necesario dilucidar el correcto sentido del Convenio asociado al deber de consulta, a fin de que el Estado chileno cumpla con sus obligaciones internacionales, sin descansar en la búsqueda de los medios idóneos para hacerla operativa y eficaz. Con ello, será posible evitar la instalación de un ambiente de incertidumbre en la proyección de cualquier tipo de medida, sea gubernamental o privada, que deba ser previamente consultada.

Para alcanzar este objetivo se ha conformado una base de documentación a través de la recolección, análisis y sistematización de la principal jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia a través de los pronunciamientos sobre diversas acciones constitucionales incoadas por diferentes pueblos y organizaciones indígenas.

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente memoria trata sobre la aplicación que ha tenido en Chile el deber de consulta a los pueblos indígenas instaurado por el Convenio N 169 de la OIT, en su artículo 6 N° 1 letra a) y artículo 6 N° 2, desde su entrada en vigencia, a fines del año 2009, en sede ambiental, a propósito de la acción constitucional del recurso de protección.

La jurisprudencia es vasta en esta materia y ha generado influencias en las políticas públicas que ha desarrollado la autoridad estatal. En la primera regulación de la materia, el Decreto Supremo N° 124 no tuvo aplicación por los tribunales superiores, al mismo tiempo que la litigación se centraba en conflictos ambientales que tienen una cierta regularidad: en su mayoría se trata de recursos de protección interpuestos por comunidades en contra de órganos de la administración con competencia ambiental, específicamente en contra de resoluciones emanadas de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (RCA), puesto que calificaban favorablemente proyectos sin que se efectuara de por medio la consulta a los pueblos indígenas de la forma establecida por el Convenio 169.

Esto desembocó en la dictación de una consulta indígena especial en esa área, dentro del nuevo reglamento del SEIA, específicamente en el Decreto N° 40. Actualmente, existe una consulta general que convive con la ambiental, establecida en el Decreto Supremo N° 66. Pese a este desarrollo, la mayoría de las comunidades indígenas no están satisfechas, puesto que consideran que la implementación que ha hecho el gobierno no se condice con el espíritu del Convenio y el derecho internacional. A raíz de lo anterior, se ha concretado en los tribunales la discusión en torno a qué derechos proteger, cuando, en qué condiciones y frente a qué medidas, para lo cual ha sido profusamente utilizada la acción constitucional de protección.

En virtud del constante pronunciamiento de los tribunales superiores de justicia sobre esta temática, se analizarán los principales pronunciamientos de los tribunales en sede ambiental, para entender la evolución de esta temática y los principios en base a los cuales debería estar definida su implementación.

En la presente memoria se considerará que el Estado de Chile no ha realizado una correcta aplicación del Convenio 169, en particular de la consulta previa, porque no ha implementado una regulación idónea en sede legislativa y reglamentaria para su acertada aplicación, lo que se agrava aún más, al tratarse de un derecho de participación y de carácter colectivo.

Simultáneamente, la llamada “judicialización” de la consulta indígena ha provocado paralizaciones de proyectos de inversión en nuestro país, al generar un clima de inseguridad en el mundo privado. Esto, a su vez, crea incertidumbre jurídica en la puesta en marcha de proyectos que en muchas ocasiones ya habían sido aprobados.

## 2. ASPECTOS HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

### 2.1. Génesis y Antecedentes Históricos

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) fue creada en 1919 y es una entidad que pertenece al sistema de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) desde el año 1946. Es un órgano especializado en el establecimiento de normas cuya finalidad es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos de todo el mundo, sin discriminación por motivos de raza, género o extracción social<sup>1</sup>.

Para lograr sus objetivos, este órgano adopta convenios (o tratados) y ayuda a los gobiernos y otros interesados a ponerlos en práctica<sup>2</sup>. De ellos emanan obligaciones para los Estados miembros que los ratifican y ponen en vigor sus disposiciones<sup>3</sup>.

Su organización tripartita la distingue de las demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas por ser la única que no se compone exclusivamente de gobiernos, dado que en ella coparticipan gobiernos, empleadores y trabajadores<sup>4</sup>. Además, cuenta en su estructura con órganos de control, tales como la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia. Esto implica que, si un Estado miembro no cumple un convenio, la OIT cuenta con ciertos mecanismos de presión diplomática indirecta. El hecho de informar

---

<sup>1</sup>ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 2003. P. 1.

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup>GÓMEZ, M. "El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo". En: BERRAONDO, M. 2006. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 134.

<sup>4</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. cit.*, p. 1.

en la reunión anual o de incluir la lista de Estados miembros que no han cumplido en la memoria global de la OIT ya constituye una sanción<sup>5</sup>.

A principios del siglo XX la OIT se interesó en la situación de las comunidades indígenas al ocuparse de la situación de los trabajadores rurales. En efecto, gran número de ellos provenían de pueblos indígenas y tribales. Cabe señalar que esta designación de grupos diferenciados como indígenas tiene sus orígenes en los patrones de la construcción del imperio europeo y de su asentamiento colonial, que se produjo desde el siglo XVI en adelante, y se ha continuado aplicando para hacer referencia a aquellos grupos humanos que, en virtud del lugar y de las condiciones, comenzaron a sufrir alteraciones en sus vidas debido al colonialismo<sup>6</sup>.

Entre 1936 y 1957, la OIT adoptó varios convenios sobre la protección de los trabajadores, varios de los cuales son aplicables a los pueblos indígenas y tribales. Estos convenios abordaban diversas cuestiones, tales como el acceso al empleo, los contratos de trabajo y el trabajo forzoso<sup>7</sup>. A principios de la década de los 50', la Organización Internacional del Trabajo envió una misión a los países andinos y poco después organizó el Proyecto Andino de asistencia técnica y cooperación para el desarrollo de las comunidades indígenas de la región<sup>8</sup>.

También son considerados como hitos importantes en el desarrollo de la protección de los derechos indígenas, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio del año 1948<sup>9</sup>, la "Carta Interamericana de Garantías Sociales<sup>10</sup>",

---

<sup>5</sup> GÓMEZ, M., *Op. cit.*, p. 134.

<sup>6</sup> ANAYA, J. "Los derechos de los pueblos indígenas". En: BERRAONDO, M. *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 29.

<sup>7</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. cit.*, p.3.

<sup>8</sup> STAVENHAGEN, R. 2006. "Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos". En: BERRAONDO, M. *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 23.

<sup>9</sup> Esta convención fue aprobada por la asamblea general de naciones unidas, puesto que el concepto de genocidio "no se limita solamente al exterminio físico, sino también al exterminio cultural o menoscabo espiritual también llamado etnocidio". YAÑEZ F., N. *Derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno*. Universidad de Chile, Facultad de ciencias sociales y jurídicas, Santiago, 1990, p. 76.

<sup>10</sup> Aprobada durante la conferencia Interamericana en Bogotá, Colombia, en 1948.

el Convenio N° 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, el primer Convenio Internacional sobre la materia y la antesala del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (en adelante, “Convenio 169” o simplemente “el Convenio”), la “Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>11</sup>”, el “Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos<sup>12</sup>”, la “Convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial<sup>13</sup>”, los pactos internacionales sobre “Derecho económicos, sociales y culturales<sup>14</sup>”, la “Declaración sobre la Raza y los Perjuicios Raciales<sup>15</sup>”, la “Declaración internacional sobre etnocidio y etnodesarrollo<sup>16</sup>”, la “Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>17</sup>” y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007.

En relación con este listado de antecedentes, el Convenio 169 es una revisión del Convenio 107, en el cual se abordaban materias relacionadas con los derechos sobre la tierra, el trabajo y la educación, y es necesario tener en cuenta que en la época de su adopción los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades “atrasadas” y transitorias<sup>18</sup>. A lo largo de su vigencia, el Convenio 107 fue ratificado por veintisiete países y posee un enfoque integracionista y asimilacionista, debido a que promovía la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias<sup>19</sup>. Esto significa que, al asumirse como ciudadanos los miembros de los pueblos indígenas, tenderían a desaparecer las etnias menores dentro del grupo mayoritario nacional. Pese a aquello, es la primera vez a nivel internacional que se utilizó el

---

<sup>11</sup> Adoptada por la UNESCO, 14 de diciembre de 1960.

<sup>12</sup> Adoptado en conjunto con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1965.

<sup>13</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 2106 (XX) de 21 de diciembre de 1965. Empezó a regir el 04 de enero de 1969.

<sup>14</sup> Adoptados conjuntamente por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1965. Empezó a regir el 03 de enero de 1976.

<sup>15</sup> Aprobada en 1978.

<sup>16</sup> Aprobada por la UNESCO en 1981 en San José de Costa Rica.

<sup>17</sup> Adoptada por la Organización, para la Unidad Africana en la Conferencia de Banjul. Entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

<sup>18</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>19</sup> ANAYA. J., *Op. cit.*, p. 33.

concepto de población indígena como colectividad, y se estableció que los miembros de las poblaciones tienen derecho a la igualdad como cualquier otro ciudadano<sup>20</sup>.

En la década de los ochenta la visión de la integración y el paternalismo era abiertamente insostenible ante el empuje del movimiento indígena en busca del reconocimiento a su autonomía y libre determinación. La OIT inició un proceso en busca de la revisión del convenio 107 y pronto dio cuenta de la necesidad de elaborar un nuevo convenio<sup>21</sup>. En consecuencia, el Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986, la que concluyó que el “enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno<sup>22</sup>”. En 1988 y 1989, con la participación de diferentes representantes de pueblos indígenas, el Convenio 107 fue revisado, y durante la 76° Conferencia Internacional del Trabajo del 27 de junio de 1989 se adoptó el Convenio 169.

Desde la adopción de este último Convenio ratificado en la actualidad por veintidós países, el Convenio 107 ya no se encuentra disponible para su ratificación, sin embargo, continúa estando en vigencia para dieciocho países, los cuales deben dar cumplimiento a sus normas y son instados por los órganos correspondientes a ratificar el Convenio 169. La diferencia entre ambos tratados radica en el paradigma que los define: al contrario del carácter asimilador del Convenio 107<sup>23</sup>, el Convenio 169

---

<sup>20</sup> GÓMEZ, M. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Pueblos indígenas y tribales [En línea]: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>> [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2015.]

<sup>23</sup> Este paradigma asimilacionista se desprende principalmente del artículo 1.2 del Convenio 107 de la OIT “A los efectos del presente Convenio, el término “semitribual” comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional”. (El subrayado es nuestro). Las políticas asimilacionistas de los organismos internacionales, especialmente de la Organización Internacional del Trabajo, entendían que los indígenas eran trabajadores pobres, por lo que el deber de los Estados era impulsar políticas de erradicación de la pobreza indígena basadas en el principio de asimilación, lo que significaba que los indígenas, para abandonar su situación de precariedad, debían parecerse o “asimilarse” lo más posible a la sociedad mayoritaria, lo que a fin de cuentas, significaba que dichos pueblos se alejaran de su cultura para adoptar la de los grupos mayoritarios.

los reconoce como sujetos de derechos y agentes de su propio destino<sup>24</sup>, al sustituir el concepto “poblaciones<sup>25</sup>” por “pueblos indígenas/tribales”, el cual recoge las condiciones culturales, sociales económicas e históricas que los distinguen como tales.

En este convenio se rompe explícitamente con el integracionismo y se sientan las bases de un modelo plural, basado en el control indígena de sus propias instituciones y modelo de desarrollo, y en su participación en las políticas estatales<sup>26</sup>. También, las cláusulas de flexibilidad abundantes en el Convenio 107 fueron excluidas por el Convenio 169, por lo que los derechos reconocidos por éste se conciben en términos absolutos, sin subordinarlos al derecho nacional<sup>27</sup>.

El Convenio 169 recoge la evolución del derecho internacional al constituirse como un instrumento jurídico que protege y reconoce de modo significativo los derechos colectivos de los pueblos indígenas en áreas clave. En éstas destacan la integridad cultural, la consulta y participación, el autogobierno y la autonomía, los

---

<sup>24</sup> FUENZALIDA B., S. *Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos. Informe en Derecho*. Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2010.[En línea]: <[http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe\\_Final\\_Corregido1.pdf](http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf)> [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2015], p. 13.

<sup>25</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1957. Convenio número 107, artículo 1. El presente Convenio se aplica: (a) 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; (b) 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 sea 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.

2. A los efectos del presente Convenio, el término “semitribual” comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional.

[En línea]: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>> [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2014]

<sup>26</sup> YRIGOYEN F., R. *A los 20 años del convenio 169 de la OIT: balance y retos de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, 2005, p. 26.

<sup>27</sup> MEREMINSKAYA, E. “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, Derecho internacional y experiencias comparadas”. En: *Estudios Públicos* N°121. Centro de Estudios Públicos. Santiago, 2011. [En línea]:

<[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4768\\_2890/rev121\\_EMereminskaya.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4768_2890/rev121_EMereminskaya.pdf)> [fecha de consulta: 10 diciembre de 2014], p. 223.

derechos a la tierra, el territorio y los recursos, y la no discriminación en los ámbitos socioeconómicos<sup>28</sup>. Para los Estados que lo han ratificado, su contenido tiene la fuerza normativa de verdaderas obligaciones nacionales e internacionales, respecto de los órganos que componen el sistema internacional de los derechos humanos, y además se ubica como elemento esencial en la estructuración de las demandas de los pueblos indígenas y en el contenido de sus pretensiones, siendo a su vez, un referente normativo para los países que aún no lo ratifican.

El último paso dado en el derecho internacional ha sido la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas el 13 de septiembre del año 2007, que refuerza y amplía el horizonte de derechos de los pueblos indígenas, al fundamentar su dignidad igualitaria y su derecho a determinar libremente su destino. Si bien formalmente es una declaración, no está sujeta a ratificación, pero conlleva una cláusula que vincula a los estados a velar por la eficacia de sus disposiciones<sup>29</sup>.

## **2.2. Contenido**

El Convenio 169 es un catálogo de derechos compuesto por un preámbulo, una política general (artículos 1 al 12, en donde se establecen disposiciones sobre consulta y participación) y una amplia regulación para diferentes materias sustantivas, entre las que destacan: Tierras (artículos 13 a 19); Contratación y Condiciones de Empleo (artículo 20); Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales (artículos 21 a 23); Seguridad Social y Salud (artículos 24 y 25); Educación y Medios de Comunicación (artículos 26 a 31); Contactos y Cooperación a través de las Fronteras (artículo 32). También contiene disposiciones sobre la Administración (artículo 33) y Normas generales de procedimiento (artículos 34 a 44). Dichas normas deben aplicarse

---

<sup>28</sup> ANAYA, J. *Programa para promover el Convenio 169 de la OIT. La aplicación del convenio 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos.* OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra, 2009.

<sup>29</sup> YRIGOYEN F., R. *Op. cit.*, p. 3.

conforme a los principios rectores del Convenio, el principio de la buena fe y el de no discriminación, y tienen como eje central el establecimiento del término “pueblos”.

El principio de la buena fe se expresa, entre otros aspectos, en la responsabilidad de los estados ratificantes de asegurar el cumplimiento del Convenio<sup>30</sup> a través de una doble función, consistente en garantizar la incorporación del convenio 169 de manera transversal a la legislación doméstica y aplicar mecanismos adecuados de control y seguimiento para monitorear el desempeño de las autoridades estatales. De esta forma, se podría asegurar el disfrute efectivo de los derechos y garantías que se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio 169<sup>31</sup>.

En el artículo tercero se contempla el principio de no discriminación, que a la luz de las garantías constitucionales consiste en una especificación del derecho a la igualdad ante la ley, expresado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República (en adelante, Constitución). Este consiste en la exigencia de que los pueblos indígenas sean escuchados en relación a los temas que les afectan, y que puedan hacerse parte en la formulación de las políticas mediante mecanismos de consulta y participación.

De tal manera, se intenta asegurar el ejercicio pleno de los derechos humanos y establecer una prohibición expresa al uso de la fuerza o de coerción que viole estos derechos. En este sentido, las medidas especiales<sup>32</sup> (que deben tomar los estados) no

---

<sup>30</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, actual Ministerio de Desarrollo Social. 2006. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Artículo 2, inciso 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”.

<sup>31</sup> CIDH, Organización de los Estados Americanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Punto 45. [En línea]: < <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm>> [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2015].

<sup>32</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, *Op cit*. Convenio 169, artículo 4. Medidas especiales: 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

constituyen un acto discriminatorio contra el resto de la población, puesto que es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida.<sup>33</sup>

Trascendental resulta la descripción acerca de los sujetos a quienes se aplica el Convenio, innovando al señalarlos como “pueblos indígenas” y “pueblos tribales”<sup>34</sup>, definidos en relación con su origen histórico y con la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas. Para ello, destaca dentro de esta conceptualización el principio básico de la autoidentificación<sup>35</sup>. Por su parte, este último criterio fue limitado en su interpretación respecto de los derechos conferidos en el derecho internacional.<sup>36</sup> Hoy se entiende que dicha restricción sólo se refiere a que los pueblos indígenas carecen del derecho a la secesión<sup>37</sup> y que esta prevención

---

<sup>33</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. 2010. [En línea]: < <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>. [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2015], p. 20.

<sup>34</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, *Op. cit.* Convenio 169. artículo 1: I. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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.

2. 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.

<sup>35</sup> GÓMEZ, M. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>36</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, *Op. cit.* Convenio 169. Artículo 1.3: “La utilización del término pueblos 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.” Parte de la doctrina ha señalado que dicha restricción intenta salvar los conflictos que se pueden suscitar con el derecho a la libre determinación reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de artículos idénticos: “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”. (Artículo 1 de ambas declaraciones.)

<sup>37</sup> ANAYA, J. “Los derechos de los pueblos indígenas”. En: CONTESSÉ S., J. *El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Editorial Diego Portales, Santiago, 2012, p. 125.

probablemente fue incluida para evitar que ciertos países se escudaran en la utilización del término ‘pueblos’ para no aprobar el Convenio o hacerlo con reservas<sup>38</sup>.

En este sentido, el Convenio reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como tales, y no como derechos de personas individuales que son indígenas<sup>39</sup>, a saber, en este catálogo de derechos destacan los de carácter político, el derecho a la participación y la consulta indígena, en materia de tierras se configura un sistema de tenencia, dominio y posesión; se regula el derecho a determinar sus prioridades de desarrollo, intervenir, ejecutar y evaluar planes y programas que los afecten. En cuanto al plano educacional y de salud, se garantiza un acceso de manera igualitaria y el reconocimiento de las tradiciones y costumbres.

El derecho a ser consultados es un derecho de carácter colectivo, en consecuencia, implica necesariamente la participación de los “pueblos indígenas”, no como individuos aislados, puesto que los derechos de carácter participativo constituyen los guardianes fundamentales de los derechos humanos indígenas materiales y aseguran además la incorporación al proceso político de minorías tradicionalmente postergadas y excluidas<sup>40</sup>.

Las normas del Convenio son autoejecutables en el sentido de que resultan obligatorias para el Estado de Chile, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. La falta de cumplimiento de aquellas normas dirigidas al legislador, o sea, aquellas que imploren un ajuste legislativo, no sólo acarrea la responsabilidad internacional del Estado de Chile, sino también exige que la autoridad inaplique aquellas normas mientras no las modifique. Esto es particularmente importante en

---

<sup>38</sup> DONOSO R., S. “Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro”, En: Centro de Políticas Públicas, Serie N° 16, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008. [En línea]: <<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1515/504453.pdf?sequence=1>> [fecha de consulta: 3 de mayo de 2015], p. 5.

<sup>39</sup> Anaya, J. “Los derechos de los pueblos indígenas”. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>40</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile*. Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011. [En línea]: <[http://www.cepchile.cl/1\\_4767/doc/una\\_vision\\_panoramica\\_al\\_convenio\\_oit\\_169\\_y\\_su\\_implementacion\\_en\\_chile.html#.VUYoH45\\_Oko](http://www.cepchile.cl/1_4767/doc/una_vision_panoramica_al_convenio_oit_169_y_su_implementacion_en_chile.html#.VUYoH45_Oko)> [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2015], p. 144.

relación al papel protector de derechos del Poder Judicial<sup>41</sup>. Por eso es deber del Estado definir, con participación de los pueblos indígenas, las medidas concretas para dar cumplimiento al Convenio y de esa manera alcanzar legitimidad en los procedimientos para tal efecto.

---

<sup>41</sup> AYLWIN, J. et al. *Las implicancias de la ratificación del convenio de la OIT en Chile*. 2009. Observatorio Ciudadano, Temuco, 2009. [En línea]: <[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro\\_ley169.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf)> [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2015], p. 136.

### **3.- EFECTOS Y REGULACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA INSTITUIDO POR EL ART. 6 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.**

#### **3.1. El carácter colectivo de la consulta indígena**

El Convenio 169 consagra derechos fundamentales de carácter colectivo,<sup>42</sup> los cuales se constituyen como condiciones de posibilidad de los derechos individuales, es decir, “es el respeto a la autonomía individual el que exige el reconocimiento de la pluralidad cultural...que se manifiesta, a nivel normativo en derechos diferenciados en función del grupo”<sup>43</sup>. Esto significa que se les reconocen derechos de índole social a las personas y comunidades indígenas: grupos humanos específicos, particularmente a minorías. Se trata de intereses y derechos que poseen los miembros de una comunidad por el hecho de pertenecer a ella y, de los que tiene el grupo frente a la mayoría<sup>44</sup>, lo que se sustenta en la convicción de que éstos corresponden a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos de derechos. Asimismo, el pleno goce de los derechos humanos de quienes integran estos pueblos está supeditado al ejercicio de los derechos colectivos que le asisten como miembros de dicha colectividad<sup>45</sup>.

En contraposición a los derechos individuales, estos derechos sólo pueden ejercerse colectivamente, no obstante, la titularidad individual dentro de un pueblo indígena de los derechos humanos generales a todas las personas. En el Convenio la mayoría de los derechos son de carácter colectivo y la consulta en particular no es la excepción. Por su parte, el procedimiento para aplicar la consulta es vital para darle sentido<sup>46</sup>, es decir, deben ser consultados como pueblos y la forma de la consulta debe

---

<sup>42</sup> AYLWIN, J. et al. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>43</sup> MEZA-LOPEHANDÍA G., M. *Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento*. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2009, p. 46.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 123.

<sup>45</sup> AYLWIN, J. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>46</sup> GÓMEZ, M. *Op. cit.*, p. 142.

ser adecuada a una colectividad que tiene sus propias características organizacionales y de representación.

Con relación a lo visto anteriormente, también es necesario distinguirlos de los derechos colectivos difusos, en los cuales el interés que se afirma dañado, perjudica a un número mayor de personas, muchas veces tan extenso que lleva a la determinación de los mismos sólo por conectarse en torno a un elemento homogéneo que los aglutina,<sup>47</sup> tal como ocurre en el caso de la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y en la Ley de Protección al Consumidor.

En otras palabras, es distinta la naturaleza de los vínculos entre las personas que justifica un método de participación colectivo, y en el caso del Convenio, el carácter colectivo de la consulta se basa en la idea de que los pueblos indígenas son sociedades permanentes que están llamadas a conservar su identidad, formas de vida y organización.<sup>48</sup> De este modo, los pueblos indígenas son consagrados como sujetos de derechos colectivos.<sup>49</sup>

### **3.2. La participación en el Convenio 169 de la OIT**

La participación, al igual que la consulta indígena, es un principio general y de carácter colectivo que inspira al Convenio 169. Esta constituye un derecho político propiamente tal, es decir, otorga las facultades que permiten participar al individuo en el gobierno de su país; y se caracterizan porque no pertenecen a todos los individuos, sino únicamente a aquellos que la organización constitucional y legal del Estado determina<sup>50</sup>.

El Convenio establece el estándar de participación en los siguientes artículos:

---

<sup>47</sup> BENAVENTOS, O. y GARCÍA, M. A. *La Tutela de los derechos colectivos o difusos*. [En línea]: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/17.pdf>> [Fecha de consulta: 4 de mayo 2015], p. 284.

<sup>48</sup> DONOSO R., *Op. cit.*, p. 5.

<sup>49</sup> AYLWIN, J. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>50</sup> LARRAÍN, H. *Lecciones del derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 122.

- Participación en general (2.1)<sup>51</sup>
- Participación en la toma de decisiones (6.b)
- Desarrollo de las instituciones de los pueblos indígenas (6.c)
- Participación en los planes y programas de desarrollo (7.1)<sup>52</sup>
- Participación en la utilización de los recursos naturales (15.1)

A partir de estos preceptos legales, la OIT ha definido los elementos de la participación identificando cuatro criterios básicos, a saber:

- Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de participar en todas y cada una de las etapas de un proyecto, política o programa.
- 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 en todos los niveles (local, nacional o regional), ya sea de instituciones políticas electivas o bien de administraciones nacionales y locales.

---

<sup>51</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. *Op. cit.* Convenio 169. Artículo 2.1. 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.

2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

<sup>52</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. *Op. cit.* Convenio 169. Artículo 7.1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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 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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas 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.

- 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<sup>53</sup>.

Se trata de normas que otorgan a su titular la capacidad de intervenir en la toma de decisiones -a nivel de elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas- y no sólo a través de mecanismos consultivos<sup>54</sup>. La participación es entonces una forma de intervenir directamente en la toma de decisiones y no una limitada obligación estatal de recabar opinión<sup>55</sup>. No obstante ello, entre ambos derechos existe una importante relación género-especie: la participación es el género y la consulta indígena la especie. Por lo tanto, la consulta prevista en el Convenio no es un requisito formal, sino un verdadero instrumento de participación<sup>56</sup> previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos<sup>57</sup>.

La participación es un requisito *sine qua non* del procedimiento consultivo, ya que la comprensión cabal del alcance del derecho a la consulta se produce cuando se lo vincula al derecho a la participación<sup>58</sup>. Sin ella es imposible alcanzar consensos, lo cual consiste en renunciar a posturas para adoptar otras, y en esos casos la participación lleva implícito un poder de negociación para los pueblos indígenas<sup>59</sup>. En consecuencia, debe estar garantizada para todas las etapas de decisión, y antes de adoptar una norma legal o disposición administrativa que pueda afectarlos directamente, los gobiernos deben iniciar una discusión abierta, franca y significativa con los pueblos interesados<sup>60</sup>. Sin la posibilidad de negociación, a los indígenas no les quedaría más alternativa que aprobar o rechazar (aunque no vetar) la respectiva

---

<sup>53</sup> AYLWIN, J. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>54</sup> MEZA-LOPEHANDÍA G., M. *Op. Cit.*, p. 8.

<sup>55</sup> YRIGOYEN F., R. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>56</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. cit.*, p. 241.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 235.

<sup>58</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, M. *Op. Cit.*, p. 8.

<sup>59</sup> MONTT O., S. y MATTA A. *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>60</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. Cit.*, p. 14.

medida en bloque, sin poder discutir en forma pormenorizada su contenido, lo cual es incompatible con el espíritu del Convenio 169<sup>61</sup>.

La eficacia de la participación indígena debe constatarse a lo largo de todo el procedimiento de consulta, en los diferentes niveles de decisión, a través de instancias y diálogos establecidos de buena fe, tanto en el ámbito interno de los pueblos indígenas como en la relación externa entre pueblos indígenas y órganos consultivos-asesores. Con respecto a la determinación de las instituciones representativas, los órganos de control de la OIT han señalado que: “Lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”<sup>62</sup>.

### **3.3. Sujeto activo de la obligación de realizar consultas**

En continuación con lo señalado por el tratado internacional en estudio, los sujetos activos de la obligación de ejecutar un proceso de consulta previa cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas son los organismos Estatales. De esta forma, en ningún caso los obligados a realizar las consultas son los privados. Al respecto, si bien en muchas ocasiones en la práctica es la empresa privada la que lleva a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, sigue siendo siempre una responsabilidad del Estado el celebrar las consultas adecuadas o garantizar al menos su realización<sup>63</sup>.

Para profundizar en este último punto, se puede indicar que independiente de la situación particular en la cual sea necesaria la aplicación del proceso de la consulta, esta no debe ser realizada bajo ninguna forma por empresas privadas, ya que sus intereses son fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas

---

<sup>61</sup> MONTT O., S. y MATTA A. *Op. Cit.*, p. 194.

<sup>62</sup> OBSERVATORIO CIUDADANO. *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>63</sup> ANAYA, J. “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 2009. [En línea] <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/399-informes-relator-2009.html>> [consulta: 20 diciembre 2014], p. 24.

afectados<sup>64</sup>. De esta forma, si de alguna manera la consulta es llevada a cabo por algún ente privado, no se podría establecer o afirmar que este proceso en específico cumple con los requisitos y estándares prescritos por el Convenio 169 de la OIT. El Convenio es claro en señalar que sólo el Estado puede generar los procesos de consulta y, en el caso de que el Estado no respete las disposiciones del Convenio y delegue su obligación a privados, el relator de la ONU, James Anaya, ha señalado que este hecho no lo absuelve de la responsabilidad que le incumbe al Estado en última instancia<sup>65</sup>. Este punto es bastante estricto, tanto que si las consultas no son realizadas de una manera pertinente (por ejemplo, que un privado realice la consulta en cuestión), es perfectamente viable que los tribunales declaren la nulidad de los actos administrativos de autorización respectivos<sup>66</sup>, en razón de los cuales la empresa privada y no el Estado haya ejecutado el deber de consultar a los pueblos indígenas.

Señala el Convenio 169 en su artículo 6, que el proceso de consulta debe aplicarse respecto de toda medida legislativa y administrativa que sea puesta en ejecución por los órganos del Estado que estén involucrados en dichos procesos. De este modo, la consulta del Convenio debe ser aplicada por toda entidad colegisladora, en el caso de medida legislativa, por ejemplo, por el Congreso Nacional, y todo órgano integrante de la administración del Estado, ya sea ésta centralizada o descentralizada, concentrada o desconcentrada, incluidas las municipalidades y empresas del Estado<sup>67</sup>.

De acuerdo con lo anterior, no es legítimo realizar excepciones, reservas o limitaciones respecto de las medidas a consultar u organismos del Estado que deben ejecutar un proceso de consulta previa. El Convenio no hace distinciones en este

---

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 55.

<sup>65</sup> *Ídem.*

<sup>66</sup> DERECHO AMBIENTAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes cuestiones generales e implicancias en relación con la gestión de recursos naturales. Por HERVÉ, D. et al. 1ª ed., Ediciones Universidad Diego Portales, Derecho Ambiental y Políticas Públicas, Santiago, 2011., pp. 408-409.

<sup>67</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Op. Cit.*, p. 192.

asunto, por lo que toda medida legislativa y administrativa emanada por algún órgano del Estado debe ser consultada.

Si bien la empresa privada no es el ente responsable y obligado a ejecutar los procesos de consulta, estos indudablemente si pueden verse afectados por las normas de participación que establece el Convenio. De esta forma, en caso que el Estado no cumpla con su obligación, los privados también pueden ver perjudicados sus intereses por falta de consulta previa, ya que, como se ha señalado con anterioridad, no cumplir con esta obligación trae aparejadas consecuencias jurídicas ineludibles, como una posible declaración de nulidad por parte de los tribunales de justicia sobre algún acto administrativo inconsulto<sup>68</sup>, y aquello conlleva la paralización de proyectos de inversión.

Por consiguiente, al guardar la distancia y las debidas proporciones, se puede plantear que ante la circunstancia de que el Estado incumpla con su obligación de consultar a los pueblos indígenas respecto de alguna medida que los afecte directamente, no solamente estos se verán perjudicados, sino que al mismo tiempo la empresa privada verá lesionados sus intereses. Por esto mismo, se puede decir que tanto los indígenas como los privados, en estos casos específicos, estarían en el mismo lado de la vereda, en el sentido de que la falta de consulta según lo establecido por el Convenio 169 lesiona sus intereses, aunque por muy distintos que sean, todos ellos eventualmente pueden constituirse como legitimados activos.

La empresa privada ante esta problemática no puede sumirse en la inacción (al verse imposibilitados de efectuar una consulta que resulte finalmente válida según los estándares del Convenio), por lo que estos deberían abordar el problema de manera proactiva. Un ejemplo de una posible medida a adoptar sería la puesta en práctica de

---

<sup>68</sup> Un ejemplo común e inconfundible de este punto (que se desarrollará extensamente más adelante en este trabajo) es lo que ha venido ocurriendo en los tribunales superiores de justicia en que se han dejado sin efecto Resoluciones de Calificación Ambiental, paralizando de esta forma la ejecución de diversos proyectos de inversión privada.

planes de Responsabilidad Social Empresarial (RSE)<sup>69</sup> relativos a la consulta indígena, los cuales debiesen propender, facilitar y promover la ejecución por parte del Estado de las consultas correspondientes entre las comunidades indígenas respecto de algún proyecto de inversión del cual sean titulares y afecte a dichas comunidades.

### **3.4. Sujeto pasivo de la obligación de realizar consultas**

Con este término nos referimos al sujeto titular del derecho a ser consultado previamente por parte del Estado, cada vez que se prevean medidas que lo afecten en forma directa. En otras palabras, a quiénes se les debe realizar las consultas, es decir, a quiénes el Estado debe realizar finalmente un proceso de consulta para cumplir con su obligación emanada del Convenio 169.

En consecuencia, con lo visto en el párrafo anterior, podemos señalar que se debe consultar a los pueblos interesados o susceptibles de afectación de forma directa a sus derechos. Se les debe consultar como un ente colectivo y no a sujetos aislados o individualmente considerados. De esta manera, para saber a quienes se les debe consultar, se sigue lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio 169. Según lo expresado en el primer artículo, la consulta será realizada a los “pueblos tribales y a los pueblos indígenas” en los términos definidos por dicho tratado internacional y explicados en puntos anteriores del presente trabajo.

Al evaluar lo expuesto en el punto precedente, debemos considerar que existen dos elementos relevantes en relación a la consideración e individualización de los pueblos que quedan sujetos al Convenio, susceptibles de ser titulares del derecho a ser consultados: por una parte, la “autoidentificación” y, por otro lado, los “derechos colectivos”. En cuanto a lo que se refiere al concepto de autoidentificación, se debe

---

69 La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se define como la integración voluntaria por parte de las empresas, en su gobierno corporativo y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales y ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones.

seguir lo dispuesto por el artículo 1 N° 2 del Convenio 169, el cual indica que es la conciencia de la propia identidad indígena o tribal la que debe ser considerada como un criterio fundamental para la debida determinación de los grupos a los que se aplica el Convenio y, en definitiva, la consulta previa.

Respecto a los derechos colectivos, estos aluden a que no se trata sólo de derechos de las personas individualmente integrantes de los pueblos indígenas, sino que, como ya habíamos señalado con anterioridad, es el pueblo mismo el que se constituye en sujeto de derechos. En estos términos, el Convenio no introduce normas rígidas en cuanto a sujetos pasivos de consulta y apela a criterios más bien subjetivos, en el sentido de que sólo bastaría que un conjunto de personas al ver sus derechos afectados directamente por medidas legislativas o administrativas y que estos se sientan indígenas (mediante un criterio subjetivo) para que una decisión o medida del Estado tenga que forzosamente ser objeto de consulta indígena en base a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT.

De este modo, el Convenio considera la dificultad de contar con una definición exacta de dichos pueblos para definir a los pueblos indígenas y tribales, y para ello combina elementos objetivos relativos a las características socioculturales y procedencia histórica de dichos pueblos, con el elemento subjetivo de la autoidentificación de los individuos pertenecientes a los pueblos en estudio<sup>70</sup>.

Asimismo, la consulta no se debe realizar a los indígenas como individuos, ya que los indígenas son, jurídicamente hablando, pueblos, no poblaciones, esto es, sujetos colectivos de derecho a quienes se les reconoce la titularidad de derechos y, en consecuencia, la facultad de reclamarlos<sup>71</sup>. El Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, por lo tanto, se deben constituir como sujetos colectivos que poseen la facultad para ejercer su derecho a ser consultados en los términos que señala el Convenio.

---

<sup>70</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>71</sup> DONOSO R., S. *Op. cit.*, p. 214.

Dado lo anterior, en el caso de que la legislación de nuestro país no siguiera los elementos subjetivos para definir los sujetos pasivos de la consulta, tales como la autoidentificación, se debe señalar que cualquier criterio adicional que contenga la legislación interna de los Estados parte del Convenio para definir la pertenencia de una persona a un pueblo indígena, con fin de ser objeto de consulta previa como parte de dicho pueblo, no puede tener como efecto último alterar el ámbito de aplicación del Convenio<sup>72</sup>.

Para estos efectos, y en relación con el Convenio en estudio, nuestra legislación expresada en la Ley Indígena N°19.253 contempla el reconocimiento que hace el Estado de Chile a los indígenas<sup>73</sup>, y dentro de los criterios “De la Calidad Indígena”<sup>74</sup> señala la autoidentificación como elemento necesario en su artículo 2º letra C), es decir, el Convenio y la Ley Indígena utilizan un mismo parámetro para distinguir los pueblos susceptibles de aplicar la consulta.

### **3.5. Ámbito de aplicación**

Al tener en cuenta que el Estado es el sujeto obligado a ejecutar la Consulta señalada en el artículo 6 del Convenio y que son los pueblos indígenas (como

---

<sup>72</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. cit.*, p. 234.

<sup>73</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y COOPERACIÓN. 1993. Ley 19.253, artículo 1º: “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones, humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aymará Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas Quechuas y Collas del norte del país las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yamana o Yagan de los canales australes...”

<sup>74</sup> Ley Indígena N°19.253, Artículo 2º: “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos: a) Los que sean hijos de padre o madre indígena cualquiera sea la naturaleza de su filiación inclusive la adoptiva; Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena; Un apellido no Indígena será considerado indígena para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por generaciones, y c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena En estos casos, será necesario, además que se auto identifiquen como indígenas.

colectividad) los titulares del derecho a ser consultados, cabe la pregunta respecto a qué medidas adoptadas por el Estado se debe dar inicio un proceso de consulta previa.

Someramente, podemos señalar que se deben consultar las medidas legislativas o administrativas emanadas de los órganos del Estado, susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. El Convenio 169 no distingue las materias de las medidas legislativas o administrativas que deben ser sometidas a consulta<sup>75</sup>. Lo anterior queda demostrado en que el artículo 6 del Convenio utiliza el término “cada vez que” antes de la frase “se prevean medidas legislativas o administrativas...”. El Convenio no señala cuales son las medidas objeto de las consultas, sino que deja abierta la posibilidad de consultar todas aquellas que afecten directamente a los indígenas. El Convenio no hace distinción ni restringe el ámbito de aplicación de la consulta.

Ya hechas las primeras consideraciones, se pasará a realizar un análisis detallado de lo enunciado con anterioridad, respecto de lo que se debe entender por “medida legislativa” y “medida administrativa”, así como de qué es lo que trata de indicar el Convenio cuando señala que se debe consultar “cada vez que se prevean medidas” y qué se entiende por el término de “afectación directa”.

### **3.5.1. La consulta debe hacerse cada vez que se prevean medidas**

El artículo 6 del Convenio que nos convoca al presente estudio señala que la consulta a los pueblos indígenas “debe hacerse cada vez que se prevean medidas”. Esta última expresión indica que las consultas a los pueblos indígenas siempre deben efectuarse cuando alguna medida estatal afecte a estos últimos pueblos, sin que haya algún ámbito de excusa o excepción para el Estado. No existe, según parámetros del Convenio, la posibilidad de consultar sólo en algunos casos, o que exista consulta “en la medida de lo posible”. Con esto queremos decir que no existe espacio para que el

---

<sup>75</sup> INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2010, p. 217.

Estado pueda discriminar, al menos no de forma arbitraria, respecto de la procedencia de una consulta, estableciendo límites, requisitos o excepciones de tipo alguno. En este punto, el Convenio es claro y no admite espacio para controversias. El término “cada vez que” del artículo 6 de dicho tratado internacional debe tomarse como un verdadero “siempre” para el Estado, un auténtico mandato directo e inexcusable de realizar las consultas en caso de que estas resulten procedentes<sup>76</sup>.

Este término “cada vez que” es un punto que muchas veces pasa por alto a la doctrina, pero es un elemento fundamental para la aplicación de la consulta instaurada por el Convenio. Este término, junto con la naturaleza autoejecutable de esta obligación, hace que la consulta sea en la actualidad plenamente justiciable, en el sentido de que la procedencia de una consulta no depende de la creación o establecimiento de una política pública por parte de los órganos del Estado<sup>77</sup>.

En resumen, la consulta siempre debe ser aplicada cada vez que haya alguna medida emanada del Estado que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y, como se ha dicho, sin excepciones de tipo alguno.

### **3.5.2. Medida legislativa**

El Convenio en su artículo 6 en señala que deben ser consultadas las medidas “legislativas” que prevean los Estados y que puedan afectar de manera directa a los pueblos indígenas. De esta manera, debemos entender que el mecanismo de consulta se extiende y se hace aplicable a los procesos legislativos. De esta forma, se reconoce a los pueblos indígenas un cierto derecho a pronunciarse en forma preventiva respecto de cualquier Ley que pueda llegar a incidir en la esfera de sus intereses, lo cual supone

---

<sup>76</sup> CONTESSE, J. “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, Notas para su implementación en Chile”. En: *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p. 194.

<sup>77</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Op. Cit.*, p. 192.

una especial facultad de injerencia en la gestión de los asuntos legislativos propios de los entes colegisladores<sup>78</sup>.

Dado lo anterior, el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados debe observarse en el proceso de tramitación de proyectos de Ley, cuya reglamentación, de acuerdo a la Constitución Política de la República en su artículo 55, se encuentra entregada a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. De este modo, en la discusión de los proyectos de Ley que afecten directamente a los pueblos indígenas, se debe establecer una instancia de participación para los mismos<sup>79</sup>.

Respecto a la iniciativa de Ley mediante Mensaje Presidencial<sup>80</sup> (en su calidad de colegislador) se estima que la obligación de consultar a los pueblos indígenas no se aplicaría en principio a estos casos y, en general, a ningún tipo de proyecto de Ley como simple texto (ya sea por moción o mensaje) debido a que como lo señala su nombre, son sólo proyectos, planes o intenciones iniciales que, como tales, no pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, puesto que estos proyectos deberán pasar por un largo trámite legislativo en el que se puede modificar en gran medida el texto original del proyecto, hasta ser finalmente aprobado, ya sea con mínimos o múltiples cambios, o bien, rechazado por el Congreso. Es decir, las medidas legislativas referidas por el Convenio 169 son las de tramitación de un proyecto de Ley en el Congreso Nacional, en donde finalmente emanará la medida que afectará eventualmente a los pueblos indígenas, y no a la actividad del Presidente como ente colegislador. En otras palabras, el Ejecutivo no tendría que efectuar consulta a los pueblos indígenas respecto de los borradores de un Mensaje Presidencial, sino más

---

<sup>78</sup> VALDIVIA, J. M. *Alcances Jurídicos del Convenio 169*. [En línea] Estudios Públicos N°121. Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011.  
<[http://www.cepchile.cl/1\\_4765/doc/alcances\\_juridicos\\_del\\_convenio\\_169.html#.VUj\\_-l5\\_Oko](http://www.cepchile.cl/1_4765/doc/alcances_juridicos_del_convenio_169.html#.VUj_-l5_Oko)> [consulta: 5 mayo 2015], p. 49.

<sup>79</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Op. Cit.*, p. 196.

<sup>80</sup> En concordancia a lo dispuesto en los artículos 32 N°1 y 65 de la Constitución Política de la República de Chile.

bien, este proceso debe hacerse en el transcurso de la tramitación del proyecto en el Congreso Nacional, una vez recibido el Mensaje del Presidente.

Por otra parte, estimamos que los pueblos deben intervenir en el proceso de formación de la Ley al menos en algún momento antes de la clausura del debate legislativo (obviamente, antes que el Congreso envíe el respectivo oficio para promulgación al Ejecutivo), a fin de que pueda tener un efecto práctico sobre la voluntad soberana representada en el Congreso<sup>81</sup>.

### **3.5.3. Medida Administrativa**

El convenio en este punto no hace distinciones, y señala que se debe consultar cada vez que se prevea una medida administrativa que pueda afectar de forma directa a los pueblos indígenas. Como indicamos en puntos anteriores, se debe ejecutar el mecanismo de consulta cada vez que algún órgano integrante de la administración del Estado emita algún tipo de acto administrativo (que afecte a los pueblos), ya sea que este provenga de la administración centralizada o descentralizada, concentrada o desconcentrada, incluyendo asimismo las municipalidades y empresas del Estado.

No cabe en este punto hacer distinciones sobre el tipo de acto administrativo respecto del cual se debe ejecutar la consulta, por lo que no se debiera definir la procedencia de la consulta basándose únicamente en el tipo o naturaleza de los actos administrativos. Opiniones contrarias a esta concepción ya han sido ampliamente superadas por la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Todo acto administrativo, tanto de efecto general o particular, queda incorporado dentro de la denominación genérica de “medida administrativa”<sup>82</sup> que señala

---

<sup>81</sup> VALDIVIA, J. M. *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>82</sup> FERNÁNDEZ, A. y DE LA PIEDRA, C. *Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169*. Estudios Públicos N°121. Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011. [En línea]: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4766\\_2888/rev121\\_AFernandez\\_CDelaPiedra.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4766_2888/rev121_AFernandez_CDelaPiedra.pdf)> [Fecha de consulta: 2 de abril de 2015], p. 110.

expresamente el artículo 6 del Convenio 169. De la misma manera también lo ha entendido la Corte Suprema, en el sentido de que todo acto administrativo, ya sea de efectos generales o particulares, debe ser objeto de consulta<sup>83</sup>, sin distinción alguna.

De todos modos, cuando se enfrente la expresión “medida administrativa”, el propósito debe ser de interpretarla, con el fin de favorecer y no de restringir la consulta e interacción con los pueblos y comunidades indígenas<sup>84</sup>. Por lo mismo, su interpretación siempre debe darse siguiendo el principio “pro homine”<sup>85</sup>, en el sentido de beneficiar a los indígenas, no de perjudicarlos. Por esto, no se debiera dar tanta importancia a qué tipo de medida es considerada como “administrativa” (ya que debiésemos considerar para ello todo acto de la administración) sino más bien, es menester tener en cuenta la afectación directa de dicha medida a los pueblos y, en ese caso, si efectivamente existe algún grado de afectación, se debe entonces consultar a los pueblos según el estándar exigido por el Convenio, independiente del tipo de medida emanada desde el Estado.

#### **3.5.4. Afectación directa de las medidas adoptadas por el Estado**

El Convenio 169 es enfático en señalar que las medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas deben ser objeto de Consulta. Pero lo que no está claro es lo que se entiende que afecta en forma directa a dichos pueblos. Para aclarar este punto, se ha afirmado que la consulta sería aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una

---

<sup>83</sup> Así lo señala, a modo de ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema Rol N°4078-2010. Esta es la primera resolución de la Excelentísima Corte en considerar que todo tipo de acto administrativo, tanto de efectos generales como particulares deben consultarse, sin excepción.

<sup>84</sup> CONTESSE S., J. *Op. cit.*, p. 195.

<sup>85</sup> El principio “pro homine” es un criterio hermenéutico que en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas<sup>86</sup>.

A pesar de lo expuesto anteriormente, este tema no es sencillo en la práctica. Por ejemplo, será complejo determinar los casos en que se prevean medidas de aplicación general a la población, pero en donde se debiera considerar la pertinencia de la consulta indígena. Al estimar lo anterior, el meollo del asunto será distinguir las materias que afecten directamente a los pueblos indígenas de aquellas que lo hagan sólo en forma indirecta. Debido a que es muy difícil encontrar un criterio de aplicación general, debe emplearse conservadoramente y de buena fe, un análisis casuístico que resguarde los derechos que se reconocen a los pueblos originarios<sup>87</sup>, con el fin de ver, caso a caso, la procedencia de una consulta del Convenio 169.

Se cree que el punto más complejo será determinar la procedencia de consulta indígena en los casos en que cierta medida estatal de efectos generales produzca consecuencias al mismo tiempo a los pueblos indígenas. A modo de ejemplo, se pondrá el caso de una ley que no se aplique específicamente a los indígenas, pero que de todos modos los afectará como habitantes de Chile, como lo sería una nueva regulación de ciertos recursos naturales. Si bien la ley afectaría a toda la población chilena en general, sin normar en forma específica a los indígenas, de una u otra forma eventualmente los afectará. Por tanto, ¿es necesaria en este caso, la procedencia de una consulta según los estándares del Convenio 169? Bajo nuestro punto de vista, sí sería procedente efectuar una consulta previa, con el fin de dar plena validez a la norma, porque, en este caso, dicha medida legislativa sí afectaría a los pueblos indígenas de forma directa, de un modo que la generalidad de la población chilena podría no percibir.

Sin embargo, en un reciente fallo del Tribunal Constitucional, en el marco de la tramitación del proyecto de ley de modificación de la Ley General de Pesca y

---

<sup>86</sup> ANAYA, J. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Op Cit.*, punto 43.

<sup>87</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Op. Cit.*, p. 191.

Acuicultura, actualmente Ley N° 20.657, se consideró que en casos de leyes que afectan a la generalidad de la población, no sería necesario efectuar una consulta previa a los pueblos indígenas<sup>88</sup>. Señalamos expresamente que no compartimos esta posición del Tribunal Constitucional sobre la procedencia de consulta en el caso comentado, lo cual desarrollaremos en extenso en puntos posteriores de la presente memoria.

Anteriormente ya se ha indicado que la aplicación de la consulta a los pueblos indígenas corresponderá en el caso que dichos pueblos se vean afectados por la implementación de medidas emanadas del Estado. Por lo mismo, es necesario preguntarse: ¿qué debemos entender por “afectación”? Al respecto, la doctrina tampoco se ha referido en términos acabados sobre el tema, pero sí ha sido abordado ampliamente por la jurisprudencia nacional.

Sobre lo que se debe entender por el concepto de “afectación”, se ha asentado en las sentencias de los tribunales superiores de justicia (todas relativas a proyectos de inversión en el marco del SEIA de la Ley N°19.300)<sup>89</sup> que el elemento clave para definir la procedencia de la consulta indígena radica en que se produzca “afectación”, la cual se encontraría definida en el artículo 11 letra c) de la Ley N°19.300. Esto es, cada vez que se genere o presente reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos<sup>90</sup>. Se considera que el concepto de afectación construido por la Excelentísima Corte no es el más adecuado por dos razones: primero, porque toma el concepto de afectación desde un punto de vista “negativo” y, segundo, porque el Convenio no hace ningún tipo de distinción entre tipos de afectación en cuanto a su magnitud o entidad. Para

---

<sup>88</sup> T. Constitucional, 23 enero 2013, Roles N°2387-12-CPT y N°2388-12-CPT, acumulados, señaló que “el asunto no era de aquellos que deben consultarse, por tratarse de una legislación de carácter general destinada a modificar la legislación que regula la actividad pesquera nacional y no una legislación específica susceptible afectar directamente a pueblos indígenas”.

<sup>89</sup> Este concepto de afectación y procedencia de las consultas fue por primera vez abordado por la Corte Suprema en el caso “Piscicultura Palguin”, Rol N°1525-2010.

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ, A. y DE LA PIEDRA, C. *Op. cit.*, p. 105.

explicar los dos puntos propuestos, necesariamente tenemos que dar un significado al término “afectación”.

Estimamos que, según lo indicado por la RAE, la acepción de dicha palabra que más se acerca a los principios del Convenio 169 de la OIT es aquella que se refiere a que “afectación” sería la acción de “producir alteración o mudanza en algo”. De esta manera, la palabra “afectación” estaría más relacionada en este caso con la alteración de algo desde su estado corriente o normal. Por lo mismo, no sería correcto imputarle a dicha palabra una carga negativa, en el sentido que deba necesariamente perjudicar a los pueblos indígenas. El Convenio no hace distinción alguna en esta materia, ya que toda medida que afecte en forma directa a los pueblos debe ser consultada, independiente si esta alterará, en forma negativa o positiva, las condiciones originales de las formas de vida de los pueblos indígenas.

Para explicar lo anterior, podemos proponer un caso hipotético, en el cual una medida legislativa o administrativa afectará positivamente a ciertas comunidades, asegurándoles sólo beneficios futuros. Entonces, ¿acaso no se debe consultar a las comunidades sólo por el hecho de no afectarles en forma “negativa”? Estimamos que este enfoque es erróneo y que sí se debe proceder a ejecutar un proceso de consulta previa en estos casos, puesto que los pueblos tienen el derecho a participar en la toma de decisiones y, eventualmente, las comunidades querrán influir en la manera de obtener la cantidad y calidad de los eventuales beneficios que una medida estatal les afecte directamente en forma “positiva”. Debemos recordar que no hay que perder de vista el objeto de la Consulta, el cual es que los pueblos indígenas puedan participar en la toma de decisiones de los órganos del Estado que los afecte. En definitiva, este mecanismo asegura a las minorías la incorporación al proceso político a las cuales han sido tradicionalmente postergadas y excluidas<sup>91</sup>.

El otro punto discutido es el relativo a que el Convenio no hace ningún tipo de distinción entre “formas” de afectación en cuanto a su magnitud. La jurisprudencia

---

<sup>91</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Op. Cit.*, p. 143.

nacional ha llegado a afirmar que sólo es procedente ejecutar un proceso de consulta cuando una medida del Estado altere en forma “significativa” a los indígenas. Consideramos que esta interpretación perjudica a los pueblos indígenas, limitando seriamente el ámbito de aplicación de la consulta, debido a que se estarían imponiendo elementos para su ejecución que en ninguno de los artículos del Convenio 169 se señalan. El tenor del Convenio, en este sentido, se estima que es claro. Siempre que haya afectación directa, se debe consultar a los pueblos indígenas. Lo que la jurisprudencia está tratando de asentar es que el Convenio propone una verdadera “graduación de la afectación” en la que sólo las afectaciones de cierta entidad, grado o intensidad son susceptibles de ser consultadas, y ante las que no pertenecen a esa especial entidad, no correspondería que se procediera a la consulta previa.

En otras palabras, para la jurisprudencia nacional, únicamente si las medidas afectan en forma significativa o gravemente a los pueblos indígenas, se entiende que hay que consultar a los pueblos según los estándares del Convenio 169. Por otro lado, si la medida estatal sólo afecta en menor grado a los pueblos indígenas, es decir, una afectación de menor entidad, entonces en ese caso no se ejecutaría un proceso de consulta. Se considera que estas distinciones hechas por la jurisprudencia nacional sólo ayudan a restringir en forma grave la recta aplicación del Convenio 169, coartando su ámbito de implementación, específicamente en lo concerniente al mecanismo de consulta previa, ya que dicho instrumento internacional no señala ni distingue algún especial grado o intensidad de afectación para efectuar consulta.

En definitiva, la consulta se debe realizar siempre que haya afectación directa, ya sea que esta afectación constituya finalmente beneficios o perjuicios, ya sea que se alteren de manera leve o grave las formas de vida tradicionales de los pueblos indígenas. En consecuencia, podríamos afirmar que la “afectación directa” es la verdadera *conditio sine qua non* de la consulta, en el sentido de que mientras exista dicha afectación, independiente del tipo de medida estatal que la produzca, será procedente la ejecución de un proceso de consulta previa. De este modo, el “filtro” no

debe pasar por el tipo de medida estatal, sino por la afectación directa a los pueblos indígenas<sup>92</sup>.

### **3.6. Forma de realizar las consultas**

El término “forma de realizar las consultas” se refiere específicamente al estándar exigido por el Convenio 169 para ejecutar dicho mecanismo. Este estándar especial contiene los siguientes elementos, los cuales se informan mutuamente y están en relacionados en forma directa: i) Deben realizarse mediante procedimientos adecuados; ii) Debe ejecutarse a través de instituciones representativas de los pueblos interesados; iii) Exigencia de hacer la consulta de manera apropiada a las circunstancias y, iv) Debe realizarse de buena fe.

#### **3.6.1. Consulta mediante procedimientos adecuados**

Respecto de los procedimientos apropiados, se relaciona directamente al cumplimiento del estándar exigido por el Convenio, el cual esta entregado en el N° 2 del artículo 6 del mismo cuerpo normativo, y que comporta el establecimiento de un dialogo genuino y productivo entre ambas partes (Estado y pueblos indígenas) caracterizado por la comunicación, el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común<sup>93</sup>.

En otras palabras, para definir lo “apropiado” de los procedimientos, pasa por dar cumplimiento de un estándar de exigencia superior a la mera entrega de información o a la mera pregunta acerca de la opinión que los pueblos indígenas tienen sobre la medida estatal que se trata de instaurar. En este sentido, será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para llegar a un acuerdo o lograr

---

<sup>92</sup> CONTESSE, J. *Op. Cit.*, p. 195.

<sup>93</sup> MORRIS, M. et al. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009, p. 40.

consentimiento de las medidas propuestas. Es decir, la expresión “procedimientos apropiados” se debe entender con referencia a la finalidad de la consulta<sup>94</sup>.

En esta misma línea, el relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya<sup>95</sup>, sostiene que el estándar exigido por el Convenio incide en que las consultas “sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción 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 decisiones”<sup>96</sup>.

De la misma manera, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones de la OIT, ha señalado que el término «consultas» significa procesos efectuados de buena fe y, para esto, lo básico es dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio contempla<sup>97</sup>. Con relación a este punto, el relator especial de las Naciones Unidas indica que no basta la mera entrega de información, sino que se debe constituir el establecimiento de un “diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>95</sup> El Relator Especial forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entre sus funciones está la de investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas, recopilar información sobre violaciones de dichos derechos, realizar visitas a países y realizar informes sobre los puntos anteriores. Adicionalmente, envía comunicaciones confidenciales con recomendaciones a los Estados con base en información que recibe sobre violaciones o amenazas a los derechos indígenas y realiza diferentes actividades de seguimiento a las recomendaciones a los Estados y a las agencias de las Naciones Unidas, tanto a partir de las visitas a los Estados como en los informes anuales. Entre estas actividades de seguimiento, el Relator organiza seminarios, foros y redacta informes. A pesar de no ser vinculantes, y de tener un bajo nivel de implementación, los informes del Relator tienen una gran fuerza política.

<sup>96</sup> ANAYA, J. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>97</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones, 100ª reunión, Ginebra, 2011. [En línea]: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_151559.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf) [Fecha de consulta: 5 mayo 2015], p. 865.

<sup>98</sup> ANAYA, J. *Op. Cit.*, p. 6.

La OIT ha señalado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”<sup>99</sup>, lo cual no limita la consulta a instancias específicas de intervención, muy por el contrario, se obliga a los Estados a que "garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado"<sup>100</sup>.

### **3.6.2. Consulta a instituciones representativas**

Respecto a las instituciones representativas, los órganos del Estado deben tener certeza acerca de las instituciones, formas de organización y autoridades tradicionales que representan a los pueblos indígenas. Se debe tener completa claridad de acuerdo con el espíritu del Convenio 169, el cual apunta a “reconocer” a los pueblos indígenas, por lo que al momento de decidir a quiénes se efectuará la consulta, se deben seguir los lineamientos que el propio Convenio entrega a los Estados.

En su artículo primero se establecen los criterios de identificación de pueblos indígenas, los que, como ya se había expuesto previamente, pueden ser objetivos o subjetivos. De esta forma, “ningún Estado puede crear a los pueblos indígenas, ya que estos últimos preexisten a los primeros, razón por la que les corresponde indudablemente reconocerlos”<sup>101</sup>. Al respecto, los órganos de control de la OIT han señalado que “dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un

---

<sup>99</sup> Ídem.

<sup>100</sup> Recomendación General Nº 23 (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas, (CERD/C/51/Misc.13/Rev.4), art. 4, párr. d).

<sup>101</sup> CORONADO, H. *Análisis a las observaciones del Poder Ejecutivo sobre la Ley de Consulta Previa aprobada por el Congreso de la República el día 19 de mayo de 2010*. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, Lima, 2010. [En línea]: <[http://www.caaap.org.pe/documentos/analisis\\_a\\_obs\\_ley\\_consulta-30jun10.pdf](http://www.caaap.org.pe/documentos/analisis_a_obs_ley_consulta-30jun10.pdf)> [Fecha de consulta: 5 mayo 2015], p. 13.

proceso propio, interno de los pueblos indígenas<sup>102</sup>. Sin embargo, son numerosos los casos en los que el Estado no ha dado reconocimiento a las estructuras tradicionales indígenas, al extender a estos pueblos las estructuras jurídicas “comunes” de derecho interno. Así ha ocurrido con la Ley Indígena N° 19.253, pues no establece derechos en favor de “pueblos”, sino de comunidades, asociaciones e individuos indígenas<sup>103</sup>.

Dado que son los mismos pueblos indígenas los encargados de determinar quiénes son sus representantes legítimos para hacer valer su voluntad dentro de un proceso de consulta previa, es importante considerar que será indispensable el rol del Estado en proporcionar los recursos necesarios para alcanzar estos fines, al otorgar soluciones financieras a las dificultades que pudiera enfrentar un órgano representativo de dichos pueblos por falta de presupuesto<sup>104</sup> u otras razones de diversa índole, y de esa forma poder evitar que alguna organización que debía participar legítimamente en la consulta no lo pudiese hacer por falta de medios o recursos.

También debemos indicar que el Estado tiene finalmente el deber de adecuar todo proceso de participación a la realidad de cada pueblo en especial, respetando las disposiciones del Convenio 169, que apuntan a criterios mínimos de representatividad: (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 género<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> ANAYA, J. *Op. Cit.*, p. 8.

<sup>103</sup> CONTESSE, J. *Op. Cit.*, p.199.

<sup>104</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. Cit.*, p. 239.

<sup>105</sup> ANAYA, J. *Op. Cit.*, p. 8.

En resumen, las consultas indígenas deben emprenderse con organizaciones e instituciones genuinamente representativas, que estén debidamente habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas<sup>106</sup>.

### **3.6.3. Consulta apropiada a las circunstancias**

La exigencia de ejecutar la consulta indígena de forma adecuada a las circunstancias implica considerar la realidad de los pueblos indígenas a ser consultados y asegurarse de este modo que la metodología empleada para formular la consulta permita efectivamente que todos aquellos quienes puedan verse afectados conozcan la medida estatal en cuestión y tengan un espacio real para emitir sus planteamientos, ya que sólo de esta manera se podrá obtener la totalidad de la información que se requiere para que dicha medida, en el caso que llegase a ser adoptada, considere todos los posibles impactos que generará.

De tal manera, al ejemplificar con una reunión en conjunto con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta<sup>107</sup>. Asimismo, si estamos en presencia de un pueblo ubicado en áreas rurales de difícil alcance, con nulo acceso a las comunicaciones, el Estado no puede realizar una consulta si para ello efectúa convocatorias por internet, o bien, en lugares urbanos donde se asume que las personas podrían llegar, aunque en la práctica no sea así<sup>108</sup>.

### **3.6.4. El principio de la buena fe**

El Convenio 169 señala en su artículo 6 N°2 que todas las consultas deben ser realizadas bajo el principio de buena fe. Al respecto, ¿qué significa este principio?

---

<sup>106</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>107</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>108</sup> CONTESSE, J. *Op. Cit.*, p.194.

¿Qué se debe entender cuando se dice que el mencionado mecanismo deba realizarse de buena fe?

Se ha señalado que para los casos en que se ejecute la consulta, la buena fe impone y conlleva la necesidad de entregar toda la información relevante, absolver todas las dudas relativas al caso, hacerse cargo de las observaciones realizadas, sea para acogerlas y, en el caso de rechazo, hacerlo fundadamente. Se debe proporcionar a los pueblos indígenas toda la información en forma apropiada y completa, para que pueda ser plenamente comprendida. La posición de estos pueblos debe ser debidamente sopesada por las autoridades, de manera que es necesario que los procedimientos de consulta no sean conducidos para cumplir con un verdadero “formulario”, sino para atender razones, ponderarlas y, en caso de ser necesario, cambiar de opinión<sup>109</sup> o bien reconsiderar las medidas estatales a implementar, reformulándolas de manera consensuada.

Todo lo anteriormente expuesto se puede considerar, a muy grandes rasgos, como un resumen de lo que la doctrina y jurisprudencia nacional entienden por buena fe en el ámbito de la consulta del Convenio 169. Se puede apreciar que no se ha profundizado mucho en cuanto al significado preciso del término “buena fe”, sino que sólo se ha limitado a dar listados a modo de ejemplo sobre conductas que se deben entender que se hacen de buena fe y, por exclusión, cuándo se debe entender que un proceso de consulta no se ha llevado a cabo bajo dicho principio. En otras palabras, sólo hay referencias a la buena fe desde el punto de vista de comportamiento material externo, de forma descriptiva, y no abordan el concepto desde el plano de la subjetividad, es decir, desde el ánimo o intención de las partes, el cual consideramos que es fundamental para reconocer si una consulta fue ejecutada o no bajo los estándares exigidos por el Convenio.

Al señalar lo último, resulta difícil hallar un enfoque apropiado que se ajuste de manera acertada a la redacción del artículo 6 del Convenio sobre lo que se entiende

---

<sup>109</sup> Ídem.

por buena fe. Por lo mismo, se estima inicialmente que este tema puede ser tratado bajo los criterios de la dogmática del Derecho Civil, al acoger la concepción que posee el derecho privado para este tópico. Hay que enfatizar que se utilizarán conceptos propios del Derecho Civil con el único propósito de dar una noción más acabada, precisa o, al menos, más clara sobre lo que se debe entender por buena fe. Además, se deben entregar los lineamientos para entender de mejor forma este asunto, y tener siempre en consideración que se trata de materias diferentes y que la manera en que se aplica este principio es distinta<sup>110</sup>. Sin embargo, como ya se ha señalado, no hay claridad en cuanto a qué se debe entender por buena fe en el ámbito de la consulta indígena, y consideramos útil emplear conceptos de esta área del derecho en específico, debido a que ha sido estudiado ampliamente y se cuenta con gran material doctrinal sobre este punto, el cual precisa ser revisado para aplicarse en este caso específico.

Se estima que no es muy arriesgado proponer lo anterior, ya que recientemente se ha afirmado que es viable utilizar elementos del derecho privado y aplicarlo en la consulta del Convenio 169, en lo relativo a la buena fe<sup>111</sup>. En este sentido, lo que se ha escrito en la doctrina civilista respecto de la “buena fe contractual” es aplicable a la consulta indígena, ya que en este último mecanismo se reproducirían un conjunto de actos muy similares a aquellos conducentes a la celebración de un contrato, puesto que habrían, a modo de ejemplo, dos partes que negocian con el objetivo de llegar finalmente a un acuerdo, un objeto sobre el cual recae la negociación (la medida estatal) y una forma de consultar que legitima el procedimiento<sup>112</sup>.

Para la doctrina del ámbito del derecho privado, el concepto de buena fe no produce mayores discusiones. Según el profesor Jorge López Santa María, el

---

<sup>110</sup> Debemos de todos modos tener presente la opinión del profesor Luis Diez-Picazo, acerca de que el principio de la buena fe domina toda asunto jurídico, no solo en la órbita estricta del derecho privado, sino también incluso en el derecho público, tales como en materias de derecho administrativo o derecho procesal. Véase DIEZ-PICAZO, L. La doctrina de los propios actos. Editorial Bosch, Barcelona, 1963, p. 135.

<sup>111</sup> CONTESSE, J. *Op. Cit.*, p. 197.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, pp. 197-198.

concepto de buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad, y en sede no jurídica dicha expresión designa una persuasión subjetiva interna de haber procedido o estar actuando de forma correcta, lo cual representa un verdadero estado de ánimo<sup>113</sup>. Por otra parte, en opinión del profesor Luis Díez-Picazo, la buena fe es un hecho psicológico, cómo un estado de ánimo, una creencia u opinión, lo que le da un carácter predominantemente ético como rectitud u honradez moral de una conducta<sup>114</sup>. De lo anterior, se puede señalar que el principio de la buena fe no sólo tiene como contenido ciertos actos materiales externos, los que finalmente sólo son una expresión de su faceta primordial, la cual es fundamentalmente interna, subjetiva, intención o ánimo de las partes involucradas en el acto.

En consideración de lo anterior, y al continuar el análisis desde el punto de vista asumido, necesariamente se debe estudiar la buena fe desde sus dos caras conocidas: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. La primera de ellas es la faz primordialmente psicológica, en donde existe una convicción interna de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque no sea así en la realidad<sup>115</sup>.

Si bien es importante tener presente para el estudio del concepto de buena fe subjetiva bajo el matiz de creencia psicológica, en cuanto a todo aquello relacionado al concepto no jurídico de buena fe, también resulta de utilidad para el análisis dentro de la consulta indígena. Se afirma lo anterior ya que el concepto de buena fe subjetiva, en el campo del derecho privado, también está íntimamente relacionado con lo que se conoce como la “noción justificativa del error”<sup>116</sup>, asunto que no se relaciona con nuestra materia. Por lo tanto, buena fe subjetiva, como estado de ánimo, es el convencimiento de estar actuando correctamente, la convicción de que se está procediendo en forma regular, lealmente. Esta convicción es importantísima en el ámbito de la consulta indígena, ya que define si el Estado finalmente toma dicho

---

<sup>113</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los Contratos parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 391.

<sup>114</sup> DIEZ-PICAZO, L. *Op. Cit.*, p. 136.

<sup>115</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Op. Cit.*, p. 392.

<sup>116</sup> Ídem.

mecanismo como un mero trámite, o bien, como una verdadera oportunidad para la justa participación de los pueblos originarios, para considerar seriamente sus posiciones, ponderarlas en forma adecuada y, si las condiciones lo permiten, adoptar dichas posturas indígenas para aplicarlas dentro de determinadas modificaciones del diseño original de la medida estatal que era susceptible de afectar directamente a aquellos pueblos.

Por otro lado, la buena fe objetiva es un principio que impone a las partes el deber de comportarse correcta y lealmente a lo largo de sus relaciones mutuas<sup>117</sup>. En el caso de este otro tipo de buena fe, es importante tenerla en consideración para la presente memoria debido a que la doctrina la ha analizado en forma detallada para cada etapa de la contratación. En específico, interesa la buena fe en la etapa de las “tratativas preliminares” o “etapa pre contractual”, la cual, en analogía con la consulta del Convenio 169, guarda mucha similitud con dicha fase de la contratación, debido a que se efectúa o ejecuta antes de llegar al acuerdo o decisión final. En un caso, la celebración del contrato y, en el otro, el acuerdo o consentimiento de las comunidades indígenas. En estas etapas es en donde se genera el acercamiento entre las partes, en donde se conocen sus opiniones y posiciones. En definitiva, en donde las partes interesadas interactúan y “negocian” las condiciones y efectos de actos posteriores.

Hecha la analogía entre la consulta indígena y la etapa de tratativas preliminares o precontractual, debemos señalar la forma en la que se manifiesta la buena fe objetiva en esta etapa específica. Se puede indicar que en esta fase, la buena fe exige que las partes involucradas presenten los antecedentes conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar con plena claridad, absteniéndose de emitir afirmaciones inexactas o falsas, desapegadas de la realidad, así como igualmente evitar el silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos objetivos o subjetivos del acto que se negocia. Todo material o información

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 395.

encaminada a ilustrar al interlocutor deben enmarcarse en una línea de corrección y lealtad<sup>118</sup>.

También es factible considerar para este punto la relación de la buena fe y el concepto de la “coherencia del comportamiento”. Este término, directamente relacionado con la buena fe, según la doctrina significa que cuando una parte dentro de cierta relación jurídica ha suscrito en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y sería inadmisibles toda actuación incompatible con ella<sup>119</sup>. Es por ello que, al asistir al procedimiento de consulta, jamás se debe disfrazar verdadera intención, no se debe considerar este mecanismo como un mero trámite sólo con el fin de adoptar de todas formas la medida estatal de forma rápida y expedita sin la debida concurrencia de la posición de las comunidades indígenas. La intención del Estado desde un principio debe ser sincera y clara, con el fin de cumplir cabalmente con lo prescrito por el Convenio 169 y, luego de los resultados de dicho procedimiento, dar recto y leal cumplimiento a todo lo dispuesto en la consulta, sin cambios ulteriores injustificados.

De esta forma, al tomar todo lo anteriormente expuesto, puede señalarse en definitiva que la buena fe, para aplicarla dentro de la consulta indígena del Convenio 169, se debe considerar como una determinada intención o ánimo subjetivo de participar en el proceso de consulta, con la leal y verdadera intención de las partes, especialmente del Estado, de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Es necesario para esto que los organismos estatales se presenten a las consultas con un verdadero ánimo de negociación y no con una decisión oficial tomada de antemano, en el sentido de considerar la consulta como un mero trámite u obstáculo para aplicar la medida de todas formas. La consulta debe ser entendida por todas las partes involucradas como un espacio en que genuinamente se podrá llegar

---

<sup>118</sup> *Ibíd.*, p. 399.

<sup>119</sup> DIEZ-PICAZO, L. *Op. Cit.*, p. 135.

a acuerdos o arreglos. El Estado, mediante sus intermediarios, debe tener un leal y sincero convencimiento de que las posiciones de los pueblos indígenas pueden aportar e incluso mejorar el diseño original de la medida administrativa o legislativa en cuestión. Las partes, como ya hemos señalado en forma reiterada, deben tener un ánimo o verdadera intención de llegar a acuerdos y, en este sentido, el Estado debe participar en una consulta previa siempre con el verdadero propósito de llegar a acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos, independientemente de si no se consigue nada de ello.

Luego, se debe cumplir a cabalidad todo lo acordado en la consulta previa, y dar plena coherencia en el comportamiento, ya que actuar de forma contraria a esto sólo denotaría un comportamiento desleal, con mero afán de soslayar rápidamente el “trámite” sin nunca haber tenido un real compromiso de llegar a verdaderos acuerdos. Lo anterior, en definitiva, sólo develaría que en la consulta el Estado no actuó de buena fe, es decir, sin debido cumplimiento de los estándares exigidos por el convenio 169 para ejecutar la consulta de forma válida.

Sobre este tema, hay autores que incluso señalan que emana de la “naturaleza de la obligación” que el Estado actúe de buena fe<sup>120</sup>, claro está, si se considera el principio de la buena fe tal y como está recogido por nuestra legislación de derecho privado, pero haciéndola extensiva a la consulta del Convenio 169, de la misma manera que se ha intentado en el presente apartado.

---

<sup>120</sup> CONTESSE, J. *Op. Cit.*, p. 198.

#### 4. FINALIDAD DE LA CONSULTA Y PUEBLOS ORIGINARIOS

El Convenio 169, en general, tiene como objetivo poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas<sup>121</sup>, para terminar con uno de sus principales problemas a través de la consulta: la escasa oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento y las razones de medidas decididas o aplicadas que inciden directamente en sus vidas<sup>122</sup>. De manera que cuando hablamos del derecho a la consulta previa, lo que allí está en juego es más que una instancia de participación ajustada a las democracias liberales, mediante un voto igualitario característico de la democracia representativa<sup>123</sup>.

La Comisión de Observación de la OIT sostiene que la consulta debe materializarse como un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y que desempeñe un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos<sup>124</sup>. Por lo cual, su objetivo principal es garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en todos los niveles de la toma de decisiones que puedan afectarles<sup>125</sup>, generando así una reducción de la discrecionalidad administrativa en la calificación de la afectación de las comunidades, por cuanto existirán mejores antecedentes para evaluar la naturaleza y magnitud de la afectación<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup>Recomendación general N° 23 (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas, (CERD/C/51/Misc.13/Rev.4), art. 4, párr. d).

<sup>122</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>123</sup> PITKIN, H., "El concepto de representación". En: SANHUEZA C., *La consulta previa en Chile: del dicho al hecho*. [En línea]: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/libros/Sanhueza.pdf>> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015], p. 47.

<sup>124</sup> COMITÉ DE EXPERTOS DE LA OIT. Observación General del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 2009. En: Observación General, 2010. [En línea]: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms\\_305844.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms_305844.pdf)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015], p. 7.

<sup>125</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica; una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. 2009. [En línea]: <[http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS\\_113014/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS_113014/lang--es/index.htm)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015], p. 58.

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ, A. y DE LA PIEDRA, C. *Op. cit.*, p. 96.

Para alcanzar ese objetivo, resulta trascendental una actitud de diálogo y voluntad de considerar los planteamientos de los pueblos indígenas, lo que no se trata simplemente de preguntar, recibir las observaciones, contestarlas y decidir sobre cierta materia. Como ya han mencionado varios autores, es primordial que deba existir por parte del Estado un interés sincero y profundo de gestar un consenso<sup>127</sup>, y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños<sup>128</sup>.

Asimismo, los pueblos indígenas, en razón de la buena fe, deben buscar consensos sobre las medidas propuestas y evitar las posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se basen en intereses públicos legítimos<sup>129</sup>. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que el consentimiento a la medida en cuestión se obtenga<sup>130</sup>, lo que se busca es el asentamiento de las bases para la deliberación en un marco de confianza mutua, respeto por las opiniones, tradiciones y posiciones del otro para finalmente consolidar el acuerdo o consentimiento<sup>131</sup>.

Los mecanismos de participación comunitaria tienen en general por objeto proveer a la autoridad de mayores elementos de juicio para adoptar sus decisiones. Un ideal racionalizador propio de la ética de servicio público requiere que las autoridades actúen siempre movidas por razones y no por sus propias inclinaciones, necesidades o deseos<sup>132</sup>. En este sentido, la consulta indígena supone una facultad de injerencia en la gestión de los asuntos públicos<sup>133</sup>, en el marco de medidas administrativas y/o legislativas, sirviendo como puente entre los diversos intereses que implica las decisiones de pueblos distintos bajo un mismo marco jurídico<sup>134</sup>.

---

<sup>127</sup> RIBERA, T., "Desafíos y alcances de la implementación de Convenio N° 169 de la OIT en Chile", En: Anuario de Derechos Humanos N° 6, Universidad de Chile, Santiago, 2010, p. 58.

<sup>128</sup> CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, 2007, párrafo 248.

<sup>129</sup> ANAYA, J. *Los derechos de los pueblos indígenas*. 2006. *Op. Cit.*, punto 66.

<sup>130</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. cit.*, p. 236.

<sup>131</sup> CONTESSE, J. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>132</sup> VALDIVIA, J. M. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 49.

<sup>134</sup> SANHUEZA, C. *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2013. [En línea]: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/28658.pdf>> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015], p. 227.

#### 4.1. Poder de veto de pueblos indígenas

Según el diccionario de la Real Academia Española, veto es el “derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo” y vedar es “prohibir por ley, estatuto o mandato”. Los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público<sup>135</sup>, es decir, en términos generales, no existe poder de veto, independientemente de que la medida sea beneficiosa o perniciosa para la comunidad.

El poder que les reconoce el Convenio es el llamado “poder de negociación”, que a través de la consulta les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas, y les permite disponer de un espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos<sup>136</sup>. Sin la posibilidad de negociación, a los indígenas no les quedaría más alternativa que aprobar o rechazar (aunque no vetar) la respectiva medida en bloque, sin poder discutir en forma pormenorizada su contenido, lo que es incompatible con el espíritu del Convenio 169<sup>137</sup>.

Ahora, en el caso excepcional en que una medida tenga como consecuencia el traslado de los pueblos indígenas de las tierras o territorios que ocupan, la finalidad de la consulta es distinta porque el Convenio exige su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa<sup>138</sup>, y si no entregan su consentimiento y el desplazamiento es inevitable, éste solo puede realizarse bajo las siguientes condiciones: en forma participativa y transparente. En otras palabras, con plena conciencia y colaboración de los interesados<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> ANAYA, J. *Programa para promover el Convenio 169 de la OIT. Op. cit.*, párrafos 48-49.

<sup>136</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>137</sup> MONTT O., S. y MATTA A., M. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>138</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. *Op. Cit.* Artículo 16, número 1 y 2.

<sup>139</sup> OBSERVATORIO CIUDADANO. *Op. Cit.*, cartilla 9.

## 4.2. Carácter vinculante de los acuerdos alcanzados a través de la consulta indígena

El escenario ideal de la consulta es que arroje como resultado un acuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado, y en tal caso, la duda que surge es la siguiente: si ese acuerdo debe ser respetado o bien, si tiene o no el carácter de resolutivo.

En una primera aproximación al asunto, podemos inferir que si el objetivo de la consulta es alcanzar un acuerdo, aunque no es un requisito esencial del procedimiento mismo, las negociaciones deben ir en esa misma dirección, por razones de seguridad jurídica y buena fe, por lo tanto, sería un contrasentido, lograr consensos y no respetarlos, tanto desde la vereda del Estado y de los pueblos indígenas, como de los particulares interesados.

Si consideramos que los acuerdos son resolutivos, aplicando las normas generales de nuestro derecho civil, estos tomarían una forma similar a la transacción<sup>140</sup>, es decir, emanarían verdaderas obligaciones, exigibles en la medida en que existiría un legítimo derecho a reclamar judicialmente su cumplimiento, o bien, un derecho a impugnar los actos que contravengan esos acuerdos.

Algunos autores sostienen una opinión distinta, y señalan que los efectos de la consulta no son vinculantes para el Estado, debido a que ello implicaría otorgarles a los pueblos indígenas ámbitos soberanos, propios del poder estatal. Sus efectos son más bien una exhortación a considerar profunda y detalladamente el parecer y sentir de un sector de la comunidad nacional, y buscan, en la medida de lo posible, conciliar los intereses colectivos con los de dicho sector o parte<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. Código Civil. artículo 2446: La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

<sup>141</sup> RIBERA RIBERA, T., "Soberanía y participación política". En: *Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. [En línea]: <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11481/11832>> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015], p. 58.

### **4.3. Realización de medidas sin consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas**

En virtud del principio de buena fe, presente en el Convenio y en la Convención de Viena, en los casos en que no se alcance un acuerdo, el resultado de la consulta debe ser considerada como una propuesta decisiva en la definición de las medidas estatales, en el entendido de que sus resultados no son homologables a una encuesta. Además, es fundamental tener en cuenta que los desacuerdos también pueden estar dotados de información relevante y en tal caso, ese rechazo debe ser ponderado con el objetivo de adecuar las medidas consultadas a la realidad de los pueblos afectados.

De no mediar un acuerdo, la consulta puede igualmente ser legítima, siempre y cuando los Estados cumplan con el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración<sup>142</sup>. En este caso el Estado debe dar una respuesta razonada de por qué insiste en efectuar la medida legislativa o administrativa sin haber logrado el acuerdo<sup>143</sup>. Se debe dejar constancia del esfuerzo de los sujetos participantes por abandonar posturas refractarias, para que tal disenso no sea resultado de la imposición de alguna de las posturas enfrentadas.

### **4.4. Oportunidad de las consultas**

Pese a que el Convenio no señala cuándo se debe consultar, no cabe dudas de que debe ser previo a la toma de decisiones. Por su parte, el informe del Foro Permanente sobre metodologías de consulta interpreta el término “previo” de tal forma que para que una consulta sea realizada en concordancia con ese término, debe efectuarse respetando los requisitos de tiempo que tengan los procesos comunitarios

---

<sup>142</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. 2010. [En línea]: < <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>. [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2015], p. 112.

<sup>143</sup> OBSERVATORIO CIUDADANO. *Op. cit.*, Cartilla 8.

de consulta<sup>144</sup>. Mientras más temprana sea la consulta, mayores serán las posibilidades de los indígenas de participar activa y genuinamente en la toma de decisiones y, en consecuencia, menor será la posibilidad de falta de legitimidad de las medidas<sup>145</sup>.

Que la consulta sea previa también implica reiterarla ante modificaciones que alteren el sentido de las mismas y en las fases finales de su tramitación, puesto que la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión -con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas- de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes<sup>146</sup>.

Lo previo está relacionado con el tipo y complejidad de la materia a consultar, y se puede alegar que la buena fe que se exige es vulnerada por el Estado al no prever el tiempo necesario. De allí que, por ejemplo, cuando se trata de medidas legislativas, los pueblos deberían participar “en todas las fases del proceso de producción normativa”<sup>147</sup>.

En cuanto a los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, tanto el Convenio 169 como la Declaración de los Pueblos Indígenas establecen explícitamente que la consulta debe realizarse antes de su aprobación. Adicionalmente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reforzado este punto, afirmando que la consulta debe hacerse antes de

---

<sup>144</sup> MORRIS, M. et al. *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>145</sup> CONTESSE, J. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>146</sup> COMISIÓN DE EXPERTOS DE LA OIT. 2008. [En línea]: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100\\_COMMENT\\_ID,P13100\\_LANG\\_CODE:3066698,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:3066698,es)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

<sup>147</sup> SANHUEZA, C. *Op. cit.*, p. 233.

otorgarse las licencias ambientales u otorgar permisos sobre los proyectos que aprovechen recursos<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> MORRIS, M. et al. *Op. Cit.*, p. 42.

## 5. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y SU RELACION CON LA APLICACION DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, (en adelante, Convención) aprobada en la Conferencia de Viena del 23 de mayo de 1969 y abierta desde ese día a la firma de los Estados, tiene una gran importancia, pues es el régimen jurídico más completo que existe en la actualidad para regular tal clase de actos jurídicos<sup>149</sup>, aplicable en virtud del artículo 5 de la Convención, al Convenio 169 de la OIT<sup>150</sup>.

La Convención “es un tratado que versa sobre tratados y que tiene una concepción de los mismos, entendidos estos últimos, como otro procedimiento técnico de formación de normas, en este caso convencionales”<sup>151</sup>. Por su parte, esta es aplicable a la generalidad de los tratados<sup>152</sup>. Fue suscrita por el gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969 y promulgada el 5 de mayo de 1981, mediante el decreto 381. Por lo tanto, su contenido es vinculante para el Estado como marco general de acción frente a tratados internacionales que pasan a engrosar nuestro sistema normativo, y en este caso se analizarán particularmente las implicancias de su aplicación en relación al Convenio 169.

La Convención de Viena establece el principio del libre consentimiento de los Estados, el cual se concreta a través de su ratificación, entendida como un “acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito

---

<sup>149</sup> MOYANO B., C. La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969. p. 32.

<sup>150</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Convención sobre el derecho de los tratados, junio 1981. Artículo 5. La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

<sup>151</sup> MOYANO B., C. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>152</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Op. Cit.*, Artículo 2 "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"

internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”<sup>153</sup>, y queda comprometida la responsabilidad del Estado de acuerdo al derecho internacional público desde el momento en que entra en vigencia.

La ratificación del Convenio 169 vincula jurídicamente al Estado de Chile a nivel nacional e internacional en virtud del artículo 26 de la Convención, que contempla el principio *Pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), es decir, “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”<sup>154</sup>.

De esta manera, toda la estructura del Estado, poder judicial, legislativo y ejecutivo están obligados a acatar y hacer cumplir sus normas, por un lado los jueces deben aplicar el contenido del Convenio en sus pronunciamientos jurisdiccionales, los órganos del poder ejecutivo están obligados a llevar a cabo políticas públicas con la participación de los pueblos indígenas y los legisladores deben adecuar la normativa nacional al espíritu del Convenio, previa consulta a los pueblos indígenas, sin que sea suficiente un apego meramente formal, puesto que el estándar debe ser ponderado en base al principio de la buena fe, exigido tanto por la Convención de Viena como por el Convenio 169.

Respecto a la observancia de los tratados, el artículo 27.1 establece el principio de intangibilidad: “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”<sup>155</sup>. Esto implica que el compromiso contraído por 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 mismo tratado.

En virtud de esta regla, no resulta legítimo esgrimir como argumento una contradicción normativa entre el Convenio 169 y las normas jurídicas internas, ni tampoco la falta de operatividad política, ya que “las obligaciones internacionales están

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*, Artículo 2.b.

<sup>154</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Op. Cit.*, artículo 26.

<sup>155</sup> VALDIVIA, J. M. *Op. cit.*, p. 52.

dirigidas al Estado en su conjunto, y no a un poder en particular de éste [...] la lógica de la separación de poderes no opera como eximente de responsabilidad internacional”<sup>156</sup>.

En el artículo 53, la Convención sostiene que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”, y en esta norma reconoce “la existencia del derecho internacional general o *ius cogens*, el cual se constituye como un límite absoluto a la soberanía estatal, por cuanto al ser normas aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, no pueden ser derogadas por la sola voluntad del Estado”<sup>157</sup>.

En el artículo 31 se expresan reglas de interpretación de los tratados<sup>158</sup>. Ahora bien, interpretar un tratado se debe entender como una operación intelectual para determinar su sentido<sup>159</sup>. Por su parte, el “sentido del tratado”, es “lo que el texto significa según el sentido corriente u ordinario de las palabras”<sup>160</sup>. Como mecanismo de interpretación, contempla el principio de la “buena fe”, la “primacía del texto”, la regla del sentido corriente de los términos y el contexto, “objeto y fin” del tratado<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> AYLWIN, J. *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>158</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Op. Cit.* Artículo 31. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

<sup>159</sup> MOYANO B., C. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>160</sup> *Ídem.*

<sup>161</sup> DIEZ-PICAZO, L. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. p. 137.

Al entender que el trabajo de interpretación es realizado para buscar las formas de cumplir un determinado tratado,

la doctrina se muestra uniforme en cuanto a que la interpretación de los tratados debe ser hecha de buena fe. Por ello no es de extrañar que la CDI sostuviera que la interpretación de las disposiciones de los tratados hecha de buena fe y con arreglo a derecho, es indispensable para que la norma 'pacta sunt servanda' tenga un verdadero sentido<sup>162</sup>.

En la actividad u omisión en cada una de las estructuras de los Estados obligados, se manifiesta el respeto o la transgresión de este principio, puesto que la buena fe debe estar presente a lo largo de la vigencia del tratado de parte de todos los actores involucrados.

Si analizamos la conducta del Estado de Chile en la etapa inicial, posterior a la ratificación del Convenio 169 y previa a su entrada en vigencia, se puede observar que transgredió este principio a través de la potestad reglamentaria al promulgar el día 4 de septiembre de 2009 el Decreto Supremo 124 que reglamenta la consulta y la participación de los pueblos indígenas.

Este decreto, además, vulnera el artículo 18 de la Convención de Viena que establece la obligación de los Estados de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor<sup>163</sup>, debido a que fue dictado previo a la entrada en vigor del Convenio 169, inconsulto, alejado absolutamente de sus objetivos, severamente criticado por parte de diferentes sectores de la sociedad, ONG, comunidades indígenas, instituciones de derechos humanos e incluso los tribunales superiores de justicia se abstuvieron de aplicar sus normas. En septiembre del año 2011, el Mideplan

---

<sup>162</sup> MOYANO B., C. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>163</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Op. Cit.*, artículo 18, Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

acogió una solicitud administrativa de invalidación de este decreto, por no ajustarse al espíritu del Convenio<sup>164</sup> y posteriormente fue derogado el día 4 de marzo de 2014.

En cuanto al sentido corriente de las expresiones, la Comisión de Viena concluyó que se desprende del contexto en que se utilizan, del texto del tratado en su conjunto y del objeto y fin del tratado<sup>165</sup>. También se llegó a un acuerdo para permitir la existencia de excepciones, cuando así lo establezcan las partes respecto de uno o más términos del tratado<sup>166</sup>. Como en el caso del artículo 1.3 del Convenio 169 en que manifiesta la precaución sobre la utilización e interpretación del término “pueblos”, y se descarta cualquier implicancia de acuerdo a los derechos que pueda conferirse en el derecho internacional, puesto que en la época en que se dicta el Convenio e incluso hasta el día de hoy, muchos Estados compartían la idea de que la integración del derecho a la libre determinación en términos explícitos podría interpretarse como un derecho a la independencia, como ocurrió con los primeros artículos comunes del PIDCP y el PIDESC. En este caso, con “derecho internacional” se está refiriendo directamente al PIDCP y al PIDESC<sup>167</sup>.

Asimismo, en la aplicación de estas reglas es que gran parte de la doctrina concuerda en el carácter de derechos humanos del Convenio, puesto que

la finalidad y contenido del Convenio 169 en relación a las libertades y derechos de los pueblos indígenas están expresados claramente en su texto. Se señala en su articulado que los gobiernos deben 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 garantizar el respeto a su integridad (artículo 2),

no pudiendo para ello “emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio” (artículo 3.2). Además, el contenido propio de sus normas da cuenta explícitamente de los derechos que deben

---

<sup>164</sup> Diario La Nación, 2011. [En línea]: <<http://www.lanacion.cl/mideplan-abre-proceso-de-invalidacion-de-decreto-supremo-124-sobre-consultas-indigenas/noticias/2011-09-13/191030.html>> [Fecha de consulta: 1 mayo 2015]

<sup>165</sup> MOYANO B., C. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>166</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>167</sup> CONTESSE, J. *Op. cit.*, p. 249.

reconocerse a los pueblos indígenas, tales como la propiedad y posesión sobre sus territorios, participación, consulta y otros<sup>168</sup>.

Por otra parte, el principio del contexto consiste en la interpretación de una parte de un tratado con referencia al contenido del todo<sup>169</sup>. Está constituido por el preámbulo, el articulado o parte dispositiva, los anexos y todo acuerdo que se refiera al tratado, siempre que haya sido concertado entre las mismas partes y con ocasión de su celebración<sup>170</sup>.

Del Convenio 169 resulta relevante el análisis de su preámbulo -el cual forma parte integrante del tratado-<sup>171</sup>, y es, para algunos autores, un elemento que implica orientación hacia la autonomía, el derecho a la cultura propia, que requiere el reconocimiento de derechos colectivos –pese a su consagración en el nivel individual en el derecho internacional de los derechos humanos–, y en el bloque de derechos constitucionalmente protegidos en Chile mediante el punto de contacto establecido en el artículo 5, inciso segundo de la Constitución<sup>172</sup>.

Este preámbulo reconoce 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”. A la luz de esta necesidad de reorientar el derecho y la política indígena en un nivel global, el preámbulo continúa reconociendo “las aspiraciones de [los pueblos indígenas] a asumir el control de sus propias instituciones y formas de

---

<sup>168</sup> FUENZALIDA B., S. *Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos. Informe en Derecho*. Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2010. [En línea]: <[http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe\\_Final\\_Corregido1.pdf](http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf)> [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2015], p. 12.

<sup>169</sup> MOYANO B., C. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, p. 35

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>172</sup> CONTESSE, J. *Op. cit.*, p. 126.

vida, y de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones”<sup>173</sup>.

En cuanto al principio de la conformidad con el objeto y el fin del tratado, “se ha podido decir que es gracias al fin indicado en las declaraciones de voluntad que todo el convenio toma una unidad de sentido objetivo”<sup>174</sup>. Así ocurre en el Convenio 169, que tiene como objeto y fin contribuir al reconocimiento y protección de los derechos de los “pueblos interesados”. La incorporación y posterior ratificación del Convenio exige a las naciones signatarias una serie de adecuaciones de su regulación sectorial, sobre todo porque muchos de los derechos consagrados son genuinos derechos humanos, derechos fundamentales reconocidos por la mayoría de las naciones<sup>175</sup>.

Respecto de los medios complementarios de interpretación, parte de la doctrina sostiene que el artículo 32<sup>176</sup> no es taxativo, en el se deja la puerta abierta para que los tribunales tomen en consideración cualquier otro medio de interpretación que estime conveniente<sup>177</sup>.

Por su parte, el artículo 29 establece la obligatoriedad de los tratados en la totalidad del territorio<sup>178</sup>, por lo cual la consulta indígena puede ser aplicada a los pueblos indígenas que se encuentren en las condiciones del artículo 6 del Convenio, en cualquier lugar del territorio chileno sin exclusiones por razones de dominio particular o estatal.

---

<sup>173</sup> *Ibíd.*, p. 246.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>176</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Op. cit.*, Artículo 32: medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

<sup>177</sup> MOYANO B., C. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>178</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Op. cit.*, Artículo 29. “Un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales será obligatorio para cada uno de los Estados partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.”

En definitiva, la importancia de la aplicación de la Convención de Viena a los tratados internacionales que ratifique Chile y al Convenio 169 en particular, reside en la utilidad de estos instrumentos al definir objetivos que deben alcanzarse y que no pueden ser modificados o alterados por decisión unívoca del Estado. Por tanto, se conciben como exigencias irrenunciables que orientan significativamente las decisiones de los órganos políticos<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> VALDIVIA, J. M. *Op. cit.*, p. 67.

## 6. APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN EL DERECHO COMPARADO

En el siguiente apartado se realizará un breve compendio del estado de la cuestión en torno a la aplicación de la consulta en el derecho comparado. Para ello, se revisarán los casos de algunos países específicos.

### 6.1. Noruega

En primer lugar, se analizará el caso de Noruega, país pionero en ratificar el Convenio en el año 1990. De su experiencia destaca la creación del llamado “parlamento indígena”, el cual consiste en una instancia creada para que los pueblos indígenas puedan participar activamente de los asuntos que les conciernen, tanto así que desempeña un papel directo en el diálogo asociado con el control de la aplicación del Convenio 169<sup>180</sup>.

El estándar legal para consultar se condice con los principios del derecho internacional: debe consultarse de buena fe, con el objeto de lograr un acuerdo sobre las acciones propuestas. Las autoridades noruegas deben informar lo antes posible del inicio de los asuntos susceptibles de afectar directamente a los samis y sobre los intereses de los samis que puedan verse afectados. Luego de esta información, éste dará respuesta lo antes posible: si es deseable que se efectúen consultas. El Parlamento Sami podrá también plantear asuntos sobre los cuales desea que se realicen consultas<sup>181</sup>.

En los casos en los cuales hay acuerdo entre el Parlamento y las autoridades sobre la necesidad de realizar las consultas, se buscará elaborar un plan de trabajo en

---

<sup>180</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2010. *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenio de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT. 2009-2010.* [En línea]: < [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_150209.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf) > [Fecha de consulta: 11 mayo 15], p. 98.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, p. 77.

el marco de tiempo que permita realizar consultas genuinas y efectivas<sup>182</sup>. Como manifestación concreta de estos avances, se pueden señalar los PCSSP (Preámbulo procedimientos para las consultas entre las autoridades y el Parlamento Sami), los cuales constituyen un acuerdo marco, que significa que las autoridades estatales y el Parlamento Sami pueden concluir acuerdos de consulta especiales acerca de asuntos específicos, según la necesidad<sup>183</sup>. De esta forma, a propósito de la aprobación de una nueva ley de minería, desde el año 2007 se realizan PCSSP, el Parlamento Sami describe el proceso de consultas como difícil y carente de un verdadero diálogo, y de buena fe de parte del Gobierno. El Gobierno declara que se habían realizado consultas con arreglo a los PCSSP; sin embargo, no se había podido alcanzar ningún acuerdo, por lo cual se habían concluido las consultas<sup>184</sup>.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (2010) ha valorado el marco convenido entre el Gobierno de Noruega y el Parlamento Sami, constatando que sobre la base de esta normativa se han desarrollado un número creciente de consultas con pueblos indígenas. Sin embargo, también ha constatado la existencia de visiones discrepantes en torno a si se ha respetado el procedimiento convenido de consultas, en particular en lo referido a si en estas se ha dado inicio a las consultas con suficiente anticipación, y a si en ellas las autoridades estatales han efectuado anuncios durante un proceso de consulta equivalente a una falta de buena fe<sup>185</sup>. Asimismo, el Relator Especial James Anaya (2011) sostiene que las experiencias de consulta indígena realizadas con el Parlamento Sami a través de los PCSSP han tenido resultados mixtos, y que el gobierno ha entrado en procesos de consulta, al tener en ocasiones decididos los resultados<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> MEREMINSKAYA, E. *Op. Cit.*, p. 250.

<sup>183</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>186</sup> *Ídem.*

## 6.2. Bolivia

Bolivia ratificó el Convenio en el año 1991 a través de la Ley N° 1257. Cabe considerar que es el país con mayor porcentaje de población indígena de América Latina (el 62% según el PNUD, 2006)<sup>187</sup>, por lo tanto, frente a esta realidad, el presidente Evo Morales ha impulsado una política indigenista que se consagró con el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Política aprobada por referéndum el año 2009<sup>188</sup>.

La Constitución de Bolivia reconoce la diversidad de pueblos y naciones al definir al Estado boliviano como plurinacional (artículo 1); reconoce su derecho a “ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles” (artículo 30 II 15). Además, en el artículo 352 dispone que la consulta debe ser libre, previa e informada y que corresponde realizarla a toda la “población afectada”.

De relevancia para los efectos de la participación indígena en la adopción de medidas legislativas es la inclusión en la Constitución Política del año 2009 de una Asamblea Legislativa Plurinacional, con circunscripciones especiales indígenas, en que se garantiza la participación proporcional en ella de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC) (artículos 145-147). Dicha Asamblea Legislativa Plurinacional está compuesta por una Cámara de Diputados y otra de Senadores (artículo 145). La Constitución Política dispone la creación de circunscripciones especiales indígenas originarias campesinas (CEIOC), las que se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento, que elegirán representantes a la Cámara de Diputados<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Ídem.

<sup>188</sup> DANIDA (Ministerio de Relaciones exteriores de Dinamarca). Kit de herramientas. Mejores prácticas para incluir a los pueblos indígenas en el apoyo programático sectorial. 2004. [En línea] <[http://www.netpublikationer.dk/um/5956/pdf/536220\\_web.pdf](http://www.netpublikationer.dk/um/5956/pdf/536220_web.pdf)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015], p. 16.

<sup>189</sup> AYLWIN, J. *Op. Cit.*, p. 62.

Previo al cambio constitucional, destaca la promulgación de la Ley de Hidrocarburos (3058) el año 2005, la cual reconoce el derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas en el contexto de una actividad de exploración y explotación de hidrocarburos. Entre sus características, está la de ser obligatoria, previa (a la licitación y a la aprobación de estudios de impacto ambiental), informada y de conformidad a usos o costumbres indígenas<sup>190</sup>. La decisión arribada a través de este proceso, plasmada en acuerdo, debe ser respetada. Ahora, en caso de un resultado negativo, el Estado puede promover un proceso de conciliación<sup>191</sup>. Entre el 2007 y el 2010 el Ministerio de Hidrocarburos impulsó 15 procesos de consulta con pueblos indígenas en caso de proyectos petroleros que afectan sus tierras y territorios<sup>192</sup>.

Al respecto, es destacable la resolución número 149 del año 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional, que se pronuncia ante un requerimiento de la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu en contra de la Secretaría Departamental de Caminos (SEDECA) de Tarija, la que había autorizado la firma de un contrato de alquiler con la empresa PETROSUR sin consulta previa, para instalar un campamento en las tierras de la comunidad. En la sentencia, el Tribunal junto con revocar el dictamen del tribunal inferior que deniega tutela a la comunidad frente al derecho vulnerado, establece que la consulta previa es un deber del Estado en todos sus niveles y que, por tanto, debe realizarse a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas, de buena fe y de manera apropiada, antes de aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas<sup>193</sup>.

Cabe señalar que, a diferencia de la actividad de hidrocarburos, en Bolivia no se ha dictado una normativa sobre consulta frente a otras actividades susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como la minería, o las actividades que

---

<sup>190</sup> *Ibíd.*, p. 60.

<sup>191</sup> *Ídem.*

<sup>192</sup> *Ídem.*

<sup>193</sup> *Ibíd.*, p. 61.

regulan el uso de recursos naturales renovables, como el agua<sup>194</sup>. A partir de los conflictos suscitados por la tramitación del proyecto carretera Villa Turani, se ha convocado a consulta a tres comunidades indígenas del Tipnis, y a propósito de este proyecto, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 0300 del 2012, en la cual sostiene que la consulta debe ser concertada en situación horizontal entre el estado y los pueblos indígenas<sup>195</sup>.

### 6.3. Colombia

Colombia ratificó el Convenio 169 mediante la Ley N° 21 del año 1991. El mismo año entró en vigencia la Constitución Política de 1991, elaborada mediante una asamblea constituyente que, si bien no reconoció en forma explícita el derecho a la consulta indígena, dispuso que la explotación de recursos naturales en territorios indígenas debía ser realizada sin desmedro a la integridad de las comunidades, y que en las decisiones relativas a ellas se propiciaría la participación de sus representantes<sup>196</sup>.

En dicho contexto de coyuntura social, es relevante destacar la participación política indígena en la Asamblea Nacional Constituyente, donde se estableció un número adicional de dos senadores a ser electos por comunidades indígenas mediante el sistema de cociente electoral en circunscripción nacional especial<sup>197</sup>.

Sobre la consulta indígena, la experiencia colombiana revela un intento por legislar el año 2009, al crear un grupo de trabajo que elaboró un proyecto de ley, criticado por inconsulto. El año 2010, el Presidente de ese país emitió una directiva que regula la consulta previa, elaborada unilateralmente, estableciendo un mecanismo inapropiado que también fue cuestionado, y que no tiene aplicación a la fecha<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> Ídem.

<sup>195</sup> DANIDA, *Op. cit.*, p. 35.

<sup>196</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>197</sup> *Ibíd.*, p. 65.

<sup>198</sup> *Ibíd.*, p. 63.

En ausencia de procesos de consulta adecuados, en particular en el caso de proyectos de inversión en sus tierras y territorios, los pueblos indígenas han llevado sus reclamos ante la Corte Constitucional mediante la acción de tutela establecida en la Constitución para la protección de los derechos fundamentales, situación similar a la ocurrida en nuestro país. Así, entre 1993 y el 2010 la Corte Constitucional ha conocido y fallado a favor de indígenas en numerosos casos de violación de derecho al territorio, por el desarrollo en ellos de proyectos de inversión sin procesos de consulta adecuados<sup>199</sup>.

La Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) se ha pronunciado en particular respecto a la concesión minera en el municipio de Acandí, que conforme a lo dispuesto por los artículos 6, 7 y 15 del Convenio, los pueblos interesados deben participar y ser consultados respecto a los estudios de impacto ambiental. La Comisión insta nuevamente al Gobierno a tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos Embera Katío y Dóbida y a suspender las actividades de exploración, explotación y la implementación de proyectos de infraestructura que les afectan en tanto que no se proceda a la plena aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio<sup>200</sup>.

#### **6.4. Perú**

La Constitución Política de Perú del año 1993 reconoce la pluralidad étnica y cultural de la Nación, obligándose el Estado a respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas<sup>201</sup>. El mismo año fue ratificado el Convenio 169 a través de la Ley 26.253, y entró en vigencia en 1995. Sin embargo, pasó mucho tiempo antes de tener una regulación práctica para su concreta aplicación. Recién, el año 2005 se aprobó la Ley General del Ambiente (Ley 28.611) que reguló el derecho de

---

<sup>199</sup> Ídem.

<sup>200</sup> COMISIÓN DE EXPERTOS DE LA OIT. Informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones. 2010.

<sup>201</sup> AYLWIN, J. *Op. Cit.*, p. 66.

consulta de pueblos indígenas, pero sin establecer mecanismos para realizar consultas y sin regular sus alcances<sup>202</sup>.

En ausencia de una legislación marco, el Tribunal Constitucional de Perú se pronunció, no siempre de manera consistente, sobre el derecho de consulta de los pueblos originarios. Así, el año 2007, dicho Tribunal prohibió la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera, área donde habitan cuatro comunidades nativas<sup>203</sup>.

Producto de la demanda indígena frente a los conflictos generados por medidas administrativas y legislativas aprobadas sin procesos de consulta, y luego del conflicto de Bagua, gatillado por la aprobación de decretos legislativos inconsultos destinados a hacer posible el acuerdo de libre comercio con EE.UU., en agosto de 2011 el Congreso peruano aprobó una Ley de consulta previa (Ley 6-2011). Esta ley, por su parte, establece que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos originarios frente a medidas administrativas y legislativas que les afecten directamente. Se incluye también la consulta frente a planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional (art. 2)<sup>204</sup>. Esto, “a través de un dialogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y de adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos” (art. 3).

Entre los principios que rigen la consulta, se identifican: la interculturalidad, la oportunidad, la buena fe, la flexibilidad, el plazo razonable, la ausencia de coacción y la información oportuna (art. 4). En cuanto a la forma de participación de los pueblos indígenas en los procesos de consulta, la Ley dispone que estos lo hagan a través de sus instituciones y organizaciones elegidas conforme a sus usos y costumbres.

---

<sup>202</sup> *Ibíd.*, p. 67.

<sup>203</sup> *Ídem.*

<sup>204</sup> *Ibíd.*, p. 68.

Como etapas mínimas de procedimiento contempla: a) la identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; b) de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; c) la publicidad de la medida legislativa o administrativa; d) la información sobre la medida legislativa o administrativa; e) la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente; f) el proceso de dialogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios; g) finalmente, la decisión (art. 8).

En relación a la decisión del proceso de consulta, el artículo 15 establece que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo. Si bien en última instancia la ley deja en manos del Estado la decisión final del proceso de consulta, advierte que esta tiene que ser motivada y debe considerar la perspectiva de los pueblos originarios, así como las consecuencias que las medidas tendrán para los derechos colectivos constitucionales y de tratados reconocidos a los pueblos indígenas<sup>205</sup>.

En relación con los acuerdos, el que surge entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

En abril de 2012, por medio del Decreto Supremo 001-2012-MC del Ministerio de Cultura del Perú, entró en vigencia el reglamento de la Ley de Consulta, el cual debería ser aplicado a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha. Lejos de concitar consenso, este Decreto ha sido fuertemente cuestionado por los pueblos indígenas y organismos de derechos humanos. Entre

---

<sup>205</sup> *Ibíd.*, p. 69.

ellos, los más relevantes decían relación con la inclusión en la consulta de toda afectación, y no solo aquella de carácter directa (art. 1); la protección de todos los derechos indígenas y no solo de los de carácter colectivo (art. 2); la no consideración del consentimiento cuando se trata de megaproyectos, depósitos de relaves tóxicos, desplazamientos poblacionales o se afecte la supervivencia (art. 15); y el hecho de que el Ministerio de Interculturalidad no pueda ser juez y parte en los reclamos cuando sea procedente la consulta, y a la vez garantizar que se cumplan los acuerdos (art. 19) (AIDSESEP, 2012).

La preocupación de dichos organismos se centra en que el Reglamento impide el ejercicio del derecho a la consulta en las decisiones de los gobiernos regionales y comunales que hoy tienen competencias centrales para los pueblos indígenas, tales como en salud, educación y medio ambiente. También les preocupa el hecho de que el Reglamento (arts. 3i y 6) es confuso en relación a cuando debe realizarse la consulta sobre recursos naturales, puesto a que interpreta que ella solo debe hacerse durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental. Aquello en circunstancias que este debe considerar también el momento anterior al otorgamiento del derecho sobre estos recursos. En cuanto a las obras de infraestructura en salud, educación, obras públicas a favor de los pueblos indígenas, el Reglamento señala que estas no se consultarán, en contradicción con el artículo 6 del Convenio 169, que no discrimina si se trata de impactos positivos o adversos en estos puntos<sup>206</sup>.

En efecto, en su último informe de 2014 sobre cumplimiento de convenciones, la OIT observa en el caso de Perú que las normas de carácter tributario o presupuestario no son materia de consulta (artículo 5 k del reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa), y tampoco requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas (artículo 5 l del reglamento), ni aquellas consideradas como complementarias (12° disposición complementaria, transitoria y final del reglamento). La misma entidad ha observado que la legislación

---

<sup>206</sup> Ídem.

deja pendiente el desarrollo legislativo de los mecanismos de participación indígena y de participación en los beneficios que requiere el Convenio (5° y 10° disposición complementaria, transitoria y final del reglamento), y ha solicitado al Gobierno que en consulta con los pueblos indígenas, se revise la legislación vigente (OIT CEACR, 2014)<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> *Ibíd.*, p. 70.

## 7. SÍNTESIS DEL PROCESO DE TRAMITACIÓN DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN CHILE

Las regulaciones chilenas en materias de derechos indígenas previas al Convenio 169 datan del año 1927, todas al alero de los movimientos de carácter político de las organizaciones indígenas. En primer lugar, cabe destacar la dictación de la Ley N° 4.169, primera ley que determinó el procedimiento sobre división de comunidades establecida por el Tribunal Especial de División. Posteriormente en 1952, se creó la Dirección de Asuntos Indígenas dependiente del Ministerio de Tierras y Colonización. Ya en la década del 60' comienza el proceso de reforma agraria aplicado también a comunidades indígenas y en 1972 se crea la Ley N° 17.729, primera Ley de Desarrollo Indígena.

Posteriormente, en el contexto del traspaso de la dictadura militar a la democracia, el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin Azócar se comprometió con diversas comunidades indígenas para aprobar el Convenio 169, y -aunque no lo mencionaba expresamente en el acuerdo-, era el complemento indispensable de los demás compromisos asumidos por el candidato, particularmente con los de impulsar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y crear una Comisión Especial para los Pueblos Indígenas (conocida como CEPI) que como se sabe tendría luego por misión preparar un anteproyecto de ley indígena<sup>208</sup>.

El compromiso es conocido como los “Acuerdos de Nueva Imperial”, y para hacerlo efectivo, una vez elegido Presidente de la República, la medida más expedita fue la tramitación de la Ley Indígena, aprobada a fines de 1993. Este es un cuerpo normativo que contiene normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, instaura la Corporación de Desarrollo Indígena (en adelante CONADI), primer órgano público que asume la tarea de desarrollar políticas integrales de desarrollo social, económico y cultural para todos los pueblos originarios de Chile, y

---

<sup>208</sup> DONOSO R., S. Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro. p. 4.

reconoce legal y expresamente a nueve etnias a lo largo del país<sup>209</sup>. La duración del proceso de aprobación de esta ley contrasta con la lenta tramitación del “proyecto de acuerdo relativo al Convenio 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo”, ingresado al Congreso Nacional un 8 de enero de 1991.

El estudio específico de ese proyecto estuvo en manos de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados y en la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, además de ser sometido a dos controles de constitucionalidad realizados por el Tribunal Constitucional, pronunciamientos que analizaremos en detalle más adelante. Fue aprobado dieciocho años después del ingreso a tramitación, el 15 de septiembre del año 2008, entrando en vigencia en septiembre del año 2009.

El Tribunal Constitucional (TC) declara Auto ejecutable Consulta y Participación (arts. 6 y 7) en fallo del año 2000, Rol N° 309, en virtud de un requerimiento presentado por diversos parlamentarios, luego de su aprobación por la Cámara de Diputados. Posteriormente, en el año 2008, conforme al control de normas de rango constitucional, el TC declara Auto ejecutable Consulta y Participación (arts. 6 y 7) a través del pronunciamiento Rol 1050.

---

<sup>209</sup> CHILE. Ministerio de Planificación y Cooperación. 1993. Ley 19.253: Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena, octubre 1993. Artículo 1° El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

Desde que entró en vigencia a la fecha este ha dictado tres Decretos Supremos (DS N° 124 el 2009, DS N° 40 el 2012 y DS N° 66 el 2013) que han intentado reglamentar el ejercicio de este derecho en diversos ámbitos, incluyendo la consulta a los pueblos indígenas en el marco de proyectos sometidos a procesos de evaluación de impacto ambiental. Cuestionamientos de forma y de fondo no sólo han surgido desde los pueblos indígenas del país, sino que también desde diversas instancias internacionales de derechos humanos (incluyendo a la propia OIT), y han sido formulados ampliamente a esta reglamentación, fundamentalmente por no estar acordes con los estándares establecidos en el propio Convenio 169 en la materia. Muchos pueblos indígenas han recurrido a los tribunales de justicia, desarrollándose por parte de los tribunales superiores una rica y a la vez oscilante jurisprudencia sobre este derecho y sus formas de ejercicio<sup>210</sup>.

Aún está pendiente el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas<sup>211</sup>, compromiso adquirido con anterioridad a la dictación de la Ley Indígena y que recién fue formulado durante la primera administración de la Presidenta Michelle Bachelet<sup>212</sup>. Esta iniciativa aún no termina su trámite legislativo, y ya en el año 2002, el 4,6 % de la población chilena aseguró pertenecer a alguna de las ocho etnias considerados en la Ley Indígena<sup>213</sup>, lo que implica un alto índice de autoidentificación, por lo tanto es primordial que el Estado de Chile pueda dar cumplimiento al efecto inmediato de su ratificación. Esto básicamente consiste en que los Estados Miembros

---

<sup>210</sup> OBSERVATORIO CIUDADANO. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Informe 19. IWGIA, 2014. [En línea]: <[http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0705\\_Informe19\\_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf)> [Fecha de consulta: 4 de mayo 2015].

<sup>211</sup> La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, ha emitido informe concerniente al tema, mediante Boletines 5.324-07 y 5.522-2007, refundidos.

<sup>212</sup> Proyecto de ley titulado: Reconoce a los pueblos indígenas. Boletín 5522. Ingresado con fecha 27 de noviembre de 2007. [En línea]: <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [Fecha de consulta: 4 de mayo 2015]

<sup>213</sup> INE. Hojas informativas estadísticas sociales pueblos indígenas en Chile, CENSO 2002. [En línea]: <[http://www.ine.cl/canales/chile\\_estadistico/estadisticas\\_sociales\\_culturales/etnias/pdf/info\\_etniascens02002.pdf](http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/info_etniascens02002.pdf)> [Fecha de consulta: 4 de mayo 2015], p. 1.

se comprometan a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> GÓMEZ, M., *Op. cit.*, p. 134.

## **8. EL DEBER GENERAL DE CONSULTA PREVIA INSTITUIDO POR EL ART. 6 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En nuestro país, dos han sido los dictámenes del TC que se han referido al Convenio 169 de la OIT<sup>215</sup>, especialmente al artículo N° 6 de dicho cuerpo normativo, el cual regula el deber general de realizar consultas por parte del Estado a los pueblos indígenas. La importancia de estos dictámenes radica, más allá de la constitucionalidad y ejecutabilidad de sus disposiciones, en que interpretan la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico chileno. Además, indican la naturaleza y alcance de los derechos y deberes que se instauran en el Convenio 169, lo que naturalmente influye en el entendimiento y aplicación del Convenio en nuestro país, principalmente por los Tribunales de Justicia y organismos de la administración del Estado.

En el último tiempo, los dictámenes del TC, debido a la aplicación que han hecho los órganos de la administración del Estado (especialmente los de competencia ambiental), y los Tribunales Superiores de Justicia han proyectado tan grandes influencias sobre el Convenio 169 (siguiendo precisamente los dictámenes del Tribunal Constitucional), que se ha llegado a decir que “el TC mediante sus sucesivos dictámenes ha amarrado muchísimo la aplicación del Convenio en nuestro país (...) han generado un clima de incertidumbre respecto a la real efectividad y aplicación

---

<sup>215</sup> En el derecho comparado, varios han sido los casos que se han referido el Convenio 169 de la OIT. Podemos señalar como ejemplo: el T.C de Bolivia en su sentencia 0045/2006 presenta argumentaciones interesantes, ya que el T.C. considera que el Convenio forma parte del “bloque de constitucionalidad” lo que significa que cualquier norma infraconstitucional debe ser compatible con el Convenio 169 y debe preferirse sobre dichas normas en caso de colisión. Asimismo, estima que el Convenio es de aquellos que tratan sobre derechos humanos; el T.C. del Ecuador en el caso N° 020-2000, emplea al convenio 169 para interpretar los términos de una norma constitucional; la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia SU-039/97 señala que el Convenio 169 hace parte del denominado “bloque de constitucionalidad” y que lo considera de aquellos instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales que forman una unidad con las normas de derechos fundamentales establecidas en el texto constitucional colombiano, y que por ende, deben ser interpretados de manera integrada.

práctica que tendrá el Convenio 169 de la OIT en Chile”<sup>216</sup>. En consideración con lo anteriormente señalado, a continuación, se hará una breve exposición y análisis de los dos dictámenes del TC referidos al Convenio 169, en especial a lo dispuesto sobre el deber general de consulta del artículo 6 n°1 letra a) y n° 2.

### **8.1. Sentencia Rol N° 309 del año 2000**

En agosto del año 2000, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un requerimiento presentado por 31 diputados, el cual buscaba que se declarara inconstitucional el Convenio N° 169 por razones de fondo y de forma, en cuanto a que dicho tratado no habría sido aprobado con rango de L.O.C. en la Cámara de Diputados, y por contravenir además las bases de la institucionalidad. Aquellos parlamentarios entendían que los derechos que consagraba el Convenio a favor de los indígenas constituían una discriminación contra los chilenos que no eran indígenas.

Así las cosas, en la sentencia del TC Rol 309-2000, en sus considerandos 48° y siguientes, se señaló que las disposiciones del Convenio “requieren, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior”, de manera que “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”.

Particularmente, en relación al alcance de las expresiones "pueblo indígena", el TC determinó que “las disposiciones del Convenio N° 169 [...] 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”<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> GONZÁLEZ CARVAJAL, P. *Pueblos indígenas y afectación de recursos naturales, en Derecho Ambiental, en tiempos de reformas*. Actas de la V jornada de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 430 y 432.

<sup>217</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000. Considerando 46°.

Al tener presente lo anterior acerca de la aplicación del Convenio, el TC señala que sus disposiciones no son autoejecutables, por lo que no pueden aplicarse directamente en el derecho interno, ni afectar las relaciones entre particulares, ni de éstos con el Estado, pero establece obligaciones generales que requieren de la adopción de medidas satisfactorias para su cumplimiento<sup>218</sup>, y que no constituyen normas con especificidad suficiente para su aplicación directa en el derecho interno de cada Estado. En cambio, contienen obligaciones de derecho internacional para el Estado de Chile que en caso que no cumpla sus disposiciones le generará consecuencias en el ámbito legal internacional. Esto está relacionado íntimamente con la norma de clausura que dispone el artículo 34 del Convenio 169<sup>219</sup>.

La sentencia rol 309-2000 en sus considerandos 34° al 47° también se refiere a los sujetos titulares de los derechos reconocidos por el Convenio 169, los cuales son los “pueblos indígenas”. El TC considera que dichos pueblos, en el marco del Convenio, son un “conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte”<sup>220</sup>. Asimismo, el TC indica que los pueblos indígenas quedan sometidos al ordenamiento constitucional chileno, además que no están dotados de ninguna potestad pública propia.

---

<sup>218</sup> Es importante destacar que el considerando 49° de la sentencia rol n° 309-2000 señala que “para la aplicación de sus disposiciones, deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones (...) los países deberán tomar *medidas* para dar eficacia a su contenido, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual” Este considerando es citado en varios fallos de los tribunales ordinarios de justicia, que tienen como centro del litigio el Convenio 169. Estimamos que lo que quiere decir el T.C. es que el Estado tiene libertad de encontrar la mejor forma para regular los derechos otorgados por el Convenio (ahí se refiere a “medidas”) y sobre dichas medidas puede determinar su naturaleza y alcance. Estimamos que no se refiere el T.C. - como han pretendido muchos, entre ellos órganos de la administración del Estado, el decir “determinar la naturaleza y alcance” - a los derechos que se otorgan a los pueblos indígenas, provocando con ello una restricción a su ejercicio.

<sup>219</sup> Artículo 34 del Convenio 169 de la OIT: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.”

<sup>220</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, considerando 44°.

### **8.1.1. El deber de consulta y su naturaleza autoejecutable**

Uno de los puntos más importantes del fallo 309 del Tribunal Constitucional es el que se refiere al deber de consulta que instaura el Convenio 169, tema que es central en la presente memoria. El TC en el considerando 7° reconoció el carácter de autoejecutable al artículo 6 N°1 letra a) y artículo 6 N°2 (sobre el estándar de las consultas) del Convenio. En otras palabras, se trata de disposiciones 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 autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”<sup>221</sup>. Con ello, se estima que el deber general de consulta del artículo 6° del Convenio ya es parte en la actualidad de nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, debe ser aplicada sin necesitar para ello ulterior regulación normativa.

Con todo, la autoejecutabilidad de las disposiciones antes señaladas se refieren específicamente a las medidas que el Estado debe implementar cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos interesados. Por lo mismo, la autoejecutabilidad que el Tribunal Constitucional ha reconocido exclusivamente al artículo 6 N°1 letra a) no alcanza a la norma contenida en el artículo 15 N°2, también referida a cierto tipo de consultas, el que dispone que

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 recursos existentes en sus tierras.

El TC la considera no autoejecutable, por lo que es necesaria una regulación posterior por parte del Estado para que dichas consultas contenidas en el artículo 15 del Convenio 169 entren en vigencia.

---

<sup>221</sup>Ibíd. Considerando 40°.

### 8.1.2. Especialidad del deber de consulta

Es importante señalar como opinión del Tribunal Constitucional que la Consulta del Convenio 169 resulta esencialmente diferente a las consultas de las que nuestro ordenamiento jurídico disponía antes de la entrada en vigencia del Convenio. Esto, a raíz de la opinión que tenía el poder ejecutivo al momento de la tramitación del Convenio 169 respecto al tema de las consultas, en cuanto a que aquella ya se encontraría establecida en nuestra legislación, específicamente en la Ley Indígena en sus artículos 34, 39 y 48:

La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, N° 1º, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2º del mismo artículo 6º.<sup>222</sup>

La Corte, al referirse al N° 2 del artículo 6 del Convenio, hace referencia al estándar con que deben ser realizadas las consultas: deben ser hechas de buena fe, toda información relevante debe entregarse a las comunidades, se deben resolver dudas, hacerse cargo de las observaciones realizadas por los indígenas, etc. Además, la consulta debe ser hecha de una manera apropiada a las circunstancias, que significa considerar la realidad de los pueblos indígenas a ser consultados y asegurarse que la metodología de consulta sea eficaz.

Finalmente, la consulta debe ser realizada con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas<sup>223</sup>. La ley N° 19.253 (en adelante “Ley Indígena”), en los artículos citados por el ejecutivo, especialmente el

---

<sup>222</sup> *Ibíd.* Considerando 7º.

<sup>223</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN DEL GOBIERNO DE CHILE, Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. *Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y su implementación en Chile*. Santiago. 2009. pp. 108 y ss.

artículo 34 sobre participación y consulta indígena, según el TC en este considerando, no tiene las mismas características que el Convenio 169. Entre ellas, sostiene que en la Ley Indígena no es necesario llegar a acuerdos con las comunidades indígenas (bajo la consideración de que los indígenas, como claramente señala el TC, no tienen poder de veto), sino que se asemeja más a un procedimiento de información de proyectos o medidas que les afecten.

A pesar de la opinión del TC respecto del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2, en el sentido de que la consulta indígena es de naturaleza especialísima, y que por ende no se encuentra establecida en nuestra legislación -como la consulta instaurada en la Ley Indígena- ya que no cumplen con el estándar exigido por el Convenio 169, genera conflicto con lo que el propio TC señala en el considerando 70° de la misma sentencia, al señalar que “los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna”<sup>224</sup>. Esto se agrava al observar que el TC cita el artículo 34 de la Ley Indígena, lo que nos lleva a pensar que el TC en este tema incurriría en una contradicción. Este tema ha sido un punto muy recurrente en recientes fallos de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema.

Al respecto podemos señalar que no existiría tal contradicción, ya que el considerando 70° se refiere al deber de consulta que se debe efectuar cuando se realizan proyectos sobre recursos naturales pertenecientes al Estado que se encuentren en territorios indígenas, lo cual está reglamentado en el artículo 15 del Convenio 169. Esta materia es distinta a la señalada en el artículo 6° del mismo Convenio, el cual establece en forma general el deber de consulta a los pueblos indígenas, y es autoejecutable, mientras que el TC declara al artículo 15 como una norma programática. Al respecto, hay autores que señalan que cuando la norma del artículo 15 del convenio 169 se tenga que ejecutar, debe “dársele la connotación jurídica especial del artículo 6.2. En ese sentido, el DS N° 124 del Mideplan se encarga

---

<sup>224</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, considerando 70°: “(...) 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”

de realizarlo para el caso de la ley indígena”<sup>225</sup>, lo que permitiría una lectura coherente entre el considerando 7º y 70º del dictamen.

En suma, la sentencia en estudio pronunciada por el TC, tiene una gran trascendencia, pues aclaró diversos aspectos oscuros de la tramitación de los tratados, reinterpreto y le restó fuerza a las disposiciones del Convenio N° 169 y destacó diversos aspectos altamente relevantes para el sistema político chileno<sup>226</sup>.

## **8.2. Sentencia Rol N° 1050 del año 2008**

En el mes de abril del año 2008, el TC se pronunció sobre el Convenio 169 con ocasión del control de constitucionalidad que debió ejercer una vez aprobado el Convenio por la Cámara de Diputados. El tema eje de la sentencia se refirió al derecho indígena de participación en toda medida del Estado que les afecte, mediante consulta conducida de buena fe, destinada a alcanzar consentimiento (se ejerció, en definitiva, control de constitucionalidad respecto de los artículos 6 N° 1 letra a) y N°2, y el artículo N°7 del Convenio 169).

El TC interpreta en esta sentencia el alcance del Convenio, especialmente el de la obligación del Estado de realizar consultas a los pueblos indígenas. En el considerando decimotercero, el TC confirma la idea de que la consulta no puede ser entendida como ejercicio de soberanía por parte de los pueblos indígenas (ya que dicho ejercicio se establece según lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución).

El considerando más relevante de la sentencia en comento, a nuestro juicio es el decimocuarto, ya que fija la naturaleza y alcance de la consulta del artículo 6 N° 1 letra a). Para el TC, la consulta es sólo un mecanismo de participación que no tiene el

---

<sup>225</sup> PRECHT RORRIS, A. “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta a los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”. En: *Derecho Ambiental, en tiempos de reformas*. Actas de las V jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 456.

<sup>226</sup> RIBERA, T. *La consulta indígena según el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. 2010, p. 4.

carácter de vinculante, por lo que dichas consultas solo serían una especie de “mecanismos de sociabilización” de proyectos de inversión o de medidas de gobierno. En palabras del TC,

la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece<sup>227</sup>.

De ese modo, como han dicho diversos autores, el TC en esta sentencia elude la constatación de constitucionalidad del tratado y se aboca solamente a interpretar el Convenio 169<sup>228</sup>, muchas veces en un sentido contrario al espíritu del Convenio o a lo dicho por la doctrina y organismos internacionales respecto del mismo tratado internacional.

---

<sup>227</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1050-2008, considerando 14º.

<sup>228</sup> GONZÁLEZ CARVAJAL, P. *Op. Cit.*, p. 431.

## **9. RECEPCIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA DEL CONVENIO 169 POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN EN CHILE**

A continuación, se analizará la recepción de la consulta indígena por parte de la administración del Estado, y como se demostrará, ha estado fuertemente marcada por el desarrollo jurisprudencial en materia de consulta indígena. Se debe tomar en cuenta que al momento de su entrada en vigencia sólo existía un tratamiento legal menor sobre el tema, radicado en la Ley Indígena, artículo 34<sup>229</sup>, así como un reciente reglamento que fue objeto de duras críticas e ignorado por los tribunales superiores de justicia, cada vez que los pueblos indígenas planteaban su exclusión en las tomas de decisiones por la vía del recurso de protección. Por tanto, se transformó en una urgencia para los gobiernos el establecimiento de mecanismos de consulta idóneos a los principios del Convenio 169, respondiendo a la presión legítima que ejercen los titulares de estos derechos a través de las vías judiciales que contempla la ley.

### **9.1. Decreto Supremo N° 124**

En el contexto de la promulgación y previo a la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, el Ministerio de Planificación y Cooperación, el actual Ministerio de Desarrollo Social, dictó el Decreto Supremo N° 124 durante el año 2009, el que reglamentaba la participación indígena del artículo 34 de la ley 19.253<sup>230</sup>, como una forma de materializar 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<sup>231</sup>. El DS de inmediato generó suspicacias, tanto en los pueblos indígenas como en académicos e investigadores del tema. En efecto, el Instituto

---

<sup>229</sup> Ley 19.253. Artículo 34.- 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 permite la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.

<sup>230</sup> Decreto disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486> (Enero, 2013).

<sup>231</sup> MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN. *Op. Cit.*, Artículo 1, inciso 2°.

Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH) en su Informe Anual 2010, estableció que el DS N° 124 del MIDEPLAN, de reglamento provisional de consultas indígenas, no cumple con los principios mínimos aplicables a la consulta y participación de los pueblos indígenas<sup>232</sup>.

En primer lugar, se atribuía la regulación de la consulta indígena sin siquiera haber sido sometido su contenido a la consulta de los sujetos interesados, los mismos pueblos indígenas afectados por esta medida administrativa que regularía en adelante la forma en que serían consultados, más aún tomando en cuenta que estaba dotado de un carácter eminentemente restrictivo. A modo de ejemplo, establecía que su objetivo era regular “la obligación de los órganos de la administración del Estado, escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas”<sup>233</sup>, y pasó por alto que la ratificación del Convenio 169 apuntaba a romper con el paradigma de la participación como un mero trámite o requisito formal. Además, el pronunciamiento de la OIT, a través de las comisiones de observación y relatores, ha sido enfático en señalar que recabar opiniones no es una consulta.

En cuanto al ámbito de aplicación, las falencias eran patentes porque excluía de la consulta a los actos emanados del organismo más importante y transversal de nuestra institucionalidad, el Congreso Nacional, el poder Ejecutivo y las municipalidades, al ser facultativo sujetarse al reglamento y consultar cuando alguna medida administrativa o legislativa que emanara de su competencia afectara a los pueblos indígenas.

El nivel de exigencia para hacer procedente la consulta aumentó, de la susceptibilidad de afectación del artículo 6 del Convenio 169, a la afectación directa como requisito común para la consulta y la participación indígena<sup>234</sup>. Sin siquiera

---

<sup>232</sup> En línea. <http://www.indh.cl/primer-informe-anual-2010-de-derechos-humanos-en-chile>

<sup>233</sup> *Ibíd.*, Artículo 1, inciso 1°.

<sup>234</sup> Decreto Supremo 124 El artículo 7. Artículo 7°.- Criterios de afectación. Se entenderá que hay afectación directa de los pueblos indígenas cuando la medida legislativa o administrativa o el respectivo plan o programa de desarrollo nacional o regional, según corresponda, diga relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N° 19.253, o se refiera a una

señalar los criterios de afectación y los parámetros para considerarla como directa, sólo se limitó a restringir su aplicación a las áreas de desarrollo indígena reconocidas por la ley indígena, y se ignoraron las afectaciones que pudieran darse en otras condiciones en que la presencia indígena no consta en el derecho interno, en tanto no cumple su rol de reglamento para precisar los alcances de una norma de mayor jerarquía<sup>235</sup>. Este reglamento alcanzó a tener una vigencia de tres años aproximadamente, hasta ser derogado por el decreto supremo N° 66, que aprobó el nuevo reglamento del procedimiento de consulta indígena del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio 169 de la OIT, regulación que se abordará más adelante<sup>236</sup>.

La sensación de insatisfacción se manifestó durante toda la vigencia de esta norma. Diferentes organizaciones indígenas y estudiosos en la materia fueron generando presión social y política a través de diferentes canales. También, la Alianza Autónoma de Pueblos Indígenas realizó denuncias ante el relator sobre Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, James Anaya. Incluso consta en una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, a propósito del caso Palguin, la poca validez que le otorgan, cuando señala que el decreto

reglamenta el artículo 34 de la ley 19.253 y no el Convenio 169 en las normas aludidas, ya que estas normas son autoejecutables. Luego el citar este Decreto como fundamento para rechazar el recurso no tiene asidero alguno. En todo caso en virtud de lo dispuesto en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado<sup>237</sup>.

---

mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables.

<sup>235</sup> LÓPEZ V., R. y MOHR AROS, T. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?. [En línea]: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000100005&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000100005&script=sci_arttext)>. [Fecha de consulta: 20 de julio de 2015].

<sup>236</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Decreto 66, año 2013. Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio n° 169 de la organización internacional del trabajo y deroga normativa que indica, artículo 2: Derógase el reglamento titulado "Reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas", aprobado por el decreto supremo N° 124, de 4 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación.

<sup>237</sup> I.C. Temuco. 1.705-2009, considerando 7°.

## **9.2. Reglamento del procedimiento de consulta indígena del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio 169 de la OIT**

Tal como señalaba anteriormente, el decreto 124 fue derogado por el decreto N° 66<sup>238</sup>, y en su reemplazo se estableció el procedimiento general de consulta del artículo 6 del convenio 169 de la OIT, el que fue diseñado conforme a los resultados de un proceso llamado “Consulta sobre Institucionalidad Indígena”, realizado entre el año 2011 y 2013. De dicho procedimiento el Gobierno generó una propuesta, presentada a los pueblos indígenas el 8 de agosto del año 2012, titulada “Propuesta de Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena”. Se realizaron durante el periodo comprendido entre marzo de 2011 y abril de 2013 un total de 298 encuentros y reuniones con los pueblos indígenas, dando inicio a la denominada “Mesa de Consenso” el 12 de marzo de 2013, instancia que concluyó con la entrega de un informe final que contiene el detalle de lo discutido y acordado en esa instancia, el día 6 de agosto de 2013. Este proceso se materializó en la dictación del decreto 66, publicado el 4 de marzo del año 2014.

Para efectos de este trabajo, es relevante hacer referencia a las principales regulaciones que se realizaron sobre la procedencia y forma de llevar a cabo la consulta, así como de los principios que la dirigen. En primer lugar, se definió a los pueblos indígenas con el criterio del artículo primero del Convenio<sup>239</sup>, pero se restringió

---

<sup>238</sup> DS. 66. artículo segundo.- Derógase el reglamento titulado "Reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas", aprobado por el decreto supremo N° 124, de 4 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación.

<sup>239</sup> Convenio 169 de la OIT. Artículo 1º. Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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.

2. 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.

3. La utilización del término "pueblos" 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.

arbitrariamente a lo reconocido en la Ley Indígena, sin precaver que en Chile sólo existe un reconocimiento legal. En cuanto a los sujetos e instituciones representativas, la consulta se realizaría a través de las instituciones representativas, que debían ser determinadas por cada pueblo, tales como las organizaciones indígenas tradicionales, comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253. El Estado sería el sujeto activo de la consulta, pero se estableció que era facultativo consultar para los órganos constitucionalmente autónomos (Contraloría General de la República, Banco Central, Ministerio Público).

En cuanto a la susceptibilidad de afectación directa, el artículo 7 tuvo un impacto significativo y específico. La explicación de esta fórmula radica en lo que se entiende como el bien jurídico protegido por la consulta previa: la diversidad cultural. Así, la cultura de un pueblo indígena determinado podrá verse afectada de una manera particular, la que los demás individuos no alcanzan a captar justamente por pertenecer a otra cultura.

En cuanto a las medidas que se deben consultar, se establece que deben ser susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, en particular, respecto de las medidas legislativas se exige relación de causalidad, es decir, que causen un impacto significativo y afectación. Se señalan como medidas legislativas, los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos cuando son de iniciativa del Presidente de la República o bien la parte de ellos que cause afectación. Para las medidas administrativas, se exige que debe tratarse de un acto formal, que contenga una declaración de voluntad de la autoridad administrativa y que ejerza discrecionalidad<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> DS. 66. Artículo 7. Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

En el caso de tratarse de medidas de aplicación uniforme -sin impactos significativos específicos para los pueblos indígenas- no cabría realizar consulta previa, pero sí asegurar la participación de los pueblos indígenas de una manera al menos equivalente al resto de la población<sup>241</sup>, todo ello conforme al artículo 7 del Convenio 169<sup>242</sup>.

En cambio, las medidas que califican los proyectos o actividades que ingresen al Sistema de Evaluación Ambiental se registrarán por la normativa y los plazos de la consulta establecidos por la ley 19.300 y su reglamento, el Decreto N° 40 del año 2012. Sin embargo, el procedimiento o las etapas deben ajustarse a las normas de esta regulación general.

En cuanto a los principios rectores, cabe destacar la buena fe en dos aspectos. En primer lugar, el Estado debe actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad. En segundo, los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, ni tampoco

---

<sup>241</sup> LÓPEZ V., R. y MOHR AROS, T. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? [En línea]: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000100005&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000100005&script=sci_arttext). [Fecha de consulta: 20 de julio de 2015].

<sup>242</sup> Convenio 169. Artículo 7. 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 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.

podrán pretender burlar o desconocer los acuerdos alcanzados<sup>243</sup>. Por lo tanto podemos deducir que, de alcanzar un acuerdo bajo estas condiciones, tendría el valor y la legitimidad suficiente como para ser exigible por cualquiera de los sujetos que participaron en el procedimiento.

Uno de los artículos más criticados por los pueblos indígenas es el artículo tercero del decreto, por cuanto establece que se entiende cumplido el deber de consultar, realizándolo de acuerdo a los principios del procedimiento. Estos se asientan en la buena fe, de acuerdo a procedimientos apropiados y de manera previa, aun cuando no resulte posible alcanzar un acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados<sup>244</sup>. Ahora bien, en cuanto al procedimiento apropiado para consultar, se mantuvo lo establecido por el Convenio 169 para aplicarlo con flexibilidad. En razón de ello, el artículo décimo ordenó que los órganos “deberán ajustarse a las particularidades de los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias”, además de “considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada”.

En cuanto al inicio de la consulta, una vez que se constate que es procedente, el artículo 13 establece que de oficio el órgano responsable deberá dictar una resolución para el efecto, para lo cual se podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social. Asimismo, cualquier persona interesada, natural o jurídica, o instituciones representativas podrán solicitar fundadamente, al órgano responsable de la medida, la realización de un proceso de consulta<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> DS. 66. Artículo 9.

<sup>244</sup> DS. 66. Artículo 3. - Cumplimiento del deber de Consulta. El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.

<sup>245</sup> DS 66, artículo 13 inciso 2.

### 9.3. La consulta del reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental

Además de la consulta general establecida en el decreto que se analizó anteriormente, coexiste con un procedimiento de consulta especial en sede ambiental, regulado dentro del nuevo reglamento para el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental en el Decreto Supremo N° 40. Su dictación se hizo necesaria por la modificación sustancial de la ley 19.300, a través de la ley 20.417, la que además de crear el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, estableció el principio de participación en los siguientes términos de la ley 19.300, artículo 4 inciso segundo:

Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la 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.

Además, con el avance de la jurisprudencia que se pronunciaba sobre diversos recursos de protección interpuestos por comunidades indígenas por la omisión de la consulta en el marco de la evaluación ambiental, las autoridades advirtieron la necesidad de incluir un procedimiento de esa naturaleza en el marco normativo ambiental. Presentaron una propuesta reglamentaria e iniciaron un proceso de consulta tanto a la sociedad civil como a los pueblos indígenas, desde el mes de abril del año 2011 a enero del año 2012, lo que posteriormente se tradujo en un informe público a la comunidad<sup>246</sup>.

En ese informe final se recibieron trescientas cuarenta y dos observaciones a través de los espacios generados únicamente para los pueblos originarios. Según el SEIA, sólo 110 observaciones tuvieron relación con el objeto y alcance del reglamento, de las cuales 14 correspondían a comentarios en que las comunidades indígenas

---

<sup>246</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Servicio de Evaluación Ambiental. Informe final*. [En línea]: <[http://www.sea.gob.cl/archivos/contenidos/Informe\\_Final\\_Consulta\\_Indigena\\_RSEIA\\_SEA\\_Mapuzugun.pdf](http://www.sea.gob.cl/archivos/contenidos/Informe_Final_Consulta_Indigena_RSEIA_SEA_Mapuzugun.pdf)> [consulta: 25 mayo 2015]

manifestaron su conformidad al apoyar la propuesta reglamentaria, y hay 3 observaciones en las que se indicó la disconformidad, sin plantear medidas alternativas que pudieran haber mejorado la propuesta del SEIA. En conclusión, sólo 98 observaciones propusieron modificaciones, de las cuales la gran mayoría generó algún cambio en la propuesta reglamentaria original<sup>247</sup>.

Por solicitud del Director del Servicio de Evaluación Ambiental, el Instituto Nacional de Derechos Humanos entregó su opinión acerca del nuevo reglamento a través de un informe<sup>248</sup>, en el cual destacaron las siguientes conclusiones: la consulta previa no debiera estar entregada exclusivamente a un reglamento de ejecución. La ley expresamente debiera contemplar mecanismos de consulta indígena. Dicho reglamento debiera ser sometido a consulta bajo los estándares y principios estatuidos en el Convenio 169, que debe reflejar las diferencias entre participación ciudadana y consulta indígena y que restringe las medidas y las materias a consultar, al limitar la susceptibilidad de afectación directa a ciertas hipótesis. De estas observaciones, la más importante tiene relación con la realización de la consulta de los Estudios de Impacto Ambiental, la cual es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto que afecte directamente a los pueblos indígenas, sea ingresado efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental<sup>249</sup>.

Frente a estas observaciones, el Gobierno declaró que el nuevo reglamento contempla un proceso de consulta de buena fe y la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, los pueblos indígenas tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. No obstante, diversas comunidades indígenas recurrieron de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad por la dictación del acuerdo aprobatorio de la propuesta de reglamento del SEIA, alegando la omisión de la consulta y la insuficiencia de la propuesta en relación al Convenio 169. La Corte lo declaró inadmisibles, argumentando que los hechos alegados no constituyen vulneración de alguna de las

---

<sup>247</sup> Ministerio del Medio Ambiente. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>248</sup> <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/docs/indh-informe-consulta-y-reglamento-seia.pdf>

<sup>249</sup> Informe INDH. Punto VII. Conclusiones, p. 31.

garantías taxativamente enumeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República<sup>250</sup>.

También fue objeto de un recurso de protección, caratulado “León Bacián y otros con Servicio de Evaluación Ambiental”, del cual la Corte Suprema omitió pronunciamiento, porque el acto impugnado era sólo una propuesta de reglamento que emitió el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, como un trámite previo al ejercicio de la potestad reglamentaria y no se trataba de un acto terminal<sup>251</sup>. Posterior a la interposición de estos recursos, se dictó el decreto N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprobó el texto definitivo del reglamento y entró en vigencia el día 6 de octubre de 2014.

La canalización de la consulta dentro del sistema ambiental es una alternativa que busca cumplir no sólo con las obligaciones del Convenio, sino que también con las obligaciones legales de la Ley N° 19.300, dado que en materia medio ambiental se ha tendido hacia un sistema de ventanilla única para el otorgamiento de los permisos ambientales. Su ámbito de aplicación es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Participación de la Comunidad en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, en conformidad con los preceptos de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente<sup>252</sup>. Contempla la consulta indígena en el Título V, llamado “De la participación de la comunidad en el proceso de evaluación de impacto ambiental”, principalmente en los artículos 85 y 86.

Se definió a los pueblos indígenas en base al criterio que utiliza el Convenio 169, y la ley 19.253 innovó al establecer en el artículo 7º, a propósito de la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres, el siguiente concepto de grupos humanos: se entenderá por comunidades humanas o grupos humanos a todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente,

---

<sup>250</sup> I. C. Santiago. 107015-2013.

<sup>251</sup> Corte Suprema. 9 de junio de 2014. Rol N° 19995-2012. Considerando 3.

<sup>252</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. 2013. Decreto Supremo N° 40: Aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, artículo 1.

dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones<sup>253</sup>. En el artículo 85 se observa la consulta a los pueblos indígenas:

en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental [...].

En consecuencia, corresponde consultar conforme al decreto N° 40 cuando se trate de una medida tomada en el marco jurídico del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que afecte directamente a grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas.

Por medida entendemos un acto administrativo final del proceso de evaluación ambiental que califica el estudio de un determinado proyecto en forma favorable o desfavorable, es decir, una Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Este proceso de diálogo se debe desarrollar de acuerdo a las características socioculturales de cada grupo humano indígena, de buena fe y siempre que exista afectación directa o alteración significativa, al generarse alguno de los efectos, características o circunstancias establecidas en los artículos 7,8 y 10 del reglamento del SEIA, que se puede resumir de la siguiente manera:

- En el caso del reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. Al tratarse de pueblos indígenas, se considerará la duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> *Ibíd.*, Artículo 2, letra h).

<sup>254</sup> *Ibíd.*, Decreto Supremo N° 40. artículo 7, inciso final.

- Si el proyecto implica localización y valor ambiental del territorio<sup>255</sup>.
- Si genera alteración del patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena y en consideración especialmente sus manifestaciones culturales y folclóricas<sup>256</sup>.

Al respecto, la normativa ambiental parece ser más estricta en el requerimiento de certeza sobre esos efectos en comparación al Convenio 169 que exige sólo la susceptibilidad de afectación, como una amenaza y no una realidad concreta. Esto tiene relevancia en términos de prueba, si las comunidades indígenas reclaman la consulta en sede ambiental o la consulta general, serán titulares de la carga de probar que los efectos que la hacen procedente se verifican, siendo esto un estándar más alto y complejo de alcanzar que simplemente demostrar que se dan las condiciones de una posible afectación.

La finalidad de la consulta es regulada de la misma manera que el decreto N° 66, y se sostiene que el objetivo central es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en las medidas ambientales. Sin embargo, se establece que “no obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta”<sup>257</sup>. En el caso de existir modificaciones al estudio inicial, se tiene contemplado el derecho a participar y el Servicio deberá abrir un nuevo proceso de consulta con aquellos grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas afectados, esta vez por 30 días, período en el cual se suspenderá el plazo de tramitación del Estudio<sup>258</sup>.

En cuanto a la notificación de la RCA final, cuando se haya desarrollado un proceso de consulta, el Servicio se reunirá con los Grupos Humanos pertenecientes a los pueblos indígenas que hubieren participado, con el objeto de informar sobre sus alcances, indicándoles expresamente cómo sus observaciones han sido consideradas

---

<sup>255</sup> *Ibíd.*, artículo 8.

<sup>256</sup> *Ibíd.*, artículo 10.

<sup>257</sup> *Ibíd.*, artículo 85, inciso 2.

<sup>258</sup> *Ibíd.*, Decreto N° 40. artículo 92, inciso 3°.

e influido en el proceso de evaluación ambiental, además de la expresión de los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos<sup>259</sup>.

Las críticas que ha recibido esta consulta sectorial se pueden resumir en los siguientes puntos: a) limita la procedencia de la consulta previa a proyectos de alto impacto; (b) restringe la consulta a casos de afectación directa, lo que es determinado a priori por la autoridad; (c) encarga el diseño y desarrollo de los procesos de consulta en forma exclusiva al Servicio de Evaluación Ambiental, sin incorporar a los pueblos interesados; (d) descarta expresamente y a priori la necesidad de consentimiento previo en cualquier circunstancia; (e) para aquellos casos en que no proceda la consulta (proyectos de bajo impacto ambiental y/o de afectación indirecta) establece una instancia facultativa de diálogo, cuya realización es prerrogativa de la autoridad (artículo 86, 83 y 27 del reglamento del SEIA)<sup>260</sup>.

Cabe tener presente que hoy existe una duplicidad de procesos de consulta vía normativa ambiental, conforme al artículo 85 del decreto N° 40 y vía decreto N° 66. Para ambos procedimientos rigen las etapas del decreto N° 66 (planificación, entrega de información, deliberación interna, diálogo, sistematización y comunicación del resultado del procedimiento), pero en el procedimiento ambiental rigen los plazos y reglas de procedencia del reglamento ambiental.

---

<sup>259</sup> *Ibíd.*, Decreto N° 40. artículo 61.

<sup>260</sup> YÁÑEZ FUENZALIDA, N. Observatorio ciudadano. *Derecho a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado: La experiencia chilena*. Diapositiva 4. 2014.

## **10. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA A PROPÓSITO DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT**

El Convenio 169 generó muchas expectativas en varios sectores del país, especialmente en las comunidades indígenas que sentían que sus derechos eran vulnerados por decisiones de las autoridades que eran tomadas sin que mediara una participación real y efectiva de sus pueblos. De ese modo, al entrar en vigencia el Convenio, se ha tratado de hacer valer los derechos que se consagran en dicho tratado, especialmente a través de la vía del recurso de protección interpuesto ante la justicia ordinaria.

Se puede indicar que las sentencias que mencionan la consulta indígena, lo hacen principalmente en términos de su procedencia, la autoejecutabilidad de la norma y, a la vez, constatan cuales son las garantías fundamentales que se entienden como conculcadas en caso de omitirlas o de consultar sin apego a los principios y procedimientos exigibles para su puesta en marcha. Vista desde un plano general, la situación nos revela que desde la entrada en vigencia del Convenio, las comunidades indígenas interponen recursos de protección alegando la ilegalidad y arbitrariedad de las resoluciones aprobatorias de proyectos (Resoluciones de Calificación Ambiental, en adelante, RCA). Esto, debido a que la autoridad ambiental valida proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de la Ley 19.300 de bases generales del medio ambiente, sin mediar consulta a los pueblos indígenas conforme al artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio 169.

En este contexto, poco aportó el DS N° 124 del Mideplan, publicado pocos días después de la entrada en vigencia del Convenio, porque pese a que regula la participación de la Ley Indígena y establece un procedimiento para la consulta del mismo Convenio 169, resultó ser un instrumento normativo deficiente, que vino a restringir el ámbito de aplicación de la consulta, más que a facilitar su operatividad.

La jurisprudencia en su mayoría emana de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, debido a que se tratan de recursos de protección interpuestos por las comunidades, los que luego son apelados por las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (En adelante, Corema) o por las mismas comunidades, que denuncian la autorización sin previa consulta a los pueblos indígenas.

Se aprecia a grandes rasgos que las Cortes de Apelaciones tienden a aplicar las normas del Convenio 169 y aceptan los argumentos de las comunidades indígenas, dado que estas últimas deben ser consultadas para que las RCA no adolezcan ilegalidad y/o arbitrariedad. Sin embargo, desde un comienzo y en la mayoría de los casos, la Corte Suprema revocaba los pronunciamientos de las Cortes de Apelaciones que ordenaban consultar previamente a autorizar proyectos de inversión sometidos a evaluación ambiental, con argumentos más bien formales, y evitaba pronunciarse sobre el fondo de los derechos emanados del Convenio 169.

Posteriormente, el máximo tribunal dio un giro en sus pronunciamientos, y exigió que los órganos del Estado correspondientes cumplieran con el deber de consulta antes de autorizar proyectos susceptibles de afectar comunidades, a través de una RCA favorable. Al tener en cuenta lo anterior, se analizarán doce casos relativos a la aplicación del artículo 6 N°1 letra y N°2 del Convenio 169, con ocasión de la aprobación de proyectos de inversión sometidos a evaluación ambiental, lo que permitirá apreciar los criterios que han marcado la pauta para hacer operativa la consulta indígena en Chile.

## **10.1. Caso Palguin**

### **10.1.1. Antecedentes**

Las comunidades indígenas de Palguin Bajo y Antonio Huenuñanco deducen recurso de protección en contra de la Corema de la Región de la Araucanía, por

calificar favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto “Piscicultura Palguin”, mediante la RCA N° 242. El recurso se funda en que la resolución conculca las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en particular la protección de la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el ejercicio de una libre actividad económica y la igualdad ante la ley, por cuanto los órganos del Estado no adoptaron las medidas pertinentes para evitar las vulneraciones de esos derechos, y no consultaron previamente a las comunidades indígenas aledañas conforme con el Convenio 169 de la OIT y las normas de la ley 19.253.

### **10.1.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco**

La Corte de Apelaciones acogió la acción de protección, dejando sin efecto la RCA, porque estimó que era fundamental para llegar a su decisión dilucidar si hubo un actuar ilegal o arbitrario por parte de la Corema al dictar la resolución impugnada tras no haberse realizado la consulta del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y artículo N° 7 del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior está directamente relacionado con el artículo 34 de la Ley Indígena, el cual también considera las consultas<sup>261</sup>. La Corte, por su parte, cita las sentencias Rol 309-2000 y Rol 1050-2008 del Tribunal Constitucional para ratificar que el deber de consulta forma parte de la legislación nacional vigente, puesto que es autoejecutable. Es decir, dicha norma tiene el contenido y precisión necesaria para ser aplicada sin otro trámite como derecho interno<sup>262</sup>.

Expresamente, la Corte de Apelaciones señala que el DS N° 124 del Mideplan reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena y no el Convenio 169, puesto que la consulta de dicho instrumento tiene naturaleza autoejecutable<sup>263</sup>. En razón con lo anterior, el DS N° 124 del Mideplan en su artículo 14 hace distinción entre las medidas

---

<sup>261</sup> IC: Temuco. 1705- 2009.

<sup>262</sup> *Ibíd.*, Considerando 6°.

<sup>263</sup> *Ibíd.*, Considerando 7°.

administrativas que deben ser consultadas<sup>264</sup>. Se refiere a qué medidas administrativas se entenderán como políticas, planes y programas, en otros términos, los instrumentos que tienen por finalidad un efecto permanente y con alcance general sobre la población o un sector de ella. Cabe señalar que el Gobierno de Chile hace esta misma distinción en su Memoria Anual de cumplimiento del Convenio 169<sup>265</sup>. La RCA, por ende, no sería una medida administrativa según los parámetros del DS N° 124, porque solo tiene efectos de carácter particular.

Asimismo, la Corte de Apelaciones apuntó que todas las normas que establecen deberes de consulta (como la Ley Indígena o la Ley de bases del medio ambiente) no hacen distinción en cuanto a lo que debe entenderse como medida administrativa, y menos aun lo hace el Convenio 169. La corte, por su parte, considera que “el concepto de medida 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). Lo que le agrega el convenio citado, es que pueda ser susceptible de afectarle directamente”<sup>266</sup>.

Finalmente, la Corte de Apelaciones hace la distinción entre la consulta de la Ley Indígena y la del Convenio 169, ya que esta última exige un estándar mayor para su cumplimiento, dado por el inciso número 2 del artículo 6 de dicho instrumento. La Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que la consulta “no es equivalente a los actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y en contenido de lo que pretende el Convenio 169 vigente en nuestra legislación interna”<sup>267</sup>. Por último, es importante observar el considerando undécimo, en el que la Corte aplica directamente los lineamientos dados por el TC en los dictámenes relativos al Convenio

---

<sup>264</sup> Decreto N° 124 de 2009, MIDEPLAN. Artículo 14: Medidas a ser consultadas. Las medidas que deberán ser consultadas son las medidas legislativas y las medidas administrativas (...) 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.

<sup>265</sup> Memoria del Gobierno de Chile acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 2010, p. 29.

<sup>266</sup> IC: Temuco. 1705-2009. considerando 8°.

<sup>267</sup>Ibíd., Considerando 10°

169: aquí vemos como el TC incide directamente en la decisión de un tribunal superior de justicia, ya que la Corte hace su interpretación de los considerandos de los dictámenes 309-200 y 1050-2008 del TC. Es así que la Corte de Apelaciones dio el siguiente argumento al considerar que la RCA de la Corema en cuestión adolecía de ilegalidad, debido a que “por cuanto existiendo como derecho vigente el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 ya citado, la autoridad recurrida no la ha aplicado a este caso concreto, debiendo haberlo hecho pues como lo señaló con precisión el Tribunal Constitucional en las sentencias antes singularizadas, dicho artículo es imperativo para la autoridad y autoejecutable”<sup>268</sup>.

### **10.1.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema**

Pese a la argumentación de la Corte de Apelaciones anteriormente presentada, finalmente, al conocer la apelación del recurso de protección, la Corte Suprema con fecha 17 mayo 2010 decidió revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, en un fallo que a continuación analizaremos<sup>269</sup>.

La Corte Suprema estableció que la consulta indígena es procedente, siempre que se trate de medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar a la población protegida directamente<sup>270</sup>. En este sentido, La Corte consideró que la consulta es aplicable respecto de los actos administrativos generales o particulares, como es en este último caso una RCA, siempre que tal acto afecte directamente a las comunidades. Esto último se explica por la duda que generaba la aplicación del DS N° 124 del Mideplan, el cual reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena respecto de la consulta y la participación de los pueblos indígenas<sup>271</sup>. Dicho decreto, en su artículo

---

<sup>268</sup> *Ibíd.*, Considerando 11°

<sup>269</sup> C.S. 1525-2010.

<sup>270</sup> *Ibíd.*, Considerando 2°.

<sup>271</sup> Ley 19.253. Artículo 34: “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 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”.

14 establece que las medidas administrativas que deben ser consultadas “son las nuevas políticas, planes y programas (...) que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”.

Se argumentará, frente a lo anterior, que dicho reglamento restringía de manera clara la consulta del Convenio, haciendo distinciones que el mismo instrumento internacional no hace, y para ello resulta esclarecedor ver el artículo 6 del Convenio, el cual indica que se harían consultas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En consonancia con lo mencionado, el Convenio se refiere con el término “cada vez” a que toda medida administrativa, sin distinción, debe ser consultada a las comunidades indígenas, cuando estas medidas les afecten directamente<sup>272</sup>. Actualmente, el DS N° 124 del Mideplan se encuentra derogado, desde la entrada en vigencia del DS N° 66, el 4 de marzo de 2014.

Con la decisión de la Corte Suprema respecto del punto anterior, se pondría término a la discusión -en cuanto a que solo las medidas administrativas generales, tales como decretos o reglamentos deben ser consultados-, en el caso de que las siguientes sentencias de los tribunales superiores de justicia sigan el lineamiento introducido por el máximo tribunal cuando deban decidir respecto del tema en cuestión<sup>273</sup>. Para el máximo tribunal, la forma en que se realice una evaluación ambiental -por medio de una DIA o un EIA (Estudio de Impacto Ambiental)- constituye el elemento determinante para definir cuándo debe hacerse la consulta indígena, al tratarse de proyectos sometidos al SEIA<sup>274</sup>. Lo anterior se desprende por cuanto la lógica de la Corte Suprema es que exige una consulta indígena cuando se producen

---

<sup>272</sup> INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2010, p. 217.

<sup>273</sup> FERNÁNDEZ ALEMANY, A. “Desarrollo de los aspectos ambientales de la institucionalidad indígena con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 OIT N° 169: Importancia y aporte de la jurisprudencia administrativa y judicial, en Derecho Ambiental, en tiempos de reformas.” Actas de las V jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 415.

<sup>274</sup> C.S. 1525-2010. considerando 6º.

los efectos, circunstancias o características del artículo 11 letra C) de la ley 19.300<sup>275</sup>, es decir, reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos. Según se desprendería de la argumentación de la Corte, esto debería equivaler lo señalado en el Convenio 169 en referencia a las medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas<sup>276</sup>.

En relación con el punto anterior, cuando un proyecto identifica el artículo 11 letra c) como causal para hacer exigible un EIA, no sólo este deberá ingresar su proyecto por medio de un Estudio, sino que además deberá el titular del proyecto asegurarse que se realice por parte del Estado un procedimiento de consulta previo de las comunidades indígenas afectadas, tal como lo exige la normativa sobre participación ciudadana de la ley 19.300. Por el contrario, es posible concluir que si un proyecto ingresa al SEIA por medio de una DIA, no requeriría dar cumplimiento a la consulta indígena, por cuanto dicho proyecto no genera por su naturaleza o magnitud estos efectos, circunstancias o características<sup>277</sup>. De acuerdo a lo argumentado por la Corte, si un proyecto ingresado como DIA durante la evaluación ambiental se determina que generará afectación, entonces “deviene inexorablemente en el rechazo de la declaración de impacto ambiental presentada por el titular y su sustitución por un estudio de impacto ambiental, procedimiento que obliga a considerar la participación ciudadana”<sup>278</sup>.

De esta manera, según la Corte Suprema, si el proyecto ingresa por EIA, esta sería la única forma de que se haga la consulta a los pueblos indígenas, ya que la normativa ambiental solo prevé que la participación ciudadana sea obligatoria en los procesos de calificación de Estudios de Impacto Ambiental, y no para las DIA, y en

---

<sup>275</sup> Ley N° 19.300, 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;”

<sup>276</sup> FERNÁNDEZ ALEMANY, A. *Op. Cit.*, p. 416.

<sup>277</sup> C.S. 1525-2010. Considerando 10º

<sup>278</sup> *Ibíd.*, Considerando 11º

dicho caso no sería necesario consultar a los pueblos indígenas, puesto que no habría afectación, ni menos sería forzoso efectuar una consulta. Sobre lo anterior, se deben recalcar las modificaciones que introdujo la Ley 20.417 (publicada en enero del año 2010) a la Ley de bases generales del medio ambiente en lo relativo a la participación ciudadana. En ellas se especificaron las normas de participación ciudadana para las Declaraciones de impacto ambiental<sup>279</sup> (en casos como señala el artículo 30 bis del mismo cuerpo normativo), sobre “proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas”.

De tal modo, la CS en esa época no advirtió que podía haber una DIA con participación ciudadana, por lo que el EIA no era el único medio que exigía participación para la aprobación de los proyectos ingresados al SEIA. Por tanto, la consulta también debía hacerse en caso de una DIA, sin que le fuera aplicable el requisito de la “afectación significativa” que impondría el artículo 11 de la ley 19.300, ya que dicho artículo solo es aplicable en caso de presentación de un Estudio de Impacto Ambiental.

En relación a lo considerado por la Corte Suprema, un proyecto presentado como una Declaración de Impacto Ambiental no podía afectar a las comunidades indígenas, ya que si se presentaba el proyecto bajo esa modalidad, quería decir necesariamente que su ejecución no iba a manifestar una alteración significativa a los sistemas de vida de los pueblos indígenas (señalada en el Art. 11 de la ley de bases del medio ambiente) y, por lo tanto, no era necesario consultar. Por el contrario, si el proyecto afectaba o era susceptible de hacerlo, entonces la sola presentación de un DIA no sería viable, por lo que la presentación al Sistema de Evaluación de una Declaración de este tipo tendría que ser rechazada por la autoridad ambiental como ya habíamos señalado, ya que solo se podría presentar el proyecto mediante un

---

<sup>279</sup> Ley N° 19.300, artículo 26: “Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten y de las Declaraciones cuando correspondan”.

Estudio de Impacto Ambiental, y como consecuencia, en aquellos casos, se debería realizar el proceso de consulta a las comunidades indígenas.

Según la CS, el elemento clave para definir la procedencia de la consulta indígena, es que se produzca “afectación”<sup>280</sup>, la cual se encuentra definida en el artículo 11 letra c) complementado por el artículo 8 del Reglamento del SEIA, caso en el cual se requerirá además la presentación de un EIA<sup>281</sup>. Estimamos que este punto era discutible, ya que lo exigido para la procedencia de la consulta por el Convenio 169 es que existan medidas “susceptibles de afectarles directamente” a los pueblos indígenas, y nada señalan respecto de un “estándar especial”, como lo sería indicar que solo se realizaría la consulta si se produce una afectación “significativa” (Art. 11 ley 19.330).

Los vocablos “susceptible” y “significativo” no pueden homologarse, puesto que el término utilizado por la ley ambiental pone un requisito especial, el cual es la gravedad de los actos que afectaran a los derechos de las personas. Al hacer la relación de estos hechos, se entiende que no solo debe realizarse un acto susceptible de afectar a las comunidades, sino que además, dicho acto debe afectar gravemente a sus derechos, lo que necesariamente conlleva que la empresa titular del proyecto (para que este sea evaluado favorablemente por la autoridad ambiental) deba ser presentado por un Estudio y no por una Declaración de Impacto Ambiental. Este asunto no es menor, ya que un Estudio presenta muchas más complejidades y empleo de mayores recursos para su elaboración en comparación con una DIA, por lo tanto, exigir un requisito adicional para la ejecución de un derecho trae necesariamente costos asociados que dependiendo del caso, lo pueden limitar en la práctica.

Las consecuencias de dicha “significancia” son notorias y provocan cambios evidentes en la evaluación ambiental de proyectos de inversión. Siguiendo esta línea, exigir requisitos adicionales a la consulta instaurada por el Convenio 169 pone en jaque

---

<sup>280</sup> C.S. 1525-2010. Considerando 11º y 12º.

<sup>281</sup> FERNÁNDEZ ALEMANY, A. *Op. Cit.*, p. 416.

para estos casos su acertada aplicación, debido a que pedir requisitos especiales para su procedencia, esto es, que el acto afecte significativamente a las comunidades indígenas, limita la consulta en su aplicación y demanda requisitos que el Convenio no exige. Se estima que para una acertada aplicación del Convenio, solo era necesario que se ejecutara un acto (medidas legislativas o administrativas) susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Este acto puede afectarlos en gran medida, o bien puede ser sólo una afectación no esencial, pero que al fin y al cabo vulnera sus derechos directamente. La especial gravedad como requisito impuesto por la ley ambiental no debería por lo tanto aplicarse en la consulta indígena del Convenio 169, puesto que este instrumento no la exige. En todo caso, cabe destacar que la apreciación del punto anterior no es compartida por diversos autores. Aún así, hay quienes señalan que es dable homologar el vocablo “directamente” del Convenio 169 con el criterio de “significancia” de la Ley 19.300, lo que haría necesariamente excluir las DIA de las consultas indígenas<sup>282</sup>.

Por otra parte, la Corte Suprema validó como un procedimiento idóneo para dar cumplimiento a los estándares de la consulta indígena del Convenio, al procedimiento de consulta ciudadana que establece la ley de bases del medio ambiente a propósito de la tramitación de los EIA. Esta constituyó una instancia plena de participación, en especial de las organizaciones ciudadanas y personas naturales afectadas<sup>283</sup>. En la opinión de la memorista, se considera discutible lo sostenido por la CS, debido a que la consulta ciudadana no cumple a cabalidad con el estándar exigido por el Convenio 169, especialmente en cuanto al principio de buena fe del N° 2 del artículo 6 de dicho instrumento. Basta señalar que las obligaciones que establece la ley ambiental, especialmente sobre participación ciudadana, son de los privados que someten su proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, mientras que las obligaciones del Convenio 169 son del Estado de Chile.

---

<sup>282</sup> PRECHT RORRIS, A. *Op. Cit.*, p. 462.

<sup>283</sup> FERNÁNDEZ ALEMANY, A. *Op. Cit.*, p. 417.

#### 10.1.4. Voto disidente

Si bien existieron cuatro votos en rechazo del recurso de protección, cabe destacar la disidencia del Ministro Haroldo Brito, el cual consideraba acoger el recurso, porque en su opinión era necesario un procedimiento especial de consulta que considerara elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, circunstancia que no se logra con la participación general de la ley N° 19.300.

La consulta establecida en la Ley ambiental no cumpliría con los estándares exigidos por el Convenio 169, ya que según el Ministro “informar no constituye un acto de consulta”<sup>284</sup>, y cuando sólo se entregan antecedentes (como sucede en la consulta de la ley ambiental) quien los recibe no tendría posibilidad de influir en la decisión. Allí radica la sustancial diferencia con la consulta del Convenio 169, donde se exige un estándar diferente, ya que esta se establece para producir un diálogo de buena fe, con la finalidad de alcanzar un acuerdo, “de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas”.<sup>285</sup> En este punto el Ministro Brito parece seguir la opinión del Relator de la ONU, James Anaya, en cuanto la diferencia sustancial existente entre los mecanismos de información y las consultas establecidas en el Convenio 169<sup>286</sup>.

Finalmente, estima el Ministro Brito que la falta de la consulta en los términos señalados por el Convenio 169, hace que la decisión de la Corema en cuestión sea arbitraria, y lesiona la “garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica no igualar para los efectos de resolver”<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> BRITO CRUZ, Haroldo. En: C.S. 4078-2010.

<sup>285</sup> Ídem.

<sup>286</sup> ANAYA, J. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>287</sup> BRITO CRUZ, Haroldo. En: C.S. 4078-2010. punto 4º.

## **10.2. Caso Celco**

### **10.2.1 Antecedentes**

Con fecha 26 de mayo de 2010, la sentencia rol N° 148-2010 de la Corte de Apelaciones de Valdivia procedió a rechazar un recurso de protección interpuesto en contra de la Corema de la Región de Los Ríos, por haber pronunciado una RCA que calificó favorablemente a un EIA del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, cuyo titular es Celulosa Arauco y Constitución S.A., sin haber dado cumplimiento al trámite de consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT.

### **10.2.2. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema**

La Corte Suprema con fecha 14 de octubre de 2010<sup>288</sup>, vino a confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Realiza una interesante aclaración sobre el sentido de la consulta indígena que no había sido hecha en las sentencias relativas al Convenio 169: esta radicaría en el derecho a participar que toda persona tiene para su mayor realización espiritual y material, es decir, la consulta como un derecho de todos y cada uno de la comunidad nacional.

En este sentido, si bien las comunidades indígenas constituyen “un grupo con una especificidad cultural que le es propia”, este derecho de participación y consulta sería propia de todos los habitantes de Chile. Aún así, los pueblos indígenas poseen un mecanismo de participación que asegure el ejercicio de aquel derecho esencial<sup>289</sup>. La CS sigue aquí la opinión de la doctrina respecto del sentido de la consulta indígena, así como también los lineamientos que la propia OIT entrega para la aplicación del Convenio 169, al sostener que con la consulta los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a

---

<sup>288</sup> C.S. 4078-2010.

<sup>289</sup> Ídem.

ejerger control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural<sup>290</sup>. Asimismo, se ha dicho que los mecanismos de participación y consulta del Convenio 169 son una expresión del derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional<sup>291</sup>.

En cuanto a la finalidad de la consulta, la Corte Suprema ratifica lo señalado en diversos documentos de la OIT y la opinión del TC, en el sentido de que la consulta no supone un derecho a veto (opinión vinculante)<sup>292</sup>, y tal como lo señaló el TC en su oportunidad, la utilización del término “pueblos” no deberá interpretarse como un ejercicio de la soberanía, como sería el caso del reconocimiento a un derecho a la autodeterminación, o de veto frente a la aprobación de un proyecto. Al respecto, el considerando Segundo indica

que la consulta a los pueblos interesados que prevé el numeral 1° del artículo 6 del Convenio tiene 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. La soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5°, reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio<sup>293</sup>.

En el mismo sentido, establece “Que las normas antes transcritas demuestran que la participación consultiva contemplada en el Convenio no conlleva dotar a los pueblos

---

<sup>290</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica; una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. 2009. [En línea]: <[http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS\\_113014/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS_113014/lang--es/index.htm)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015], p. 60.

<sup>291</sup> RIBERA, T. Desafíos y alcances de la implementación de Convenio N° 169 de la OIT en Chile, en *Anuario de Derechos Humanos* N° 6, Universidad de Chile, 2010, p. 57.

<sup>292</sup> Así lo señala la Guía de aplicación del Convenio 169 de la OIT del año 2009, que en su página 14 indica: “ningún segmento de la población nacional (...) tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. De la misma manera el relator especial James Anaya en su informe del año 2009 se refiere al tema: “la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un “poder de veto” sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas”.

<sup>293</sup> C.S. 4078-2010. Considerando 2°.

indígenas de poderes o potestades públicas, sino consolidar el derecho que les asiste a ser consultados en las materias que les atañen”<sup>294</sup>.

La CS realiza otra importante afirmación sobre el Convenio 169: sostiene que se debe implementar considerando las condiciones de cada Estado, según sus propias regulaciones<sup>295</sup>. Se agrega en el mismo sentido, que cabe considerar el Principio de Flexibilidad que establece el artículo 34 del Convenio, que establece que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse con flexibilidad “teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”<sup>296</sup>.

Lo señalado por la CS es de máxima relevancia, ya que en la doctrina está asentado que los derechos que se reconocen en el Convenio OIT no necesariamente implican la modificación del ordenamiento jurídico vigente, sino que para implementarse deberán evaluarse las condiciones regulatorias vigentes en el país. Esto no quiere decir que el Estado pueda aducir normas internas para incumplir obligaciones emanadas de un tratado internacional (coincidiendo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, especialmente en su artículo 27<sup>297</sup>). A pesar de las condiciones regulatorias del país, se deben respetar los estándares exigidos por el Convenio 169, así como su espíritu, con el fin de evitar el incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, así como para no desvirtuar el fin del Convenio, el cual es proteger los derechos de los pueblos indígenas. Es sutil la línea divisoria entre adaptar la consulta considerando las condiciones del país y el incumplimiento de esta misma obligación, por lo que este punto es de crucial importancia y consideración para una acertada aplicación del Convenio 169 en el futuro.

---

<sup>294</sup> *Ibíd.*, Considerando 4º.

<sup>295</sup> *Ibíd.*, Considerando 6º.

<sup>296</sup> *Ibíd.*, Considerando 5º.

<sup>297</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Según la CS, la participación ciudadana de la Ley N° 19.300 es compatible y suficiente para canalizar la consulta indígena del Convenio. Esta es la base argumentativa de la Corte para proceder al rechazo del recurso de protección. En efecto, de acuerdo a lo señalado por la CS, el deber de consulta indígena ya se encontraría incorporado en el ordenamiento jurídico vigente, específicamente en la participación ciudadana que contempla la ley N° 19.300, tal y como el máximo tribunal consideró en el “caso Palguin”. Al respecto, el considerando Séptimo establece que

conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta 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 ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen.

La CS incluso sostiene que la participación ciudadana de la Ley N° 19.300 constituye un mecanismo plenamente compatible con los estándares del principio de la buena fe, y que se han utilizado “procedimientos adecuados” que exige el Convenio 169. Al respecto, el considerando Noveno señala que la participación ciudadana del EIA -de cuyo titular es Celulosa Arauco-: “cumplió con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.” De acuerdo a lo expresado, en el criterio de la CS, la consulta indígena del Convenio no sólo se encontraría desde ya regulada en la actual normativa vigente, por lo menos para los proyectos sometidos al SEIA, sino que además se otorgaría un respaldo a los estándares de participación que dicho procedimiento contempla, argumentándose que tal procedimiento sería compatible con los estándares de consulta del Convenio 169. Por otra parte, se concluye en el considerando Undécimo

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.

En el mismo sentido, en el considerando Duodécimo se señala que la integración del Convenio 169 al ordenamiento jurídico nacional en el caso de un proyecto sometido a evaluación ambiental mediante un EIA, “ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa sectorial que la rige, las cuales son enteramente conciliables con los estándares que orientan el Convenio.” De esto se desprende que es la misma opinión que la Corte Suprema tuvo para el caso Palguin.

Si bien la CS confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el sentido de que no era procedente acoger el recurso de protección interpuesto, descartó ciertos fundamentos de ese fallo. Tener en consideración esta circunstancia es relevante, por cuanto la Corte de Apelaciones de Valdivia había estimado como un argumento para rechazar el recurso de protección el hecho de que el Reglamento de Consulta Indígena (contenido en el DS N° 124/2009 del Mideplan) sólo hacía exigible la consulta indígena de acuerdo al artículo 15 párrafo segundo, el cual trata de “las políticas, planes y programas”<sup>298</sup>.

Lo mencionado en las líneas previas conllevó a la Corte de Apelaciones a indicar que los actos administrativos particulares, como es el caso de una RCA, no debieran ser consultados. Al respecto la Corte de Apelaciones señaló textualmente:

Como se observa, la consulta es necesaria en el caso que la administración del Estado sostenga nuevas políticas (medioambientales u otras), nuevos planes y programas que afecten directamente a los pueblos indígenas, circunstancia del todo ajenas al acto administrativo impugnado, que es el resultado de un Estudio de Impacto Ambiental<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> Decreto N° 124 de 2009, MIDEPLAN. Artículo 15: “Oportunidad de la consulta. Tratándose de medidas legislativas, la consulta acerca de las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional o proyectos de ley podrá realizarse en forma previa a su envío al Congreso Nacional o durante su tramitación legislativa, mientras que la consulta acerca de los reglamentos deberá realizarse en forma previa a su ingreso a la Contraloría General de la República; en ambos casos, cuando la urgencia de la materia así lo permita.

Tratándose de medidas administrativas, la consulta deberá realizarse en forma previa a la aplicación de las nuevas políticas, planes o programas, sale que, a causa de una emergencia o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano, éste disponga fundadamente lo contrario.”

<sup>299</sup> I.C. Valdivia. 148-2010, considerando 12º.

En este orden, la Corte Suprema si bien confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazó este argumento, lo que llevó a concluir en opinión del máximo tribunal que los actos administrativos particulares (tales como las RCA) sí deben ser consultados, abandonado por ende el criterio indicado por el DS N° 124/2009 del Mideplan.

### **10.3. Caso Empresa Pesquera Los Fiordos Limitada**

#### **10.3.1. Antecedentes**

El 27 de julio de 2010, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió un recurso de protección interpuesto por la comunidad mapuche Pepiukelen en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda.<sup>300</sup>, por considerar que los nuevos trabajos de la recurrida (una obra de decantación de aguas en territorio indígena) constituyen de por sí un acto ilegal y arbitrario, que vulnera las garantías fundamentales consagradas en el artículo 19 N° 8 y N° 2 de la CPR<sup>301</sup>.

#### **10.3.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt**

A juicio de la Corte, la planta industrial y las obras de decantación de aguas son de tales características que se requiere una nueva evaluación ambiental, puesto que no es suficiente la DIA aprobada en el año 2006, y también porque se dieron por acreditadas modificaciones al proyecto que generan nuevos impactos ambientales, las cuales deben ser evaluadas conforme el artículo 10 N° 1 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y al artículo 2 letra d) del Reglamento (DS 95- 2001). No someter a dicha evaluación tales trabajos y llevarlos adelante es un acto ilegal y arbitrario, que vulnera la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República<sup>302</sup>. Por tanto, se ordenó a la empresa paralizar y abstenerse de ejecutar

---

<sup>300</sup> I.C. Puerto Montt. 36-2010.

<sup>301</sup> *Íbid.*, Considerando 7°..

<sup>302</sup> *Ídem.*

cualquier obra en el inmueble propiedad de la sucesión Millaquén Care y retrotraer las cosas al estado anterior al de su ilegítimo obrar.

Para efectos de hacer procedente la consulta, la Corte no distingue si se trata de una DIA o un EIA, destacando que la intervención se ejecuta en tierra indígena, y por ende está protegida por la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT. Por lo tanto, corresponde hacer efectiva su participación conforme al Tratado internacional. Asimismo, sostiene que la consulta es una institución distinta a la regulación participativa de la ley ambiental, apoyándose en el fallo del TC y en los principios que la inspiran:

una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, 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, y si bien el mismo Tribunal, le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta<sup>303</sup>.

Es más, establece el deber de dar cumplimiento de la llamada discriminación positiva, consultando a las comunidades indígenas afectadas, para de esa manera poder materializar la garantía de la igualdad ante la ley consagrada constitucionalmente, que también debe revestir la forma de igualdad ante las leyes y tratados vigentes que favorecen a los miembros de los pueblos indígenas<sup>304</sup>.

### **10.3.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema**

La Corte Suprema, el día 15 de septiembre de 2010, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por cuanto las obras realizadas por la empresa pesquera vulneran el derecho a vivir en un medio ambiente libre de

---

<sup>303</sup> *Ibíd.*, Considerando 9.

<sup>304</sup> *Ídem.*

contaminación consagrado en el artículo 19º N° 8 de la CPR., ya que genera efectos importantes para las comunidades vecinas y en particular para la comunidad mapuche recurrente<sup>305</sup>.

A diferencia del fallo confirmado, la Corte no se refiere a la consulta indígena, sino que elimina los considerandos en los que la Corte de Apelaciones la señala como una norma autoejecutable, justiciable a través del recurso de protección y distinta a la participación ciudadana de la ley ambiental. De esta manera, la Corte Suprema hizo desaparecer las obligaciones que emanan de este tratado internacional, le restó valor normativo y desatendió los compromisos internacionales de Chile<sup>306</sup>. Además, supone un avance en materia jurisprudencial por parte de las cortes regionales en orden reconocer la propiedad indígena de acuerdo a estándares internacionales, distinguir las obligaciones que debe asumir el estado al consultar a los pueblos afectados, en particular la discriminación positiva que implica darle un trato diferenciado para efectos de igual para resolver.

#### **10.3.4. Prevención del Ministro Sergio Muñoz Gajardo**

a) El Ministro Sergio Muñoz también es del parecer de confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones, pero sin la eliminación de los considerandos noveno y décimo. Además, declara que las obras que proyecta realizar el recurrido deben ser sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental, porque se conculcan las garantías del N° 1 y 8 del artículo 19 de la Constitución, desde que existe amenaza a las mismas<sup>307</sup>. Es decir, la diferencia con el resto de los ministros de la Corte Suprema no sólo radica en que concuerda con el razonamiento de la corte regional en torno a realizar un pronunciamiento de fondo sobre la consulta indígena, sino que además considera que la falta de evaluación ambiental significa una amenaza al derecho a la vida e integridad de los recurrentes.

---

<sup>305</sup> C.S. 5757-2010.

<sup>306</sup> CONTESSE, J. *Op. Cit.*, p. 213.

<sup>307</sup> MUÑOZ GAJARDO, S. En: C.S. 5757-2010. Punto 2.

## **10.4. Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama**

### **10.4.1. Antecedentes**

El 21 de diciembre de 2010 la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó un recurso de protección interpuesto por la Comunidad Atacameña de Toconao contra la Corema de Antofagasta por la dictación de la Resolución Exenta N° 0275/2010, que calificó favorablemente el proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”<sup>308</sup>. Para la Comunidad, la modificación del plan regulador implicaba una vulneración a la garantía fundamental de la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia y al ejercicio de una libre actividad económica. Además, requería de un Estudio de Impacto Ambiental y no una Declaración, además de que no contemplaba la consulta a la comunidad indígena, tal como se debía en virtud del Convenio 169 de la OIT.

### **10.4.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.**

La Corte de Antofagasta desestimó la acción constitucional y determinó que en la etapa de elaboración del proyecto se dio cumplimiento a la participación ciudadana, en base a audiencias y recepción de observaciones, comunidad conforme lo estipulado en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Por otra parte, no estimó procedente realizar la consulta del Convenio 169 de la OIT por dos razones: primero, porque asimiló una posible afectación a los pueblos indígenas, a los efectos ambientales del artículo 11º de la Ley 19.300, y segundo, porque en caso de darse tales condiciones, lo que corresponde realizar es un EIA y no la consulta con sus características propias.

Además, la Corte consideró que la Corema actuó dentro del marco legal, y sostuvo que no es un proyecto o actividad que requiera de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental en los términos que lo establece el artículo 11 de la Ley

---

<sup>308</sup> I.C. Antofagasta. 782-2010.

19.300. Por tanto, descartó el arbitrio del que se le acusa, así como también su ilegalidad y la vulneración de los derechos de igualdad ante la ley<sup>309</sup>.

#### **10.4.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema**

El 13 de julio de 2011 la Corte Suprema revocó por unanimidad la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta<sup>310</sup>, en tanto que acogió el recurso presentado por la Comunidad Indígena de Toconao, y ordenó la realización de una nueva evaluación ambiental del proyecto, ahora por medio de un EIA y no una DIA, porque el estudio “comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169”<sup>311</sup>.

La resolución de la Corte determinó que se produjo un acto arbitrario por parte de la Corema de Antofagasta al no realizar la consulta a las comunidades indígenas y solo desplegar información a la comunidad de manera general. Aclara que “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados”<sup>312</sup>. Igualmente, la corte distingue la consulta de las instancias de participación de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, en tanto no satisface las especiales características que posee la consulta del Convenio 169 de la OIT, la cual tiene en consideración la realidad cultural de cada pueblo, sus costumbres, tradiciones, sistemas de representatividad y organización<sup>313</sup>.

La Corte Suprema consideró que aprobar este proyecto a través de una vía no idónea (es decir, sin contemplar la participación) vulneraba la garantía de igualdad ante la ley, porque al no consultar en esos términos se niega el trato de iguales a

---

<sup>309</sup> *Ibíd.*, Considerando 11°.

<sup>310</sup> C.S. 258-2011.

<sup>311</sup> *Ibíd.*, Considerando 10°.

<sup>312</sup> *Ibíd.* Considerando 8°.

<sup>313</sup> *Ídem.*

dichas comunidades indígenas, ya que la omisión implica no igualar para los efectos de resolver<sup>314</sup>. Pese a la importancia de este fallo que marcó una línea divisora en los pronunciamientos del máximo tribunal, “es peligroso sujetar la consulta indígena a la participación ciudadana de la Ley 19.300, porque si el Informe Consolidado de la Evaluación y la subsecuente RCA determinan que un proyecto no genera los efectos, circunstancias o características del artículo 11 letra c), no correspondería a los tribunales de justicia pronunciarse de manera contraria”<sup>315</sup>.

## **10.5. Caso Lanco-Panguipulli**

### **10.5.1. Antecedentes**

La Comunidad Indígena Puquiñe interpuso un recurso de protección en contra de la Corema de la Región de Los Ríos, por la dictación de una RCA que calificó favorablemente la DIA del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, emplazado en el sector denominado Lof Kilche, que para los mapuches es un centro del *kimun* (sabiduría) y en cuyos sectores aledaños están ubicadas diversas comunidades que se dedican a la agricultura y ganadería.

### **10.5.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia**

La Corte de Apelaciones con fecha 4 agosto 2011, acogió el recurso y dejó sin efecto la Resolución Exenta N° 041 que había calificado favorablemente la DIA del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”<sup>316</sup>. Declaró que tal decisión vulneraba las garantías del artículo 19 N° 1 y N° 8 de la CPR

---

<sup>314</sup> *Ibíd.*, Considerando 9°

<sup>315</sup> La Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de 1 de diciembre de 2010 en conocimiento de recurso de protección Rol N° 401/2010 interpuesto por diversas comunidades agrícolas y personas naturales contra Corema Región del Biobío por calificar ambientalmente favorable el proyecto Mini-Central Hidroeléctrica Cayupil, reclamaron que no fueron debidamente consultadas. La Corte resolvió rechazar el recurso considerando entre otros fundamentos, el carácter técnico y sectorial de los pronunciamientos emitidos por los órganos del Estado. Véase FERNÁNDEZ ALEMANY, A. *Op. Cit.*, pp. 105-106.

<sup>316</sup> I.C. Valdivia. 243-2010.

y es un acto ilegal y arbitrario porque la autoridad ambiental no realizó un estudio de impacto ambiental, pese a que se encontraban frente a un proyecto cuya instalación afectaría el medio ambiente del sector y alteraría las condiciones de vida de diversas comunidades.

Por su parte, las comunidades lograron acreditar su presencia en la zona afectada y la posible alteración en sus ritmos de vida. No obstante, la corte no fundamenta su decisión directamente en la omisión de la consulta indígena, ni tampoco vincula la realización del EIA como una forma de cumplir con dicha obligación, sino que se limita a constatar los presupuestos para la realización de un EIA.

A pesar de aquello, de su pronunciamiento se destaca la referencia al artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que contempla el derecho a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma”<sup>317</sup>. Lo anterior es puesto en relación con el deber del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas reconocida por la ley N° 19.253 en su artículo 34 y con el convenio 169, artículo 6 y 7<sup>318</sup>.

### **10.5.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema**

El 4 de enero de 2011 la Corte Suprema confirmó el fallo de la primera instancia<sup>319</sup>, estableciendo que la actuación de la autoridad ambiental es ilegal y afecta la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental<sup>320</sup>, por cuanto la estación de transferencia cuestionada tiene el potencial de generar los efectos del artículo 11 letra a) de la ley 19.300. Por lo tanto tal proyecto requería para su

---

<sup>317</sup>Ibíd., Considerando 4º.

<sup>318</sup>Ídem.

<sup>319</sup>C.S. 6062-2010.

<sup>320</sup>Ibíd., Considerando 4º.

aprobación de la existencia de un Estudio de Impacto Ambiental y no una DIA<sup>321</sup>. Esto implica que la autoridad administrativa tenía la obligación de considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, y contemplar además los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales<sup>322</sup>.

## **10.6. Caso Parque Eólico Chiloé**

### **10.6.1. Antecedentes**

El 11 de octubre de 2011 la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó un recurso de protección presentado por la Comunidad indígena “Antu Lafquen de Huentetique” en contra de la Corema de la región de Los Lagos por la dictación de una RCA favorable al proyecto “Parque Eólico Chiloé”. La comunidad alegó, entre otras cosas, que dicha decisión era ilegal, arbitraria y que vulneraba las garantías constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la CPR ( igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica), porque el proyecto según sus características coincide con los supuestos del artículo 11 letras d), e) y f) de la Ley 19.300<sup>323</sup>. Por tanto, debería ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no por medio de una DIA y además, realizar una consulta conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, porque el territorio en el cual se emplaza el proyecto es un lugar de influencia indígena, donde incluso existen restos arqueológicos.

---

<sup>321</sup> *Ibíd.*, Considerando 2º.

<sup>322</sup> *Ibíd.*, Considerando 3º.

<sup>323</sup> Ley 19.300, 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: 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; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

### 10.6.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt

La Corte rechaza la acción constitucional, porque a su juicio la resolución que califica favorablemente el proyecto no es un acto arbitrario o ilegal que transgreda las garantías constitucionales esgrimidas por los recurrentes<sup>324</sup>. Según la Corte, la resolución fue expedida por el órgano competente, dentro de la esfera de sus atribuciones y previo cumplimiento de todas las etapas contempladas en la ley N° 19.300, así como en Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esto fue fundamentado a partir del “principio de contradictoriedad del artículo 10 de la ley N° 19.880, conforme al cual, los servicios convocados plantearon dentro de la esfera de su competencia las observaciones y aclaraciones que podría generar el proyecto”<sup>325</sup>. En la especie, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto cumplió con las exigencias y propósitos que el inciso N°2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas<sup>326</sup>.

La Corte establece que la RCA no es susceptible de amenazar los derechos esenciales reclamados, “toda vez que se trata de un acto administrativo de opinión y no representa un acto material de resultado que cause agravio actual y real”<sup>327</sup>. Se considerará que en este aspecto la Corte comete un grave error, por cuanto la RCA viene a concretar un procedimiento de evaluación que está dotado de complejidad técnica para analizar los posibles efectos del proyecto, sin que se requiera de un efecto actual y/o material para que las autoridades se pronuncien sobre esas posibles vulneraciones. Justamente, la naturaleza jurídica de acción cautelar es la que justifica que mediante la vía del recurso de protección se pueda constatar una amenaza a derechos fundamentales.

---

<sup>324</sup> I.C. Puerto Montt. 239-2011.

<sup>325</sup> *Ibíd.*, Considerando 6º.

<sup>326</sup> *Ibíd.*, Considerando 8º.

<sup>327</sup> *Ibíd.*, Considerando 6º.

A juicio de la Corte, la resolución recurrida viene a culminar el procedimiento de evaluación y sostiene que previo a eso existen otros actos que se pronuncian sobre las materias de interés de los recurrentes (la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena en el espacio físico en donde se emplaza el proyecto). Además, pretende desligar la RCA favorable de los actos anteriores que la provocaron, cuando la resolución puede y debe hacerse cargo de los intereses de todos los participantes.

El rechazo de la consulta en el marco del SEIA está sustentado en que no existe afectación a los recurrentes con el proyecto en sí mismo y ni en la resolución que lo aprueba, sin tomar en cuenta la letra expresa del tratado que obliga al Estado a consultar ante la susceptibilidad de afectación y, en este caso, la forma de averiguar si esos efectos de seguir el proyecto su curso son probables se hace al realizar la evaluación y en ese tránsito se da cumplimiento a las obligaciones internacionales.

En otro punto, la Corte también establece que la exigencia del Convenio de consultar a través de procedimientos apropiados debe conciliarse con el principio de participación de la Ley N° 19.300 y que “la participación de las comunidades indígenas en el marco de la ley 19.300, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental”<sup>328</sup>. Se reafirma tal conclusión en el pronunciamiento de la Excelentísima Corte Suprema sobre el caso llamado Celco, Rol 4078 del año 2010.

### **10.6.3. Disidencia del Presidente de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Hernán Crisosto Greisse**

El entonces presidente de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt estuvo por acoger el recurso de protección, ya que existía una afectación ilegal y arbitraria al derecho consagrado en el artículo 19 N° 2 de la CPR. En virtud del hallazgo de restos

---

<sup>328</sup> *Ibíd.*, Considerando 9°.

arqueológicos dentro de la línea base del proyecto, se pudo suponer que fue utilizado por pueblos indígenas y por lo tanto correspondía realizar un EIA e incorporar a la evaluación ambiental de su proyecto la normativa indígena, específicamente en lo que dice relación con el artículo 34 de la ley 19.253 y artículo 6 punto 1, literal a) y punto 2 del Convenio 169. El sr. Crisosto Greisse estableció también que la consulta indígena necesariamente se debía realizar durante la tramitación de un EIA, ya que al “omitirse el EIA, se ha omitido la debida consulta a los pueblos indígenas vecinos<sup>329</sup>.” Por otra parte, especial relevancia entrega a la vulneración del artículo 19 N° 2 de la CPR, el que a su juicio se concreta en una diferencia arbitraria de trato a favor de la empresa interesada por parte de la autoridad ambiental, al favorecerla por actos administrativos irregulares, en detrimento de los demás ciudadanos que están obligados a respetar y acatar la legalidad vigente<sup>330</sup>.

#### **10.6.4. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema**

La Corte Suprema, el 22 de marzo de 2012, revocó el fallo de la corte regional, acogió la acción cautelar y declaró que se dejaría sin efecto la RCA que dictó la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, por lo que el proyecto “Parque Eólico Chiloé”, debería someterse a un Estudio de Impacto Ambiental. Este debería conllevar un procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 que esté regido por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales<sup>331</sup>, ya que a su juicio, se logró constatar la existencia de dieciocho sitios arqueológicos indígenas en el área de influencia directa del proyecto.

La CS sostuvo que la consulta indígena del Convenio 169 es un mecanismo que asegura el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1 de la CPR, de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible<sup>332</sup> de

---

<sup>329</sup> I.C. Puerto Montt. 239-2011. Considerando 5°.

<sup>330</sup> Ídem.

<sup>331</sup> C.S. 10090-2011.

<sup>332</sup> *Ibíd.*, Considerando 5°.

un grupo con especificidad cultural propia. Por otra parte, consideró que el Estudio de impacto ambiental es la instancia legal para consultar conforme al artículo 6 del Convenio 169, en tanto que las instancias de participación de las DIAs no cumplen el estándar exigido, buena fe y procedimientos apropiados. Esto, a raíz de que las reuniones y actos de información no satisfacen las especiales características de la consulta, 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<sup>333</sup>.

La omisión de una evaluación eficaz del proyecto a través de una consulta deviene en que la RCA impugnada incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, por cuanto no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas<sup>334</sup>. Asimismo, omitir la consulta implica no dar cumplimiento a un imperativo legal, y este es un proceder que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega el trato igualitario a dichas comunidades indígenas<sup>335</sup>.

## **10.7. Caso Proyecto Minero El Morro**

### **10.7.1. Antecedentes**

Este proyecto fue inicialmente aprobado a través de un estudio de impacto ambiental durante el año 2011, oportunidad en que la comunidad Agrícola Los Huascoalinos interpuso un recurso de protección, principalmente por ser omitida la consulta indígena del Convenio 169 en la etapa de evaluación ambiental. Con ello, lograron que el máximo tribunal ratificara la sentencia de primera instancia, con fecha 27 de abril de 2012, dejara sin efecto la RCA dictada por la autoridad ambiental y

---

<sup>333</sup> *Ibíd.*, Considerando 8°.

<sup>334</sup> *Ibíd.*, Considerando 9°.

<sup>335</sup> *Ídem.*

ordenara la realización de un estudio de impacto ambiental que contemplara la consulta a las comunidades y que se pronunciara sobre los mismos aspectos que lo hacían procedente: la reubicación de las comunidades, las alteraciones en su cultura y ritmos de vida.

En cumplimiento de esta sentencia, la autoridad ambiental realizó el estudio de impacto ambiental que ordenó la magistratura, y finalizó con la dictación de una nueva RCA favorable. Esta nuevamente fue objeto de impugnación mediante la vía de la acción de protección, por parte de diversas organizaciones (no sólo indígenas) y también personas naturales y asociaciones de carácter social.

Se analizará el pronunciamiento de los tribunales superiores de justicia en ambas oportunidades, por la relevancia otorgada a los informes sobre aspectos normativos -en este caso realizados por la CONADI-, y la importancia que otorga la jurisprudencia a la consideración de la autoridad ambiental sobre las comunidades afectadas, a las que correspondía consultar.

#### **10.7.2. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y su confirmación por parte de la Corte Suprema**

En el mes de septiembre del año 2011, la Comunidad Agrícola Los Huascoaltinos recurrió de protección en contra de la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama, por motivo de la dictación de la RCA, resolución exenta N° 49, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto minero El Morro. A juicio de los recurrentes, se vulneraron las garantías consagradas en el artículo 19 N° 2, 8, 21, 24 y 26 de la Constitución Política de la República y omite la participación y consulta conforme al Convenio 169 de la OIT, puesto que el proyecto se emplazaría en terrenos de la Estancia de los Huascoaltinos, de propiedad de la comunidad agrícola recurrente.

El 17 de febrero del año 2012, la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso<sup>336</sup>, dejó sin efecto la resolución en cuestión, y finalmente ordenó complementar el pronunciamiento sobre los impactos del proyecto minero en los sistemas de vida de los comuneros, ya que catalogó de insuficientes las medidas de mitigación aprobadas por la autoridad en comparación a los efectos que alegan los recurrentes, a saber: el reasentamiento de los territorios respecto de las cuales poseen títulos de dominio y la alteración significativa en los sistemas de vida y costumbres de la comunidad Huascoalina conforme al artículo 11 letra C) de la ley 19.300.

Además, la Corte declaró vulnerada la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, provocada por el trato desigual a los recurrentes, sin tomar en consideración sus aprehensiones que tenían con el proyecto, ya que se ignoraron las medidas de mitigación del particular, ineficaces en relación al impacto en las comunidades. Todo esto, agravado por la vulneración al derecho de propiedad de los comuneros, sobre el título de dominio que poseen los Huascoalinos sobre parte del territorio donde se emplazaría el proyecto. En relación a esto aplica el artículo 15 del Convenio 169, el cual ordena una protección especial de la comunidad para participar en la utilización, administración y conservación de los recursos territoriales, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación que podría causar daños<sup>337</sup>.

La Corte de Apelaciones da cuenta de la importancia de la CONADI en el procedimiento de evaluación ambiental, y señala que hubo un reconocimiento tardío de la calidad de indígena de la comunidad recurrente, lo que impidió una intervención eficaz en la consulta ambiental. En este sentido, observa que hace falta profundizar en los medios idóneos la consulta conforme al artículo 6 y 7 del Convenio 169. La Corte da cuenta de que la autoridad sólo realizó reuniones de mero trámite, sin recabar las necesidades de los comuneros ni los perjuicios que les provocaría el proyecto ni menos

---

<sup>336</sup> I.C. Antofagasta. 618-2011.

<sup>337</sup> *Ibíd.*, Considerando 10º.

un trabajo sistemático de socialización de posibles medidas de mitigación, lo que fue calificado como ilegalidad que amenaza su derecho de propiedad.

También sustenta su pronunciamiento en las normas del Pacto de derechos civiles y políticos, en el sentido de que el Estado Chileno debe garantizar y proteger la igualdad ante la ley de las comunidades indígenas, al considerar que constituyen minorías étnicas respecto de las cuales se debe respetar, al igual que para el resto de los ciudadanos, la amplitud de sus manifestaciones culturales y el derecho a ponerlas en práctica.

La Corte no comparte el criterio de la autoridad ambiental respecto a catalogar como suficiente que sólo se tomen medidas en torno a los efectos del proyecto sobre el reasentamiento de algunas familias pertenecientes a la comunidad indígena y no a toda la comunidad en su conjunto, la cual se compone de cuarenta y tres personas individualizadas que acreditan su calidad de indígena. Por tanto,

“prescindir específicamente del resto de estas personas que tienen la calidad de indígena comprobada, constituye una ilegalidad que está protegida en la Constitución Política de la República que garantiza la igualdad ante la ley, la no existencia de grupos privilegiados sin que autoridad alguna pueda establecer estas diferencias arbitrarias”<sup>338</sup>.

La Corte Suprema el 27 de abril del año 2012 confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta<sup>339</sup>, y ordenó realizar el estudio de impacto ambiental para que se tome la responsabilidad de los efectos del proyecto que alega la comunidad recurrente, en virtud de su relevancia, establecida en el artículo 11 letra c) y d) de la ley 19.300. Según aquellos incisos, estos son: c) “Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”; y 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”.

---

<sup>338</sup> *Ibíd.*, Considerando 11º.

<sup>339</sup> C.S. 2211-2012.

### **10.7.3. Implicancias de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó y su revocación por parte de la Corte Suprema**

En cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema analizada anteriormente, el particular sometió el proyecto minero El Morro al estudio de impacto ambiental dirigido por la Comisión de Evaluación Ambiental que debía regirse por los lineamientos planteados por el máximo tribunal.

Una vez finalizada la evaluación, la comisión aprobó el proyecto mediante la RCA N° 232, en octubre del año 2013. Nuevamente, la comunidad diaguita Los Huascoaltinos, sumada a diversas asaciones indígenas y no indígenas del sector, interpuso un recurso de protección en contra de esta nueva RCA que aprobaba el proyecto. En esta causa convergieron tres acciones de protección. Los recurrentes denunciaron que la autoridad no dio cumplimiento al primer fallo dictado por la corte suprema, y alegaron que la RCA es arbitraria e ilegal. Arbitraria, por la falta de lógica y prudencia de la Comisión de Evaluación Ambiental, quien no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 36 del Decreto N° 95, en relación al artículo 29 de la Ley N° 19.300, es decir no exigió que las observaciones fueran respondidas por el titular y eso acarrea consigo que es imposible para la autoridad decidir conforme a una ponderación que se ajuste al estándar legal, y, por tanto, se pasó por alto la evasiva del titular del proyecto en la etapa de participación ciudadana.

En lo pertinente a la ilegalidad del acto, manifiestan que se configura respecto del acto reclamado, al violar la CEA el principio de legalidad, (artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República y recogido en el artículo 2 de la Ley N° 18.575, Sobre Bases Generales del Administración del Estado), porque a juicio de los recurrentes, la Comisión debía someterse al marco de la normativa ambiental vigente, a saber, Ley N° 19.300, complementada por la Ley N° 20.417 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, destacando los artículos 1, 2 letras j) e i) de la referida Ley 19.300, y 29 letra d), 34 inciso 3 y 37 del citado Reglamento. Además, aseveran que incurre en ilegalidad y arbitrariedad al aprobar ambientalmente

el proyecto sin haber llevado a efecto la Consulta Indígena a todas las comunidades y asociaciones recurrentes, acotándola exclusiva y excluyentemente a una organización no indígena, lo que fue tolerado y refrendado por la CEA, mediante la RCA que se impugna.

Asimismo, la comunidad agrícola diaguita Huascoaltinos defiende que no se cumplió con los requisitos acerca de que la consulta sea libre e informada, de buena fe y mediante procedimientos adecuados. Reconoce que lo único que se habría cumplido es lo previo y mediante instituciones representativas. Ellos denuncian que la garantía constitucional de igualdad ante la ley fue infraccionada al verse imposibilitados los recurrentes para actuar y defender en términos igualitarios sus derechos dentro del proceso de evaluación ambiental del proyecto, ya que a pesar de que fueron parte del proceso de participación ciudadana, no se ponderaron debidamente sus observaciones.

Para la Corte de Apelaciones de Copiapó, la nueva RCA dio cumplimiento a lo ordenado por la Corte Suprema, en orden de retrotraer el procedimiento de evaluación de impacto ambiental a la etapa de elaborar un Informe Consolidado que recogió de manera eficaz los efectos del Proyecto minero El Morro y se hizo cargo de las observaciones de las comunidades afectadas<sup>340</sup>. Por tanto, no hay vicios de ilegalidad y descarta la vulneración de garantías fundamentales, ya que los recurrentes no han sido amenazados, perturbados ni menos privados de ellas, y no se ha demostrado que exista afectación directa respecto de ellas. En relación al derecho a la igualdad esgrimido, el tribunal lo justifica al sostener que las denuncias de los comuneros Huascoaltinos son consideradas porque efectivamente se acreditaron impactos significativos, respecto de los cuales la autoridad ambiental se hace cargo y no obedece a la condición de indígena.

---

<sup>340</sup> I.C. Copiapó. 436-2013.

Para la Corte, las instancias administrativas que contempla la ley 19.300, tal como la del artículo 25 quinquies de la ley 19.300<sup>341</sup>, son apropiadas y efectivas para que cualquier persona que sienta amenazada en sus derechos, pueda reclamarlos mediante el ejercicio de las acciones que contempla el ordenamiento medioambiental. Ahora, la corte excluye la posibilidad de las comunidades de buscar una enmienda a la RCA por la vía jurisdiccional, y expone como vía de solución la administrativa ambiental; pese a que no son excluyentes, la misma constitución así lo establece. Además, una instancia de revisión administrativa será eficaz si efectivamente el conflicto se suscita exclusivamente sobre el cumplimiento de las normas ambientales, pero en la generalidad de los casos, la omisión de la consulta indígena implica vulnerar además las garantías fundamentales protegidas por la constitución, que no son justiciables administrativamente.

Según la Corte, el requisito fundamental de la obligación de consulta es que exista una susceptibilidad de afectación directa. Este requisito lo relaciona directamente con los proyectos ambientales que generan impactos significativos y, en consecuencia, son los que corresponde consultar conforme al Convenio 169 y al artículo 85 del Decreto N° 40. Para la judicatura, en el caso en particular de la prueba aportada por la recurrida, queda en evidencia la inexistencia de impactos significativos respecto de los recurrentes al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.300. Por otra parte, los recurrentes sólo cuestionaron la procedencia de la consulta indígena basándose exclusivamente en la atribución de derechos sobre el territorio, sin discutir aspectos de fondo de la evaluación técnica<sup>342</sup>, en tanto que los recurrentes no realizan actividades productivas, de manifestación de tradiciones o cultura que en

---

<sup>341</sup> Ley 19.300. Artículo 25 quinquies.- La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones. Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880. El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20.

<sup>342</sup> *Ibíd.*, Considerando 8°.

virtud del proyecto pudieran verse perturbados de forma significativa en términos de magnitud y duración<sup>343</sup>.

Respecto de acciones impetradas por las asociaciones y personas particulares no diaguitas, la Corte acoge la alegación de falta de legitimación activa impetrada por la recurrida Comisión de Evaluación Ambiental, por cuanto concluye que la única comunidad afectada directamente por el Proyecto El Morro son los comuneros diaguitas Huascoalinos. Sin embargo, la Corte considera que esta comunidad fue informada cabal y plenamente de los aspectos relativos a la consulta que se realizó, no obstante ello, constató que la misma comunidad generó un contexto dilatorio e impositivo<sup>344</sup>, porque no fueron prestos a participar en las oportunidades y plazos presupuestados, no entregaron información -como era su obligación- que permitiera arribar a acuerdos, aunque existían elementos suficientes para que el Estado pudiera ponderar los impactos sobre la recurrente, contenidos en los apartados c) y d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y considerar que las medidas planteadas por el titular del Proyecto se hacían cargo adecuadamente de los impactos generados<sup>345</sup>. Al respecto, se establece que los pueblos indígenas afectados, como sujetos pasivos de la consulta, también son sujeto de obligaciones con el Estado y con las demás comunidades y asociaciones indígenas con las que colindan, en relación a participar de la consulta que organiza la autoridad correspondiente, siempre y cuando sea en el marco de un diálogo en una marco de buena fe.

Es posible apreciar que la Corte sopesa las alegaciones de los recurrentes con la información proporcionada por la CONADI. En relación a esto, hay que señalar que independiente de la validación que realiza este órgano de la evaluación ambiental y las medidas propuestas del inversionista particular, los pueblos indígenas no pueden estar supeditados al actuar de la CONADI. Si este actúa negligentemente en orden de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo integral de

---

<sup>343</sup> Ídem.

<sup>344</sup> *Ibíd.*, Considerando 22º.

<sup>345</sup> *Ibíd.*, Considerando 23º.

las personas y comunidades indígenas, los pueblos están legitimados para recurrir y exigir sus derechos de manera independiente.

La Corte concluyó que en el contexto de la nueva institucionalidad ambiental, el recurso de protección reviste una acción de *ultima ratio*, por cuanto el legislador implementó una serie de acciones administrativas y judiciales<sup>346</sup>. Para la Corte, en este caso concreto el recurso de protección es idéntico a una reclamación en sede ambiental, con la diferencia de que la decisión de temas técnicos no forma parte del objeto de la vía constitucional<sup>347</sup>.

Los recurrentes apelaron en contra de este fallo y la Corte Suprema procedió a revocar la sentencia de primera instancia, lo que dio lugar a la acción de protección, basada principalmente en la falta de fundamentación de los informes otorgados por la CONADI, que excluyen de la consulta previa a diversas asociaciones y personas particulares. Estos informes de evaluación incumplen los preceptos legales contenidos tanto en la Ley N°19.880 como en la Ley N°19.300, que hacen imperativa su motivación, y deviene en que la opinión favorable otorgada al proyecto adolezca de un vicio que la transforma en ilegal y arbitraria<sup>348</sup>.

La falta de fundamentación de dichos informes en orden de no realizar un proceso de consulta inclusivo vulneró el artículo 19 N° 2 de la Constitución, porque no entregó un trato de igual forma, lo que implica una discriminación arbitraria respecto de los recurrentes, al desconocer que a ellos debe dárseles el mismo trato que a otras Comunidades, asociaciones indígenas y personas, sobre las cuales la CONADI informó en forma negativa la pertinencia de efectuar una consulta indígena.

---

<sup>346</sup> A saber, las posibles vías de impugnación, son entre otras, el recurso de reclamación ante el Comité de Ministros o bien una denuncia ante la Superintendencia de Medio Ambiente, la que también incluye medidas cautelares.

<sup>347</sup> *Ibíd.*, Considerando 33°.

<sup>348</sup> *Ibíd.*, Considerando 30°.

La Corte ordenó que la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama solicitara a CONADI nuevos informes en los cuales exponga fundadamente su criterio en cuanto a la pertinencia de cancelar el proceso de consulta indígena y de no realizarla respecto de todos los recurrentes, y proceder a emitir una nueva RCA del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto El Morro en el que éste sea calificado ambientalmente acorde al mérito de los antecedentes y según el procedimiento contemplado en la Ley N°19.300.

Además, se dejó de manifiesto la relevancia del informe de la CONADI en el procedimiento administrativo establecido por la Ley N°19.300, del cual depende, en este caso, la validez de la RCA, por cuanto debe contener los fundamentos en que se basa la decisión de no considerar a los recurrentes en la consulta indígena convocada<sup>349</sup>. Se afirmó que la CONADI debía dar cumplimiento a la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, particularmente, a lo establecido en el artículo 11 inciso 2°:

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afecten los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio...”, en tanto el artículo 41 inciso 4° del mismo cuerpo legal estatuye que: “Las resoluciones contendrán la decisión que será fundada<sup>350</sup>.

La ley ambiental también exige pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación en las materias relativas al proyecto. Así, en el artículo 9 inciso final se lee que “Los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus respectivas competencias” y en el artículo 9° bis se señala que

La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. En todo caso,

---

<sup>349</sup> *Ibíd.*, Considerando 31°.

<sup>350</sup> *Ibíd.*, Considerando 38°.

dicho informe deberá contener, los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto. El incumplimiento a lo señalado en el inciso anterior se considerará vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental.

## **10.8. Caso Línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno**

### **10.8.1. Antecedentes**

La comunidad mapuche de Lo Prado, coordinadora del Programa de Salud y Pueblos Indígenas del Servicio de Salud Occidente en la Comuna de Lo Prado y Presidenta de la Asociación indígena Weluwen, en conjunto interpusieron un recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental Región Metropolitana y del Servicio de Evaluación Ambiental Región Metropolitana, en razón de haber dictado una RCA que aprobaba el estudio de impacto ambiental del Proyecto “Línea de Arranque y Subestación Eléctrica Neptuno”. Los recurrentes expusieron que próximos al emplazamiento físico del proyecto existe un área de significación cultural indígena y un centro ceremonial mapuche, reconocido formalmente por la Ilustre Municipalidad de Lo Prado. En consecuencia, alegaron que las autoridades ambientales debían consultarles conforme al Convenio 169 sobre la conformidad con este proyecto, y denunciaron un engaño por parte del Servicio de Evaluación Ambiental, el que supuestamente habría llevado a cabo reuniones de diálogo informales. Estas reuniones no resguardaron el principio de la buena fe, puesto que en ellas se obtuvo ventaja de la falta de conocimientos técnicos, por lo tanto, con la asistencia no se logró un entendimiento acabado del proyecto para efectos de lograr intervención real y efectiva ante la autoridad. Finalmente, en concepto de los recurrentes la autoridad no realizó un estudio de impacto cultural, ya que no se ha hecho la consulta indígena de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.

### **10.8.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago**

Con fecha 20 de octubre del año 2014, la Corte rechazó el recurso al sostener que no existe en este caso ningún acto ilegal ni vulneración de las garantías constitucionales cometidas por los recurridos<sup>351</sup>, debido a que se llevó a cabo por la autoridad el proceso de consulta indígena conforme al Convenio 169 de la OIT, que se materializó en una resolución que fue puesta al conocimiento de los recurrentes y de las asociaciones mapuches de la comuna de Lo Prado.

Para la Corte, los antecedentes acompañados por la autoridad ambiental dan cuenta de que la comunidad recurrente fue la que no participó en el proceso de consulta, la cual se habría restado de las instancias que la autoridad colocó a disposición a lo largo del proceso de evaluación ambiental. Incluso el abandono de esta instancia consta en un comunicado firmado por el dirigente de la comunidad, quien alegó que existió una invitación tardía a participar, seis meses desde el inicio de la consulta.

La Corte de Apelaciones de Santiago no se pronunció sobre los motivos de las comunidades para restarse de la consulta llevada a cabo por la autoridad. Esto llama la atención porque el principio de buena fe es transversal a la consulta, permanente en todo su desarrollo, por lo tanto, aquí se considerará que era menester un pronunciamiento de la magistratura, en caso de alegarse que la autoridad no dio un aviso oportuno del inicio de la consulta o que no se dieron garantías de la real incidencia de su participación.

Según la Corte, la decisión fundada o infundada de las comunidades en orden a rechazar la consulta no altera el procedimiento que realiza la autoridad, siempre y cuando dé cumplimiento al Convenio 169. En este aspecto, la memorista juzga excesivamente formalista el razonamiento de la Corte, porque no se dan directrices de qué pasos dio la autoridad que garantizaba una consulta de buena fe para las comunidades. En cambio, solo se limitó a concluir que la actitud refractaria de las

---

<sup>351</sup> I.C. Santiago. 19839-24.

comunidades no puede alterar el proceso de evaluación. Por lo tanto, para la Corte, la autoridad ambiental llevó a cabo la consulta indígena de rigor sin infringir el ordenamiento jurídico aplicable a ella, por lo que no aparece que haya actuado con la ilegalidad que se le imputa<sup>352</sup>. Con la finalidad de lograr esta conclusión, la Corte se apoyó en la información aportada por la CONADI, la cual da fe del desarrollo de las diferentes etapas de la consulta indígena en el procedimiento de evaluación ambiental.

### **10.8.3. Implicancias de la sentencia de la Corte Suprema**

La corte suprema desestimó el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia<sup>353</sup>, porque se encontraban pendientes de decisión ante el comité de ministros varias reclamaciones formuladas y no resueltas, deducidas en contra de la RCA impugnada. Por tanto, sostiene que el conocimiento del recurso incoado escapa a los márgenes de la acción cautelar de protección. Luego reafirmó su decisión, al consignar que desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia, como es la solicitud de dejar sin efecto una RCA.

### **10.8.4. Disidencia del Ministro Carlos Cerda Fernández**

Para el Ministro Carlos Cerda, la ilegalidad y arbitrariedad denunciada, por una parte, no se identifica con las reclamaciones pendientes ante el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental porque son actos posteriores a la RCA recurrida, y por otra parte, el Ministro sostiene que desde que se dictó la resolución, se debe entender consumada la consulta que se está objetando, “por lo que aún de encontrarse abiertas impugnaciones contra aquélla, no apuntan a lo que aquí precisamente convoca y, menos, obstan a su resolución en esta competente sede jurisdiccional e ineludible instancia constitucional”<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> *Ibíd.*, Considerando 12º.

<sup>353</sup> C.S. 27923-2014.

<sup>354</sup> C.S. 27923-14.

## **10. 9. Caso Parque Eólico La Flor**

### **10.9.1. Antecedentes**

La Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir interpuso un recurso de protección en contra del Servicio de Evaluación Ambiental por la dictación de la RCA que calificó como favorable la declaración ambiental del Parque Eólico La Flor, proyecto que consiste en la construcción y operación de una central de energía eléctrica en la comuna de Renaico, Región de la Araucanía, y en contra de la Sociedad Vientos de Renaico Limitada por no considerar a los recurrentes para la evaluación de impacto ambiental. Frente a ello, alegó la vulneración de las garantías constitucionales del artículo 19 N° 2 y 21 de la Constitución Política de la República, dado que el referido proyecto debió someterse a la consulta indígena prevista en el Convenio 169 de la OIT.

### **10.9.2. Implicancias de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco**

La Corte de Apelaciones de Temuco con fecha 17 febrero de 2015, rechazó el recurso, por cuanto la RCA no es considerada arbitraria ni ilegal. Esto, debido a que en los antecedentes consta que la legislación ambiental dio cumplimiento a toda la legislación del Convenio 169 de la OIT, y los órganos encargados de evaluar el evento de un estudio de impacto ambiental compuesto por la consulta indígena están en manos de la CONADI y el Servicio de Evaluación Ambiental<sup>355</sup>. Además, sostuvo que la recurrente no cumple con uno de los requisitos básicos de esta acción constitucional, lo cual consiste en señalar de qué forma han sido vulnerados los derechos que reclama y que no hay relación entre la garantía de la igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar una actividad económica respetando el ordenamiento vigente, con la RCA impugnada.

---

<sup>355</sup> I.C. Temuco. 4366-2014.

### **10.9.3. Implicancias de la Sentencia de la Corte Suprema**

La Corte Suprema<sup>356</sup> confirmó la sentencia de primera instancia, al establecer que no existe ilegalidad en cuanto a la procedencia de la consulta indígena alegada por la recurrente. Sin realizar mayor análisis respecto a las características del proyecto, el máximo tribunal no ahonda en la vía por la cual el proyecto se tramita en sede ambiental y no verifica la pertinencia de la consulta conforme al Convenio 169, sino que la abstrae de las normas sectoriales, tal como lo realizaba antaño. Es más, deja constancia de su prevención la Ministro Rosa Egnem, a quien le corresponde confirmar teniendo presente que en el marco de la nueva institucionalidad ambiental el recurso de protección no es la vía para pronunciarse acerca de la eficacia y legalidad de una resolución de calificación ambiental.

---

<sup>356</sup> C.S.3766-2015.

## 11. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO VÍA PRIORITARIA PARA HACER EXIGIBLE EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA DEL CONVENIO

169

La acción de protección, sus características y naturaleza son relevantes para efectos de esta memoria, porque esta acción ha sido la principal vía utilizada por las comunidades indígenas para solicitar que se dejen sin efecto las medidas dictadas por la autoridad estatal sin consulta previa. Por lo tanto, en el marco de este procedimiento se han logrado definir los niveles de afectación que la hacen procedente, la carga de la prueba respecto de la afectación, los procedimientos en los cuales consultar, entre otros aspectos que han quedado entregados a la elaboración jurisprudencial y a la voluntad de los pueblos indígenas que recurren de protección para hacer valer los derechos del Convenio 169.

Sobre el derecho de protección, amparo o tutela de derechos constitucionales en el ámbito latinoamericano, el destacado jurista chileno Humberto Nogueira Alcalá distingue tres corrientes o modelos concretos. El primero tiene como característica instrumental procesal una regulación amplia y de contenido abarcador y que actúa como herramienta procesal por excelencia, tal como es el modelo mexicano. El otro es el modelo como instrumento procesal subsidiario de los procedimientos jurisdiccionales o administrativos; tal es el caso del amparo de derechos en Argentina, Venezuela y Colombia. El tercero es el modelo chileno, que constituye un instrumento procesal principal y previo, sin perjuicio de los demás procedimientos sumarios u ordinarios jurisdiccionales existentes<sup>357</sup>.

El recurso de protección nació en nuestro ordenamiento con el acta constitucional N°3 sobre derechos y deberes constitucionales (Decreto Ley 1.552 del 13 de septiembre de 1976)., y luego se consolidó en el artículo 20 de la Constitución

---

<sup>357</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. 2da. Ed. Librotecnia, Santiago, 2008, p. 297.

Política de 1980. Ha sido regulado por la Corte Suprema mediante el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, pese a que esta materia es de reserva legal y no ha recibido ese tratamiento hasta la actualidad.

Desde un punto de vista sustancial, ha sido definido como

un derecho fundamental de las personas y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia ( Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato<sup>358</sup>.

Desde una perspectiva procesal es una acción, al ser una facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho, y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia<sup>359</sup>.

Es requisito indispensable la existencia de un acto u omisión ilegal, es decir, contrario a la ley, que según el concepto precisado en el artículo 1º del Código Civil<sup>360</sup>, se refiere a todo aquello que implica antijuridicidad, violación o vulneración del ordenamiento jurídico, o bien la existencia de un acto u omisión arbitrario, que sea producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él, sea éste un acto administrativo, vía de hecho, actuación material, omisión o abstención<sup>361</sup> que amenace en forma inminente, perturbe o prive del ejercicio de un derecho asegurado en el artículo 20 de la Carta Fundamental<sup>362</sup>. Se tutelan sólo los derechos y garantías

---

<sup>358</sup> *Ibíd.*, p. 305.

<sup>359</sup> *Ibíd.*, p. 308.

<sup>360</sup> Código Civil. Artículo 1. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

<sup>361</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. Cit.*, p. 307.

<sup>362</sup> Constitución Política. Artículo 20. "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en

taxativamente expresadas en dicha norma constitucional y exclusivamente al legítimo ejercicio de esos derechos, lo que indica una restricción sustancial a quien intenta la acción, según el Profesor Gastón Gómez Bernales<sup>363</sup>.

Asimismo, es necesario agregar que la acción de protección tutela derechos y garantías constitucionales. La idea de derecho que comprende el artículo 20 de la Carta equivale a la noción técnica de derecho subjetivo, y las garantías, si bien pueden en alguna teoría equipararse con los derechos -sobre todo cuando los derechos son concebidos al margen de un ordenamiento que solo los reconoce-, son cuestiones diversas. Cada derecho presupone una regulación especial garantista. Las garantías pueden ser<sup>364</sup>: exigencias especiales de quórum, tipo de ley, contenido de regulación o complemento, limitar su ejercicio, o fijar excepciones, ponderar y prever conflictos de bienes, etc.

### **11.1. Características y naturaleza de la Acción de Protección Constitucional**

Las principales características de la acción de protección, según Humberto Nogueira Alcalá, tienen relación con la amplia legitimación activa, la autonomía del procedimiento, su tramitación breve y los efectos de la sentencia definitiva. La amplia legitimación activa se explica porque “puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica afectada, incluso por entes colectivos, sin personalidad jurídica, o por cualquier otra persona a su nombre debiendo ser redactada en papel simple, por telégrafo o incluso por un acta levantada en la secretaría de la Corte de Apelaciones

---

lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

<sup>363</sup> GÓMEZ BERNALES, G. Recurso de protección informe de jurisprudencia 2001-2006 frente a actos u omisiones cometidos por Órganos del Estado para el Ministerio de Obras Públicas. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p. 3.

<sup>364</sup> *Ibíd.*, p. 4.

respectiva”<sup>365</sup>. A su vez, que sea un procedimiento autónomo implica que “no depende de ningún otro procedimiento o proceso.”<sup>366</sup> Es excepcional, sirve solo para defender y garantizar frente a acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que afecten derechos fundamentales<sup>367</sup>. Además, no es un proceso exclusivo o sustitutivo de otros procesos<sup>368</sup>, por cuanto la Constitución establece en el artículo 20 inciso 1 parte final, que se ejerce “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

El procedimiento en el cual se tramita tiene un carácter breve, concentrado y preferente, por cuanto “obliga al tribunal competente a darle curso preferente respecto de todos los demás asuntos de su despacho, con la excepción de la acción de Hábeas Corpus”<sup>369</sup>. La brevedad se evidencia en que nuestra Carta Fundamental ordena que para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado, la judicatura debe adoptar las medidas de inmediato, y establece que una vez acogido el recurso a tramitación, la Corte debe solicitar que la recurrida informe por la vía más expedita y en un plazo breve y perentorio acerca de todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso<sup>370</sup>. Ahora, la posibilidad de la recurrida de informar, no se materializa en un derecho a la oposición porque debe ser circunstanciado sobre los hechos alegados<sup>371</sup>. La doctrina ha señalado que la afectación del derecho debe ser relativamente clara o evidente y los antecedentes serán apreciados conforme a las reglas de la sana crítica<sup>372</sup>.

En cuanto a los efectos de la sentencia, esta es definitiva y produce cosa juzgada formal. Por tanto, impide que se plantee una nueva acción de protección al existir la triple identidad de personas, causa de pedir y cosa pedida<sup>373</sup>. Además, tiene

---

<sup>365</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. Cit.*, p. 309.

<sup>366</sup> *Ibíd.*, p. 310.

<sup>367</sup> *Ídem.*

<sup>368</sup> *Ibíd.*, p. 311.

<sup>369</sup> *Ibíd.*, p. 313.

<sup>370</sup> *Ídem.*

<sup>371</sup> *Ibíd.*, p. 314.

<sup>372</sup> *Ibíd.*, p. 310.

<sup>373</sup> *Ibíd.*, p. 340.

efectos relativos, puesto que cubre solo a las personas intervinientes en el proceso. La potestad jurisdiccional es de naturaleza restitutoria, por lo cual la sentencia puede ordenar la restitución de un bien (mandamiento de dar); realizar determinadas conductas o actuaciones (mandamientos de hacer); ordenar conductas de abstención (mandamientos de no hacer)<sup>374</sup>. El mandamiento está dotado de imperio y debe ser acatado por todas las autoridades, instituciones y personas<sup>375</sup>, sin perjuicio de los recursos que establece la ley. Por otra parte, la naturaleza de la acción de protección es relevante porque ayuda a determinar si efectivamente estamos frente a un procedimiento idóneo para discutir y zanjar cuestiones de relevancia tan trascendental como es el futuro de proyectos de inversión y la pertinencia de consultar a los pueblos indígenas, y en caso de hacerlo, cómo y con qué objetivos.

También cabe señalar que la acción de protección es una de las manifestaciones de las facultades conservadoras que por su relevancia el legislador dejó en manos de los tribunales, conferidas en el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales. Por otro lado, es de suma importancia la naturaleza cautelar, pues para cumplir con su objetivo debe tratarse de una tutela expedita, rápida y eficaz, donde se “cautele” el derecho, sin perjuicio de que el asunto pueda ser visto nuevamente por los jueces de fondo, si se lleva nuevamente hasta la jurisdicción<sup>376</sup>. En caso de ser necesario, debe operar a través de providencias cautelares urgentes e inmediatas sobre las garantías constitucionales que se denuncian como infringidas con el objeto de otorgar una protección urgente a las mismas.

## **11.2. Implicancias de los criterios aplicados por los tribunales superiores de justicia por la vía de la acción de protección constitucional**

Son múltiples las implicancias de los criterios aplicados por los tribunales superiores de justicia al momento de pronunciarse sobre las acciones de protección interpuestas por las comunidades indígenas, en orden de reclamar la ilegalidad y/o

---

<sup>374</sup> *Ibíd.*, p. 339.

<sup>375</sup> *Ídem.*

<sup>376</sup> GÓMEZ BERNALES, G. *Op. cit.*, p. 6.

arbitrariedad de las medidas que les han sido consultadas. En general, los criterios son netamente jurídicos, pero generan implicancias políticas. En este apartado se sistematizarán dichas implicancias.

Tal como se ha señalado en puntos anteriores, coincide con la entrada en vigencia del Convenio 169, la dictación por parte del poder ejecutivo del decreto N° 124, el que por su patente de carácter restrictivo incidió en el malestar de los pueblos indígenas y en la reacción que tomó la forma de acciones de protección ante los tribunales superiores de justicia. Tanto aumentó la falta de conexión entre el cuerpo normativo, el espíritu del Convenio 169 y las expectativas de los pueblos indígenas, que ni siquiera la judicatura optó por aplicarlo. Pese a ello, estuvo vigente tres años, en los cuales se dio un desarrollo progresivo de jurisprudencia que generó contenido y directrices de cómo armonizar ésta nueva obligación estatal dentro de un marco legal e institucional que no está acostumbrado a los mecanismos de participación.

Los casos presentados en este trabajo corresponden a la regularidad con la que los pueblos indígenas recurren para ser tutelados. En general, se trata de resoluciones de calificación ambiental dictadas en el marco de un procedimiento de evaluación ambiental. Es de suma importancia el fenómeno que se ha dado de que diversas comunidades indígenas denuncien ser vulneradas en sus derechos fundamentales por la dictación de una RCA, puesto que el particular sometido a evaluación regirá su actuar conforme a esa medida; por lo tanto, si efectivamente los tribunales determinan que es arbitrario o ilegal, implica que es el Estado a través de sus órganos el que autoriza proyectos que están al margen del derecho vigente.

Por un lado, la práctica jurisprudencial ha mostrado una clara tendencia de los tribunales de considerar la acción de protección ante problemas de ilegalidad o arbitrariedad de la RCA como medida administrativa en la que de algún modo se considere un derecho fundamental, lo que ha sido aceptado por la práctica de los tribunales superiores de justicia, debido a que no existe un procedimiento contencioso

administrativo que proteja los derechos de los administrados en forma eficaz en el ordenamiento jurídico chileno<sup>377</sup>.

De esta manera, a partir del caso Celco la Corte Suprema establece que los actos administrativos particulares, las RCA, sí deben ser consultadas, porque al confirmar el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia se elimina el argumento que sostiene que la RCA no debe ser consultada conforme al decreto 124. Por lo tanto, se marca una pauta en cuanto a que los actos administrativos particulares sí deben ser consultados y le resta legitimidad a este decreto transitorio. En esta sentencia, el máximo tribunal rechazó el recurso de protección, al igual que en el caso Palguín, pero posteriormente el criterio cambió y comenzó a acogerlos, pero no sobre la base de cuestiones ambientales, sino por debates estrictamente de procedimiento administrativo<sup>378</sup>.

No obstante, ese criterio fue incoado en las cortes regionales. En el caso Palguin, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso en razón de que la actuación de la Corema de la Región de la Araucanía es considerada arbitraria, pues “no existe una razón suficiente para que haya dejado de aplicar la norma antes transcrita (la consulta del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT), lo que trasunta en un hacer carente de fundamento<sup>379</sup>”. Después esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema, y el Ministro Haroldo Brito Cruz hizo eco del deber de fundamentación de los actos administrativos en su disidencia. En ella señala que en ese caso no existía un problema de compatibilidad de la participación ambiental y la consulta del Convenio, sino que la autoridad ambiental incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y

---

<sup>377</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. cit.*, p. 307.

<sup>378</sup> CORDERO VEGA, L., “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla. Un caso de Derecho Administrativo Procedimental”. 3ª REVISTA JUSTICIA AMBIENTAL, 2011. En: SALGADO, Juan Manuel. *Como la práctica del derecho procesal anula los derechos indígenas*, p. 82.

<sup>379</sup> I.C. Temuco.1705-2009. Considerando 11º.

justificación que esta particular autorización requiere<sup>380</sup>. Además, consignó la necesidad de “buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan”<sup>381</sup>.

En el caso del plan regulador de San Pedro de Atacama, la Corte Suprema es la que califica como una ilegalidad el acto administrativo que otorgaba la autorización ambiental a través de una DIA, que no contempla un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal<sup>382</sup>. En cuanto al contenido de la fundamentación que la Corte extraña de las RCA, además de no existir previamente una consulta, en la sentencia se hace alusión a aspectos que posteriormente serán considerados en el nuevo reglamento de la consulta, tales como la presencia de informes que consideren aspectos sociales y culturales sobre sus tradiciones e instituciones de los pueblos indígenas, en el contexto de las dificultades que les puede causar el desarrollo del proyecto a evaluar.

En el caso Parque Eólico de Chiloé, la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones que había rechazado la acción, fundada en la correcta aplicación de la consulta. Al contrario, consigna que se incumple el deber de fundamentación de un acto administrativo, porque no es fruto de consulta sobre la utilización de tierras indígenas. Por tanto, ordenó que el proyecto se someta a un Estudio de Impacto Ambiental, donde la participación ciudadana se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Este último criterio es el que constantemente destaca la doctrina de los fallos sobre la materia, pero consideró que no es el más relevante. La elección del marco normativo bajo el cual se hiciera la consulta fue un aspecto que se definió por la propia iniciativa de las comunidades que recurrían dentro de esa esfera de conocimiento y,

---

<sup>380</sup> C.S. 4078-2010. Punto 4.

<sup>381</sup> *Ibíd.*, Punto 2.

<sup>382</sup> C.S. 258-2011

además, porque de las normas sectoriales, es la que posee un ámbito de participación más desarrollado.

No obstante, como lo ha demostrado la práctica de la regulación de la consulta vía potestad reglamentaria, incluso coexisten dos ámbitos donde realizar la consulta indígena: uno especial, en el decreto 66, y uno general, en el decreto 40. Lo relevante es, entonces, el contenido de la obligación de la consulta, del que dependerá la validez de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

En el segundo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el Proyecto minero El Morro, sostiene que el informe de la CONADI no tiene fundamentos para no considerar a las comunidades recurrentes de protección, por lo tanto la RCA también es vacía en ese aspecto e implica que no se da cumplimiento a la Ley de bases de procedimientos administrativos, y tampoco a la ley 19.300 artículo 9, inciso 4 y 5:

El proceso de revisión de las Declaraciones de Impacto Ambiental y de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental considerará la opinión fundada de los organismos con competencia ambiental, en las materias relativas al respectivo proyecto o actividad, para lo cual la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio, en su caso, requerirá los informes correspondientes. Los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus respectivas competencias.

Asimismo, de la jurisprudencia estudiada se puede concluir que la falta de fundamento del acto administrativo, causada por la omisión de la consulta indígena en el procedimiento ambiental, lesiona la igualdad formal o ante la ley. La igualdad ante la ley se refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares<sup>383</sup>. Al respecto, podemos constatar que la corte suprema evolucionó en este criterio, ya que en el caso Palguin revocó el fallo de la corte regional, en el cual se establecía que la falta de fundamentación del acto administrativo amenazaba la garantía, porque en

---

<sup>383</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. Cit.*, p. 223.

tanto comunidades indígenas, los actores son grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y autorizada por el ordenamiento, como son las consultas aludidas<sup>384</sup>.

En el fallo revocatorio, el Ministro Haroldo Brito a través de la disidencia señaló que todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas, supone que sea ejecutado desde la particularidad; esto es, al considerar que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías<sup>385</sup>. Tal carencia (no consultar, por lo tanto sería una RCA sin fundamento) torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio prevé, se niega el trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, ya que la omisión implica no igualar para los efectos de resolver<sup>386</sup>.

Este mismo criterio sostuvo posteriormente la Corte Suprema, en el caso Parque Eólico de Chiloé y sobre el Proyecto El Morro. En el primero, debido a que la omisión de la consulta es ilegal, porque lesiona garantía igualdad ante la ley, la igualdad de trato, y en el segundo porque la autoridad ambiental discriminó arbitrariamente a los recurrentes, consultó a unos y no a otros. En definitiva, decidió ordenar a la comisión de evaluación ambiental que pida un informe a la CONADI de por qué no fueron incluidos en la consulta.

El criterio jurisprudencial más comentado ha sido el de la orden de realizar la consulta indígena en el marco del estudio de impacto ambiental, por una parte, en una especie de homologación de los criterios de afectación del artículo 11 de la ley 19.300 a la susceptibilidad de afectación que requiere el artículo 6 del Convenio 169, y por otra, porque es la instancia que contempla participación ciudadana. Esto no es más que el acomodo de una obligación internacional en el marco de la norma sectorial en la cual se desarrolla el conflicto: casos de calificación ambiental por las autoridades

---

<sup>384</sup> I.C.TEMUCO. 1705-2009 *Op. Cit.*, Considerando 11.

<sup>385</sup> BRITO CRUZ, Haroldo. En: C.S. 4078-2010.Punto 1.

<sup>386</sup> *Ibíd.*, Punto 4.

administrativas y respecto de proyectos de inversión que se desarrollan en territorios indígenas.

Por un lado, la Corte Suprema estableció la importancia de la afectación a los pueblos indígenas como criterio orientador para determinar la procedencia de la consulta indígena. Esto se puede apreciar en el caso Palguin, donde revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco y aclaró que lo relevante no es el tipo de medida administrativa, sino la afectación que produce, y calificó como relevante para ese caso en concreto los efectos que hacen procedente un estudio de impacto ambiental, en específico, los del artículo 11 letra c) de la ley 19.300: reasentamiento de comunidades, alteración en los sistemas de vidas y costumbres de los indígenas. Con esto, la afectación vino a delimitar si correspondía realizar un estudio o una declaración de impacto ambiental, pero consideró que ese criterio no es determinante para distinguir una u otra vía de ingreso al Sistema de Evaluación, porque conforme al artículo 26 de la ley 19.300, también hay participación en las DIAs.

En el caso Celco esta es la tesis del máximo tribunal, el cual sostuvo que la participación ciudadana del estudio de impacto ambiental que evaluó el proyecto cumplía con los estándares de la consulta establecidos en el convenio 169. También podemos encontrar este criterio en el caso del plan regulador de San Pedro de Atacama, en el que se cuestionó la presentación de una DIA y se ordenó hacer un estudio y consultas respectivas.

En el caso Parque Eólico de Chiloé, la corte suprema también cuestionó la DIA, porque se verifican los efectos del art. 11 letras d), e) y f), principalmente por los hallazgos arqueológicos, por lo tanto ordenó someter el proyecto a un estudio de impacto ambiental.

Recientemente, en el caso de la subestación Neptuno, se pudo ver cómo los tribunales superiores de justicia establecieron una incompatibilidad entre las instancias administrativas de reclamación ambiental, a saber la reclamación ante el comité de

ministros o ante el tribunal ambiental conforme artículo 29 y 30 bis de la Ley N ° 19.300, y la acción de protección constitucional, que tiene un objetivo distinto, busca tutelar derechos fundamentales. Así también lo establece la sentencia de la Corte Suprema en el caso Parque Eólico La Flor. Todo lo anterior, pese a que la constitución en su artículo 20 establece que la acción constitucional será ejercida

sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.” Por lo tanto lo correcto es, que las resoluciones de los tribunales nieguen las defensas de los recurridos en virtud de la existencia de otros medios procesales ordinarios para defensa de los derechos invocados<sup>387</sup>,

porque además la doctrina y jurisprudencia acuerdan en que toda la administración pública aparece como sujeto pasivo de esta acción constitucional<sup>388</sup>.

En consecuencia, sólo si la medida administrativa o legislativa no implica ninguna situación jurídica constitucional dogmática infringida, en ese caso deben utilizarse las demás acciones y recursos jurisdiccionales que habilita el ordenamiento jurídico<sup>389</sup>. Ahora, en cuanto a la legitimación para recurrir en contra de las medidas administrativas, en el caso línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno, la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que por el hecho de restarse de participar a las comunidades eso obsta la legitimación para recurrir de protección, y dice que no le consta una ilegalidad, dado que la autoridad correspondiente cumplió con todas las etapas procedimentales y requisitos para realizar la consulta.

Al respecto, conforme al principio de la buena fe, no puede concebirse que los pueblos indígenas estén obligados a ser sujetos pasivos de la consulta, ya que esta es una relación de confianza que se construye conforme a ese principio. Cabe recordar que el sometimiento a las etapas de participación ciudadana no es obligatorio y excluyente para la ciudadanía, sino, al contrario, es un medio más de transparencia y actuación democrática de las personas u organizaciones en la decisión administrativa.

---

<sup>387</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. Cit.*, p. 311.

<sup>388</sup> I.C. Temuco. 1705-2009. *Op. Cit.*, Considerando 2°.

<sup>389</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. Cit.*, p. 306.

En relación a esto, lo que sí puede parecer razonable es que el hecho de no participar -a sabiendas del procedimiento en curso- y luego recurrir de protección, da cuenta de una ausencia de urgencia del presunto derecho vulnerado. La cautela de derechos constitucionales por medio del recurso de protección se asienta precisamente en la conculcación de dichos derechos y la necesidad de una tutela judicial de urgencia<sup>390</sup>. Si existen condiciones materiales para un conflicto, entonces el acceso a la impugnación resulta inevitable.

---

<sup>390</sup> Ídem.

## 12. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

De lo expuesto en esta memoria, se puede concluir que las implicancias de los criterios aplicados por los tribunales superiores de justicia en materia de consulta previa, han generado una importante influencia político-jurídica, que no se limita a ser solo el único camino a través del cual se dotó de contenido la forma de aplicarla, sino que generó parámetros que fueron ocupados en la regulación reglamentaria realizada por los gobiernos de turno y estableció una forma de controlar las medidas administrativas que afectan a los pueblos indígenas recurrentes de protección.

En la evolución jurisprudencial, destaca que las Cortes regionales de Valdivia, Temuco, Puerto Montt y Antofagasta, son las primeras en introducir la consulta como un requisito previo en los procedimientos de evaluación ambiental, reconociendo su aplicación directa en virtud de los pronunciamientos que analicé del Tribunal Constitucional. Posteriormente la Corte Suprema hace eco de estos pronunciamientos, aplicando el concepto de consulta tal y como lo establece el tratado internacional en su artículo 6, pero centrando el análisis en la consulta previa como un elemento de fundamentación del acto administrativo, cuando éste afecta directamente a pueblos indígenas.

De tal modo, en el análisis de la jurisprudencia nacional se puede observar que la mayoría de las sentencias ordenan que los proyectos ingresen y sean evaluados de acuerdo a los impactos que pueda generar, siendo de relevancia la afectación en los términos y características del artículo 11 de la Ley N° 19.300, norma que distingue si es procedente un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental, parámetro utilizado por las judicatura para distinguir si procede o no consulta conforme al Convenio 169, dependiendo de la vía de ingreso del proyecto a la evaluación ambiental. Este razonamiento lo recogió la autoridad gubernamental tanto el decreto N° 66 como el decreto N° 40, artículo 85, demuestran la influencia de este criterio de distinción que hoy es aplicable conforme a sus normas.

En los fallos de los casos “Palguin”, “Plan Regulador San Pedro de Atacama”, “Pesquera Los Fiordos”, “Parque Eólico Chiloé”, y “Proyecto Minero El Morro”, es expreso el criterio por el cual se establece que la participación ciudadana satisface el estándar y los objetivos de la consulta, si la autoridad ambiental la realiza inspirada en el Convenio 169. Consignan que la resolución de calificación ambiental es una medida administrativa especial que debe ser consultada siempre que genere impacto significativo en los pueblos indígenas.

Este avance jurisprudencial, en orden a fijar un piso mínimo de aplicación de la consulta indígena y controlar la legalidad de las RCA, ha sido reiterado en el tiempo porque por un lado, el recurso protección es un procedimiento de tutela de derechos y garantías fundamentales y porque, desde el punto de vista procesal ha significado un alivio para las comunidades utilizar un procedimiento breve y sumario.

Ahora, el problema de que los criterios sean determinados, en la práctica, a través de la jurisprudencia y no sean replanteados o cuestionados por el Estado, tomando en consideración que los pueblos indígenas no están conformes con el marco normativo actual, generó en este caso criterios más estrictos que los que exige el mismo Convenio 169. Por ejemplo, queda en evidencia por la semántica utilizada el decreto N°66, reglamento general de la consulta que exige como estándar de procedencia una afectación directa e impacto significativos y específicos, cuando el convenio requiere de susceptibilidad de afectación o afectación propiamente tal; dejando a los pueblos indígenas con una tarea enorme, acreditar un impacto material, real y actual, si deciden impugnar las resoluciones de calificación ambiental como lo han hecho hasta ahora, a través del recurso de protección.

Aspecto que incluso, puede generar conflictos de competencia, en orden a que los tribunales superiores de justicia sean temerosos de inmiscuirse en asuntos que en la actualidad pueden ser cuestionados por vías administrativas en sede ambiental y que deben ser resueltas conforme a la regulación estricta que comento. Pero, si los pueblos indígenas, legítimamente, conforme al inciso 1º parte final del artículo 20 de

la Carta Fundamental, recurren de protección, “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”, pueden alegar una amenaza evidente en algunos de los derechos fundamentales provocada por una consulta deficiente.

Asimismo, la nueva normativa sobre la consulta es facultativa para los órganos constitucionalmente autónomos, pero que a través de la acción de protección los pueblos indígenas pueden demostrar una vulneración por la omisión de la consulta, porque de todas formas el poder público en general se encuentra obligado por el Convenio 169 que por lo menos, tiene rango legal.

Ahora bien, este destacado avance no es sinónimo de éxito en materia de derechos de participación, porque constatamos que en la generalidad de los casos, la judicatura deja sin efecto las medidas administrativas infundadas, por omisión de la consulta indígena, pero no fundamentadas en lo esencial por el tratado internacional, sino que en formalidades que debe cumplir la autoridad estatal en el ejercicio de la función administrativa, como es fundamentar una resolución de calificación ambiental.

Los tribunales han establecido que es la falta de fundamentación la que vulnera garantías fundamentales de los pueblos indígenas y la consulta previa es un elemento de razonamiento para la decisión final de la autoridad estatal. Por lo tanto la jurisprudencia en esta materia no ha sido parte de un activismo de los jueces en orden a paralizar proyectos de inversión, sino que ha reconocido la autoejecutabilidad de la consulta previa y aplicado el marco normativo general al cual deben someterse los órganos de la administración. Como esos son los criterios que han influenciado las últimas regulaciones sobre la materia, consideramos que aún es superficial el tratamiento del deber de consulta, conforme al marco general que expusimos en la primera parte de esta memoria.

Es importante avanzar en perfeccionar los mecanismos existentes o bien unificar criterios para legislar sobre la consulta, tal como se realizó en Perú, porque

como bien sostiene un autor, si la observancia del Convenio queda supeditada a los avatares de un pleito, entonces habrá tantas maneras de aplicarlo como jueces sean llamados a conocer de estos asuntos, sin contar los casos en que un mismo tribunal cambie de parecer de un juicio a otro. Sólo el establecimiento de reglas precisas por los representantes de la soberanía popular garantiza que la aplicación del Convenio responda a los propósitos que se han tenido en vista al tiempo de contraer estos compromisos<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> VALDIVIA, J. M. *Op. Cit.*, p. 68.

### 13. BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, J. "Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 2009. [En línea] <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/399-informes-relator-2009.html>> [consulta: 20 diciembre 2014].

ANAYA, J. "Los derechos de los pueblos indígenas". En: BERRAONDO, M. *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

ANAYA, J. "Los derechos de los pueblos indígenas". En: CONTESSE S., J. *El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Editorial Diego Portales, Santiago, 2012.

ANAYA, J. *Programa para promover el Convenio 169 de la OIT. La aplicación del convenio 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*. OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra, 2009.

AYLWIN, J. et al. *Las implicancias de la ratificación del convenio de la OIT en Chile*. 2009. Observatorio Ciudadano, Temuco, 2009. [En línea]: <[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro\\_ley169.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf)> [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2015].

BENAVENTOS, O. y GARCÍA, M. A. *La Tutela de los derechos colectivos o difusos*. [En línea]: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/17.pdf>> [Fecha de consulta: 4 de mayo 2015]

CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. 2007.

CIDH, Organización de los Estados Americanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Punto 45. [En línea]: <

<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm>> [fecha de consulta: 2 de mayo de 2015].

COMITÉ DE EXPERTOS DE LA OIT. Observación General del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 2009. En: Observación General, 2010. [En línea]: <[www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms\\_305844.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms_305844.pdf)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

COMISIÓN DE EXPERTOS DE LA OIT. Informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones. 2010.

COMISIÓN DE EXPERTOS DE LA OIT. 2008. [En línea]:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100\\_COMMENT\\_ID,P13100\\_LANG\\_CODE:3066698,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:3066698,es)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones, 100ª reunión, Ginebra, 2011. [En línea]:  
[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_151559.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf) [Fecha de consulta: 5 mayo 2015].

CONTESSE, J. *El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, 2012.

CONTESSE, J. "El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, Notas para su implementación en Chile". En: *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

CORDERO VEGA, L., "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla. Un caso de Derecho Administrativo Procedimental". 3ª REVISTA JUSTICIA AMBIENTAL, 2011. En: SALGADO, Juan Manuel. *Como la práctica del derecho procesal anula los derechos indígenas*.

CORONADO, H. *Análisis a las observaciones del Poder Ejecutivo sobre la Ley de Consulta Previa aprobada por el Congreso de la República el día 19 de mayo de 2010*. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, Lima, 2010. [En línea]:

<[http://www.caaap.org.pe/documentos/analisis\\_a\\_obs\\_ley\\_consulta-30jun10.pdf](http://www.caaap.org.pe/documentos/analisis_a_obs_ley_consulta-30jun10.pdf)>

[Fecha de consulta: 5 mayo 2015]

DERECHO AMBIENTAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes cuestiones generales e implicancias en relación con la gestión de recursos naturales. Por HERVÉ, D. et al. 1ª ed., Ediciones Universidad Diego Portales, Derecho Ambiental y Políticas Públicas, Santiago, 2011. Pp. 408-409.

DANIDA (Ministerio de Relaciones exteriores de Dinamarca). Kit de herramientas. Mejores prácticas para incluir a los pueblos indígenas en el apoyo programático sectorial. 2004. [En línea] <[http://www.netpublikationer.dk/um/5956/pdf/536220\\_web.pdf](http://www.netpublikationer.dk/um/5956/pdf/536220_web.pdf)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

DIEZ-PICAZO, L. *La doctrina de los propios actos*. Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

DONOSO R., S. "Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro"., En: Centro de Políticas Públicas, Serie N° 16, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008. [En línea]:

<<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1515/504453.pdf?sequence=1>>

[fecha de consulta: 3 de mayo de 2015].

FERNÁNDEZ ALEMANY, A. "Desarrollo de los aspectos ambientales de la institucionalidad indígena con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 OIT N° 169: Importancia y aporte de la jurisprudencia administrativa y judicial, en Derecho Ambiental, en tiempos de reformas." Actas de las V jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Legal Publishing, Santiago, 2010.

FERNÁNDEZ, A. y DE LA PIEDRA, C. *Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169*. Estudios Públicos N°121. Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011. [En línea]:

<[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4766\\_2888/rev121\\_AFernandez\\_CDelaPiedra.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4766_2888/rev121_AFernandez_CDelaPiedra.pdf)>

[Fecha de consulta: 2 de abril de 2015]

FUENZALIDA B., S. *Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos. Informe en Derecho*. Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2010. [En línea]: <[http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe\\_Final\\_Corregido1.pdf](http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf)> [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2015]

GÓMEZ, M. “El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. En: BERRAONDO, M. 2006. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

GÓMEZ BERNALES, G. Recurso de protección informe de jurisprudencia 2001-2006 frente a actos u omisiones cometidos por Órganos del Estado para el Ministerio de Obras Públicas. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

GONZÁLEZ CARVAJAL, P. *Pueblos indígenas y afectación de recursos naturales, en Derecho Ambiental, en tiempos de reformas*. Actas de la V jornada de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Legal Publishing, Santiago, 2010.

INE. Hojas informativas estadísticas sociales pueblos indígenas en Chile, CENSO 2002. [En línea]

<[http://www.ine.cl/canales/chile\\_estadistico/estadisticas\\_sociales\\_culturales/etnias/pdf/info\\_etniascenso2002.pdf](http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/info_etniascenso2002.pdf)> [Fecha de consulta: 4 de mayo 2015]

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2010.

IRIGOYEN F., R. “La obligación de consulta previa a los pueblos indígenas ante medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente” En: MEZA-LOPEHANDÍA G., M. Observatorio Parlamentario. Santiago, 2010.

LARRAÍN, H. *Lecciones del derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *Los Contratos parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

LÓPEZ V., R. y MOHR AROS, T. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?. [En línea]: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000100005&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502014000100005&script=sci_arttext)>. [Fecha de consulta: 20 de julio de 2015].

MEREMINSKAYA, E. “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, Derecho internacional y experiencias comparadas”. En: *Estudios Públicos* N°121. Centro de Estudios Públicos. Santiago, 2011. [En línea]: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4768\\_2890/rev121\\_EMereminskaya.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4768_2890/rev121_EMereminskaya.pdf)> [fecha de consulta: 10 diciembre de 2014].

MEZA-LOPEHANDÍA G., M. *Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento*. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2009.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Código Civil, artículo 2446

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, actual Ministerio de Desarrollo Social. *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. 2006.

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y COOPERACIÓN. Ley 19.253. 1993.

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN DEL GOBIERNO DE CHILE, Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. *Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y su implementación en Chile*. Santiago. 2009.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Convención sobre el derecho de los tratados, junio 1981. Artículo 5.

MINISTERIO DEL MEDIOAMBIENTE. Servicio de Evaluación Ambiental. Informe final. [En línea]:

<[http://www.sea.gob.cl/archivos/contenidos/Informe\\_Final\\_Consulta\\_Indigena\\_RSEIA\\_SEA\\_Mapuzugun.pdf](http://www.sea.gob.cl/archivos/contenidos/Informe_Final_Consulta_Indigena_RSEIA_SEA_Mapuzugun.pdf)> [consulta: 25 mayo 2015]

MONTT O., S. y MATTA A., M. *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile*. Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011. [En línea]: <[http://www.cepchile.cl/1\\_4767/doc/una\\_vision\\_panoramica\\_al\\_convenio\\_oit\\_169\\_y\\_su\\_implimentacion\\_en\\_chile.html#.VUYoH45\\_Oko](http://www.cepchile.cl/1_4767/doc/una_vision_panoramica_al_convenio_oit_169_y_su_implimentacion_en_chile.html#.VUYoH45_Oko)> [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2015].

MORRIS, M. et al. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

MOYANO B., C. *La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969*. Integración Latinoamericana, Buenos Aires, 1985.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. 2da. Ed. Librotecnia, Santiago, 2008.

OBSERVATORIO CIUDADANO. *El derecho a participación y consulta en el Convenio 169 de la OIT*. Cartilla 9. [En línea]:

<[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/cartilla\\_participacion\\_y\\_consulta.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/cartilla_participacion_y_consulta.pdf)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

OBSERVATORIO CIUDADANO. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Informe 19. IWGIA, 2014. [En línea]: <[http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0705\\_Informe19\\_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf)> [Fecha de consulta: 4 de mayo 2015].

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2010. *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenio de la OIT. Una recopilación de los comentarios*

de los órganos de control de la OIT. 2009-2010. [En línea]: <  
[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_150209.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf)> [Fecha de consulta: 11 mayo 15].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. [En línea]:  
<<http://www.ilo.org/indigenous/Activitiesbyregion/LatinAmerica/Bolivia/lang--es/index.htm>>  
[Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Numero 169 Sobre Pueblo Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.* 2003. [En línea]: <  
[pro169.org/res/.../es/.../Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf](http://pro169.org/res/.../es/.../Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf) > [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2015].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Pueblos indígenas y tribales [En línea]:  
<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm> [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2015.]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio número 107.* 1957.  
[En línea]: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm> [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2014]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales,* 2003.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica; una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT.* 2009. [En línea]:  
<[http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS\\_113014/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS_113014/lang--es/index.htm)> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales.* 2010. [En línea]:  
< <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>.

[Fecha de consulta: 2 de mayo de 2015].

PITKIN, H., “El concepto de representación”. En: SANHUEZA C., *La consulta previa en Chile: del dicho al hecho*. [En línea]: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/libros/Sanhueza.pdf>>

[Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

PRECHT RORRIS, A. “Entrada en vigencia del Convenio 169: El proceso de consulta a los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”. En: *Derecho Ambiental, en tiempos de reformas*. Actas de las V jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Legal Publishing, Santiago, 2010.

Recomendación General N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, CERD/C/51/Misc.13/Rev.4, art. 4, párr. d. 1997.

RIBERA, T., “Desafíos y alcances de la implementación de Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, En: Anuario de Derechos Humanos N° 6, Universidad de Chile, Santiago, 2010.

RIBERA, T., “Soberanía y participación política”. En: *Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. [En línea]: <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11481/11832>> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

RIBERA, T. *La consulta indígena según el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. 2010.

SANHUEZA, C. *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2013. [En línea]: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/28658.pdf>> [Fecha de consulta: 11 mayo 2015].

STAVENHAGEN, R. 2006. “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”. En: BERRAONDO, M. *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

Tribunal Constitucional, 23 enero 2013, Roles N°2387-12-CPT y N°2388-12-CPT

VALDIVIA, J. M. *Alcances Jurídicos del Convenio 169*. [En línea] Estudios Públicos N°121. Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011.

<[http://www.cepchile.cl/1\\_4765/doc/alcances\\_juridicos\\_del\\_convenio\\_169.html#.VUj\\_I5\\_Oko](http://www.cepchile.cl/1_4765/doc/alcances_juridicos_del_convenio_169.html#.VUj_I5_Oko)> [consulta: 5 mayo 2015]

YAÑEZ F., N. *Derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno*. Universidad de Chile, Facultad de ciencias sociales y jurídicas, Santiago, 1990.

YAÑEZ FUENZALIDA, N. Observatorio ciudadano. *Derecho a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado: La experiencia chilena*. Diapositiva 4. 2014.

YRIGOYEN F., R. *A los 20 años del convenio 169 de la OIT: balance y retos de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, 2005.