



Centro de Derechos Humanos

Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT

Equipo Académico

Claudio Nash R. Director del proyecto

Constanza Núñez D. Investigadora

Minda Bustamante S. Investigadora

Noviembre de 2014



Tabla de contenido

I. Convenio 169 de la OIT y derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional	5
1. Introducción.....	6
2. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente, en el Sistema Interamericano	8
2.1 Evolución del tema indígena en el SIDH y el enfoque actual por parte de los órganos de protección	13
2.2 Aplicación del Convenio 169 de la OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos..	18
3. El derecho a la consulta previa en el DIDH	23
3.1 ¿Cuándo procede la consulta?	28
3.2 La consulta debe ser realizada con carácter previo	32
3.3 La consulta debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo.....	34
3.4 La consulta debe ser informada.....	36
3.5 El proceso de consulta debe ser adecuado y accesible para las comunidades indígenas consultadas	38
3.6 El rol y las características de los estudios de impacto ambiental en relación con los procesos de consulta	42
3.7 Participación de las comunidades indígenas en los beneficios de los proyectos que se ejecutan en sus territorios	45
3.8 Consentimiento como un estándar distinto al de consulta	46
3.9 Algunas conclusiones sobre la consulta previa	47
4. Conclusiones sobre el acercamiento del DIDH al tema indígena	49
II. Convenio 169 de la OIT y su aplicación en Chile.....	51
1. Introducción.....	52
2. Marco normativo de los derechos de los pueblos indígenas en Chile.....	53
3. Jurisprudencia nacional sobre aplicación del Convenio 169 de la OIT.....	59
3.1 El Convenio 169 de la OIT: contenido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	59
3.2 El Convenio 169 de la OIT y sus ámbitos de aplicación en la jurisprudencia chilena	65
3.3 El Convenio 169 de la OIT y su aplicación en materia de consulta previa	79
4. Conclusiones al capítulo.....	102



III. Criterios para la aplicación del Convenio 169 de la OIT	104
1. Introducción.....	105
2. Cambio de perspectiva: la interpretación culturalmente sensible en materia de derechos humanos	105
3. Argumentación y razonamiento para la aplicación del Convenio 169.....	113
3.1 El DIDH como herramienta para mejorar y ampliar la protección nacional	114
3.2 Control de convencionalidad	123
4. Criterios interpretativos analizados aplicados a la consulta	128
4.1 Interpretación culturalmente sensible: la consulta previa como proceso intercultural	129
4.2 Obligaciones del Estado: condiciones mínimas para llevar a cabo la consulta previa desde una perspectiva intercultural	130
4.3 Resultado: la consulta como proceso intercultural	134
5. Resumen: pauta para la aplicación de los estándares del Convenio 169 de la OIT.....	136
IV. Conclusiones generales	137
Bibliografía	139



Centro de Derechos Humanos

Presentación

El año 2012 el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile comenzó una investigación, con el apoyo de la Fundación Ford, sobre la forma en que el sistema interamericano de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos estaban recogiendo y aplicando el Convenio 169 de la OIT.

Este estudio pretende ser un instrumento que describa el acercamiento que la justicia nacional e internacional ha tenido respecto de un instrumento internacional que tiene un gran potencial como base normativa para regular la relación de los Estados, particularmente en este estudio, del Estado chileno y los pueblos indígenas. Además, el estudio busca sistematizar este proceso, analizarlo críticamente y, finalmente, proponer algunas bases para mejorar su utilización.

Para realizar este estudio no solo se hizo una investigación dogmática, sino que también se estableció un diálogo con actores estatales y miembros de comunidades indígenas en Chile. Se realizaron dos talleres de trabajo, uno en Iquique y otro en Temuco, que fueron fundamentales para que el enfoque de este estudio estuviera vinculado con los problemas que presenta la implementación del Convenio 169 en la práctica. El diálogo con los y las participantes de los talleres nos ayudaron a identificar los nudos críticos en su aplicación, así como experiencias exitosas de implementación.

El equipo a cargo de este estudio, Dr. Claudio Nash y las investigadoras Constanza Núñez y Minda Bustamante, agradece el apoyo de la Fundación Ford y de todas las personas que contribuyeron a su realización, particularmente a Jennifer Alfaro y Rafael Palacios, quienes colaboraron en la investigación y revisión del texto, respectivamente.

Esperamos que este estudio contribuya efectivamente a una mejor utilización del Convenio 169 de la OIT por parte de los operadores de justicia y que sirva, al mismo tiempo, para que las comunidades indígenas, puedan utilizar el referido Convenio de una manera creativa y eficaz.



Centro de Derechos Humanos

I. Convenio 169 de la OIT y derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional



1. Introducción

El acceso a la justicia en condiciones de igualdad es uno de los pilares de una sociedad democrática, en particular para aquellos grupos que se encuentran en una situación de discriminación estructural. En América Latina, las personas indígenas, que representan aproximadamente 40 - 50 millones de personas en toda la región¹, presentan niveles de discriminación y exclusión social desproporcionados al resto de la población. Las violaciones de los derechos humanos que se configuran respecto de las comunidades indígenas están marcadas por la discriminación estructural de la que son víctimas, dada por la convergencia de pobreza, exclusión y elementos institucionales y culturales. La CEPAL indica que los pueblos indígenas son de los colectivos de la población “más desfavorecidos” como resultado de complejos procesos sociales e históricos que se iniciaron hace más de 500 años, y que fueron estableciendo prácticas discriminatorias persistentes hasta el presente e implicaron un despojo sistemático de sus territorios, con graves consecuencias para su bienestar².

En el caso de Chile, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha indicado que pese a que en los últimos años han existido avances en la situación económica y social de la población indígena, “aún persisten [...] severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de [estos] pueblos”, así como una “marcada discriminación en los ingresos entre personas indígenas y no indígenas”³.

En décadas recientes, los pueblos indígenas han empezado a tomar un rol cada vez más activo en velar y promover sus derechos. Por otra parte, en estos años se han implementado una serie de iniciativas para visibilizar este fenómeno y garantizar su

¹ PNUD. Informe sobre desarrollo humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy. Ediciones Mundi Prensa, 2004; STAVENHAGEN, R. Ethnic conflict and the nation-state. Londres: MacMillan, 1996.

² CEPAL. Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago, 2014, p. 5.

³ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. UN Doc. A/HRC/12/34/ Add.6, 5 de octubre de 2009 , párrs. 7 y 8.



acceso a la justicia, sin discriminación alguna, como por ejemplo, la suscripción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) (en adelante “Convenio 169” o “Convenio”), la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) (en adelante “DDPI” o “Declaración”) y; en el ámbito interamericano, un desarrollo jurisprudencial a nivel de tribunales constitucionales de la región y de los órganos de protección de derechos humanos (Comisión –CIDH- y Corte Interamericanas –“Corte IDH”) que también han incidido en que exista una mayor apertura y reconocimiento de los derechos de la población indígena en América Latina.

Chile no ha estado ajeno a estas iniciativas. Si bien a nivel nacional sigue existiendo una brecha significativa entre las garantías consagradas en la legislación y su real aplicación, hay signos de avance. En ese sentido, una herramienta que ha demostrado ser efectiva, pero hasta ahora poco utilizada, es la aplicación de estándares internacionales a nivel nacional. Estos estándares, provenientes tanto de los instrumentos y organismos de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Desde su entrada en vigencia en Chile, el Convenio 169 de la OIT, ha sido utilizado en distintos ámbitos, uno de ellos, el judicial. Hoy no es extraño que en la reivindicación de sus derechos, los pueblos indígenas hayan invocado esta normativa en los procesos de judicialización de sus demandas. El derecho a la consulta previa ha sido la piedra angular en este proceso de reivindicaciones de participación de las comunidades indígenas en materias que les afectan directamente.

Este documento pretende motivar una discusión informada en estos planos: la utilización del Convenio 169 como un punto de discusión en materia de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas en Chile y las posibilidades que presenta este instrumento y que aún no han sido exploradas en nuestro país.

A continuación queremos reseñar los principales hitos de la jurisprudencia internacional, así como de la jurisprudencia nacional para luego dar paso a algunas propuestas sobre cómo aplicar el Convenio, desde un enfoque de diálogo intercultural.



2. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente, en el Sistema Interamericano

La historia de los pueblos indígenas está marcada por situaciones de discriminación y exclusión por parte de los Estados de los que son parte, lo que se ha traducido en continuas violaciones de derechos humanos. Para hacer frente a estas situaciones, el sistema jurídico cuenta con dos formas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos: la primera, es a través de normas jurídicas y, la segunda, es por medio de la jurisprudencia. En el caso de los pueblos indígenas, se han utilizado ambos mecanismos. Esto se ha traducido en instrumentos específicamente dirigidos a los pueblos indígenas (la DDPI de 2007 es un buen ejemplo) o referencias generales que se formulan en otros instrumentos y que se han utilizado respecto de pueblos indígenas (por ejemplo, el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, norma relativa al derecho de las minorías). Asimismo, hay importantes avances en materia jurisprudencial que se han plasmado en sentencias emitidas por órganos de derechos humanos a nivel internacional.

En ese marco general, cumple un rol muy relevante el Convenio 169, toda vez que es el único tratado internacional específico sobre derechos de los pueblos indígenas. Si bien es un tratado que surge en el marco de la OIT⁴, no cabe duda alguna que es un tratado de derechos humanos, en tanto consagra y da contenido a derechos humanos y, como tal, ha sido incorporado a la normativa aplicable que viene siendo utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para interpretar sus propias normas.

⁴ El Convenio 169 de la OIT viene a reemplazar al Convenio 107 (1957) de la misma organización. Este último convenio buscaba “garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo” y es dictado en el marco de la OIT en razón de la pobreza y exclusión de los trabajadores indígenas en el mundo. “Durante la década de 1970, cuando Naciones Unidas comenzó a examinar la situación de los pueblos indígenas y tribales con más detalle, y cuando los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles a nivel internacional, el enfoque del Convenio 107 fue objeto de cuestionamientos. El Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y ésta concluyó que el ‘enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno’. Luego, el Convenio fue revisado durante 1988 - 1989, y en 1989 se adoptó el Convenio 169”. Véase sobre la historia de los convenios: [en línea] <<http://www.ilo.org/indigenous/lang--es/index.htm>> [consulta: 8 de noviembre de 2014].



El Convenio ha incorporado derechos y estándares para la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre la base de un cambio de paradigma: desde la asimilación a la autonomía. Así, define que su ámbito de aplicación será respecto a “pueblos”, contemplando una definición de éstos con un carácter práctico a partir de características socioculturales y particularidades históricas. Además, la naturaleza jurídica de parte importante los derechos consagrados en el Convenio, es de derechos colectivos, es decir, se reconoce que el ejercicio de ciertos derechos solo puede entenderse en una perspectiva colectiva cuando nos encontramos ante pueblos indígenas.

Para entender correctamente el tema de los derechos colectivos es preciso distinguir entre derechos humanos que fructifican en sociedad o que requieren de la sociedad para ejercerse (por ejemplo, derecho a voto) y los derechos cuyo titular es un colectivo (por ejemplo, autodeterminación). Los primeros claramente están protegidos por el sistema de derechos humanos tradicional; los segundos, constituyen el cambio de paradigma que introduce el Convenio.

Otra piedra angular de este instrumento, son los avances en materia de participación. En su artículo 6, el Convenio establece la obligación que tienen los Estados de realizar una consulta previa, libre e informada respecto de medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas. También exige que estos pueblos puedan participar en los procesos de formulación de políticas que los afectan, permitiéndoles establecer sus propias prioridades de desarrollo.

También debemos destacar lo útil que resulta el Convenio respecto al derecho a la tierra y gestión de los recursos naturales. En efecto, se hace una distinción entre “tierras” y “territorio”, entendiendo a este último como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (artículo 13). Esto permite ampliar la concepción tradicional de derecho de propiedad, dando respuesta a la necesidad de protección de este derecho bajo la cosmovisión indígena, caracterizando a este derecho como colectivo. Resaltamos en este ámbito la importancia que da el Convenio a la protección de los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, el cual comprende su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15).



Recogiendo el factor cultural preponderante que existe cuando se trata el tema indígena, el Convenio establece como base de los derechos económicos, sociales y culturales, el respeto por la costumbre indígena, por ejemplo, valorando la enseñanza de las tradiciones y lengua indígena a los niños/as de los pueblos interesados (artículo 28), o prefiriendo la utilización de sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (artículo 25).

Respecto de todos los derechos mencionados precedentemente, el Convenio establece obligaciones para los Estados. En efecto, dispone que los derechos deben ser gozados y ejercidos en condiciones de igualdad y no discriminación (artículos 2.1, 2.2, 3, 4.3, 33.1). Esta obligación no solo la establece respecto a los derechos contenidos en el Convenio, sino que también hace extensivo el mandato para todos los derechos fundamentales (artículo 3). Asimismo, señala que los Estados no solo deben cumplir con las normas del Convenio, sino que también deben tomar medidas especiales para salvaguardar “las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” (artículo 4). Estas medidas especiales también contemplan la necesidad de que los Estados desarrollen programas de educación en todos los sectores de la comunidad nacional, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener respecto a los pueblos indígenas (artículo 31).

Estas obligaciones han sido recogidas favorablemente por los Estados, realizando modificaciones legislativas (por ejemplo, para regular el deber de consulta previa) o incorporado sus estándares en el análisis de casos en que se ven comprometidos los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, esto no ha sido un proceso pacífico, ya que la aplicación del Convenio ha evidenciado puntos de conflicto, específicamente cuando se producen colisiones entre derechos, particularmente, algunos de carácter colectivo con los derechos individuales de los miembros de dichos colectivos. En efecto, es posible que el reconocimiento de ciertos usos y prácticas culturales de los miembros de pueblos indígenas genere situaciones que afecten los derechos humanos de quienes componen la comunidad indígena o de quienes se relacionan con ésta. Ejemplos de estos conflictos son los casos de administración de justicia comunitaria, donde las sanciones pueden constituir atentados graves a la vida o integridad física.

Respecto de estos conflictos, el Convenio establece un límite claro y, por ejemplo, en los casos de administración de justicia comunitaria ha señalado que su aplicación



debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9.1). En este mismo sentido, pero en términos algo más amplios y desde la perspectiva internacional, se ha pronunciado la Corte IDH en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*:

“La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”⁵.

Tal criterio de interpretación conlleva el riesgo de desarrollar una línea basada en el centralismo cultural e imponer una visión estricta de lo que puede o no limitarse desde la perspectiva de los derechos humanos. En este sentido, para interpretar los derechos establecidos en el Convenio, es importante realizar un escrutinio estricto de las restricciones, siendo el hilo conductor del análisis, la valoración de las comunidades y su supervivencia para la construcción de sistemas democráticos inclusivos.

Otro instrumento internacional relevante es la DDPI. Con la adopción por parte de la Asamblea General de la ONU, el 13 de septiembre de 2007, de esta declaración, culmina un largo proceso de gestación normativa en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito de las Naciones Unidas, caracterizado por la participación de los pueblos indígenas en su discusión.

La DDPI reconoce la “urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos” y se presenta como “un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los

⁵ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr.225.



pueblos indígenas” y proclama solemnemente este “ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo”.

Más allá de la discusión sobre la fuerza vinculante de la DDPI, esta resolución internacional juega de todos modos un papel en el Derecho Internacional ya que esta será una guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido de un derecho humano establecido en algún tratado. Al respecto, el Relator de Naciones Unidas ha indicado que “aunque la declaración no es necesariamente dispositiva, al interpretar un tratado cuyas disposiciones coinciden con las de la Declaración, proporciona orientación importante de peso significativo”⁶, resaltando además que su legitimidad está basada “no solo del hecho de que haya sido aprobada oficialmente por una mayoría abrumadora de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sino también de que es el fruto de años de actividades de promoción y lucha de los pueblos indígenas”⁷.

Las particularidades (exclusión y pobreza) en las que viven los pueblos indígenas de América Latina, han obligado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a dar una respuesta diferenciada para la protección sus derechos. Como hemos visto, en el ámbito de Naciones Unidas el esfuerzo ha estado centrado en lo normativo, sea a través de agencias especializadas (OIT) o generales de derechos humanos (Declaración de la Asamblea General).

En el ámbito del SIDH, los esfuerzos han estado centrados en la protección que han desarrollado los órganos de protección y no en el ámbito normativo, donde aún se discute una posible Declaración relativa a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Por ello, vamos a revisar a continuación, la evolución del enfoque sobre derechos de los pueblos indígenas en los órganos del sistema (CIDH y Corte IDH), el uso de la normativa de Naciones Unidas por parte del órgano jurisdiccional interamericano y, finalmente, los estándares desarrollados en materia de consulta previa a nivel interamericano. En este último tema recogeremos algunos de los estándares desarrollados por el Relator de Naciones Unidas en materia de pueblos Indígenas por el impacto que tiene la actividad del Relator en nuestros países.

⁶ Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. UN Doc. A/68/317, 14 de agosto de 2013, párr. 65.

⁷ *Ibidem*, párr. 66.



2.1 Evolución del tema indígena en el SIDH y el enfoque actual por parte de los órganos de protección

En el ámbito del SIDH, específicamente la CIDH, ha evolucionado su mirada de la cuestión indígena desde un enfoque proteccionista, hacia una perspectiva que busca la efectividad de la protección de los derechos de los pueblos indígenas basada en la igualdad y no discriminación.

La primera aproximación de la CIDH en los años 70', fue estimar a los pueblos indígenas como un grupo humano al que había que "proteger". En una segunda etapa, la CIDH plantea que a los pueblos indígenas les era aplicable la noción de minorías desarrolladas en el ámbito de Naciones Unidas y, por tanto, correspondía emplear los mecanismos establecidos en el DIDH para estos grupos. El tercer enfoque, vigente hasta ahora, surge a partir del Informe de la Comisión sobre "La situación de los Pueblos Indígenas en las Américas"⁸, y se basa en el principio de igualdad y no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos que sitúa a los pueblos indígenas como titulares de derechos generales a partir de su situación de exclusión y las particularidades culturales de que son titulares.

Sobre la base de este enfoque se desarrolla la jurisprudencia de la Corte IDH en materia indígena, particularmente, a partir del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*⁹ y que ha ido evolucionando hasta la emisión del *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*¹⁰.

La tesis que nos servirá de guía para el estudio de la jurisprudencia es la siguiente: la Corte IDH, a partir de la correcta aplicación del principio de igualdad y no discriminación, analiza los derechos de las personas pertenecientes a comunidades indígenas a la luz de las particulares circunstancias propias de estos titulares de derechos, esto es, su situación de hecho (principalmente su situación de pobreza y

⁸ CIDH. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000. Disponible [en línea] <<http://www.cidh.org/indigenas/indice.htm>> [consulta: 14 de mayo de 2014].

⁹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

¹⁰ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.



discriminación) y sus particularidades culturales¹¹. Así lo ha señalado la propia Corte IDH:

“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”¹².

De esta forma, la Corte vincula la obligación general de garantía y de no discriminación, con el derecho a la integridad cultural. Esto es relevante ya que si la mirada de la Corte es desde el principio de no discriminación, para darle contenido a éste, es necesario considerar las particularidades de los titulares de derechos y en ese sentido, la “identidad cultural” es un aspecto especialmente relevante. Al efecto la Corte dispone:

“Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos”¹³.

¹¹ “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr.63.

¹² *Ibíd*em, párr. 51.

¹³ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, *op.cit*, párr.213.



Es relevante la consecuencia que obtiene la Corte de este enfoque: la valoración de una visión de la sociedad como multicultural, plural y democrática:

“La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a ‘asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven’”¹⁴.

La primera parte de este considerando es muy importante, ya que establece el derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental, que además sería un derecho de carácter colectivo y que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Todo ellos construye una visión robusta de las sociedades latinoamericanas, que debiera tener impacto en toda la lectura de derechos. Particularmente relevante a efectos hermenéuticos es la valoración que hace la Corte IDH de la sociedad multicultural y pluralista, ya que esto sirve de marco para la interpretación del contenido y alcance de los derechos y los límites de los mismos en una sociedad democrática. De esta forma, no estamos ante una cuestión meramente declarativa, sino que ante un criterio de interpretación.

De esta forma, al momento de interpretar cada uno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en un caso donde los titulares de derechos sean indígenas, se debe determinar el contenido y alcance de los mismos y las obligaciones del Estado, a la luz de la situación de discriminación de su titular a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad. Este ejercicio de concreción de los derechos expresados

¹⁴ *Ibidem*, párr.217.



como normas abiertas es parte esencial del proceso interpretativo al que está llamada la Corte Interamericana, en tanto intérprete último de la CADH¹⁵.

De ahí que el Convenio 169 de la OIT y la DDPI sean documentos relevantes en el SIDH, ya que servirán de guía para dar concreción a los elementos culturales de los derechos humanos e incluso, de dotarlos de un contenido colectivo. Por tanto, ambos son instrumentos que permiten contextualizar los derechos humanos cuando su ejercicio está relacionado con un titular de derechos específico: los miembros de comunidades indígenas.

¹⁵ Véase artículo 62 de la CADH. Este ejercicio hermenéutico debe hacerse a partir de los criterios de interpretación propios del derecho internacional, contenidos en la Convención de Viena relativa al Derecho de los Tratados, de 1969.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Comunidad Mayagna (Awas Tigni Vs. Nicaragua)	31 agosto 2001
Comunidad Moiwana Vs. Suriname	16 junio 2005
Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay	17 junio 2005
Yatama Vs. Nicaragua	23 junio 2005
López Álvarez Vs. Honduras	01 febrero 2006
Comunidad Sawaoyamka Vs. Paraguay	30 marzo 2006
Escué Zapata Vs. Colombia	04 julio 2007
Pueblo Saramaka Vs. Suriname	28 noviembre 2007
Tiu Tojin Vs. Guatemala	28 noviembre 2008
Xákmok Kasek Vs. Paraguay	24 agosto 2010
Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador	24 julio 2012
Norin Catrileo y otros Vs. Chile	29 mayo 2014



2.2 Aplicación del Convenio 169 de la OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tal como hemos señalado, en la CADH no hay normas que se refieran específicamente a los derechos de los pueblos indígenas, por lo que el IDH ha abordado la temática indígena interpretando los derechos consagrados en la Convención a la luz de la realidad de estos pueblos. En este sentido, el Convenio 169 se ha transformado en el principal instrumento para analizar los casos en que se ven afectados los derechos de los pueblos indígenas, siendo utilizado por la Corte como herramienta para interpretar e integrar las normas de la CADH; para incorporar obligaciones adicionales y complementarias; y, para introducir la noción de derechos colectivos.

Sobre este punto nos parece relevante mirar con detención lo que ha dicho la Corte IDH sobre los usos que puede tener el Convenio 169, toda vez esto puede iluminar en el ámbito interno sobre los distintos alcances que puede tener este instrumento en nuestro sistema normativo.

2.2.1 Interpretación de la CADH

Para resolver casos contenciosos, la Corte IDH ha utilizado el Convenio para interpretar los derechos consagrados en la CADH con el objeto permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Uno de los ejemplos más relevantes para ilustrar este proceso, es la interpretación que ha realizado la Corte IDH del derecho de propiedad (artículo 21 CADH). En una primera etapa (*Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*), la Corte IDH reconoció que entender el derecho de propiedad en el sentido tradicional, no daba cuenta de las particularidades culturales del ejercicio de ese derecho en el caso de los pueblos indígenas. Es por esto, que a través de una interpretación evolutiva, considerando el estado actual del tema en la legislación interna y, atendiendo al objeto y fin de los tratados, es que la Corte IDH entendió este derecho en su dimensión colectiva, recogiendo la importancia de la costumbre indígena. Sin embargo, a partir del *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte complementó esta interpretación, con el contenido y alcance que el derecho de propiedad tiene en el Convenio 169 de la OIT:



“Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho (...)

“En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁶.

Esto ha sido reiterado en los casos *Saramaka vs. Surinam*¹⁷ y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*¹⁸. Pero no solo respecto al derecho de propiedad la Corte IDH ha utilizado el Convenio para interpretar los derechos protegidos por la CADH. En el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH analizó el derecho a la identidad cultural a la luz del Convenio, resaltando la importancia de este derecho para el goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas¹⁹.

Como ilustran los casos precedentes, la Corte IDH ha incorporado los estándares desarrollados en el Convenio 169 de la OIT para interpretar los derechos consagrados en la CADH. Es decir, la lectura de cada derecho y libertad, además de hacerlo bajo las obligaciones generales de los Estados (esto es, respeto, garantía y no discriminación), incorpora un instrumento que está fuera del SIDH, con el objetivo de darle contenido y alcance a los derechos, haciéndose cargo de las particularidades culturales cuando se conoce de un caso en que los afectados sean pueblos indígenas.

¹⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit, párrs. 124 y 127.

¹⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 92 y 93.

¹⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 117-118.

¹⁹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit, párr. 213.



2.2.2 Incorporación de obligaciones adicionales y complementarias

Además de ser una herramienta hermenéutica, el Convenio también ha sido utilizado por la Corte IDH para llenar lagunas o vacíos de los catálogos de derechos que, como consecuencia de su raigambre liberal, generan espacios no cubiertos para una forma de ejercicio de los derechos con un fuerte componente colectivo. En este sentido, este instrumento ha permitido incorporar obligaciones complementarias y adicionales a los Estados.

La utilización del Convenio como herramienta para complementar las obligaciones del Estado, se manifiesta claramente cuando la Corte IDH, al analizar casos donde se comprometen derechos con fuerte contenido prestacional, señala que la situación de especial de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas, requiere que se tomen medidas especiales por parte de los Estados. En este sentido, las obligaciones generales del Estado son leídas a la luz del *corpus iure* internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas:

“En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT”²⁰.

²⁰ Corte IDH. Caso Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit, párr.163.



Asimismo, el Convenio ha sido utilizado por la Corte IDH para incorporar obligaciones adicionales a las contenidas en la CADH. El derecho a la consulta y a la participación en los beneficios del desarrollo son ejemplos de ello.

En efecto, el deber de realizar una consulta previa, libre, e informada cuando exista una medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas, está contemplado expresamente en el Convenio 169, pero no se reconoce en la CADH. Para incorporar esta obligación, la Corte IDH ha señalado que el reconocimiento del derecho a la consulta, está en la base de la posibilidad de ejercer otros derechos, tales como la identidad cultural, o propiedad:

“Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios”²¹.

Respecto al deber de consulta, la Corte IDH no solo ha incorporado esta obligación, sino que también ha precisado sus alcances a la luz del Convenio, resaltando sus principales características²².

Otro elemento que el Convenio 169 ha permitido incorporar, es la noción de participación en los beneficios (artículo 15). La Corte IDH ha utilizado este concepto para señalar que:

“[...] La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”²³.

²¹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit, párr.160.

²² *Ibidem*, párrs. 159 a 220.

²³ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, op.cit, párr.137.



Como vemos, el contenido del Convenio ha sido determinante en el análisis de casos donde se ven afectados los derechos de los pueblos indígenas, ya que el baremo con que se debe realizar el escrutinio de cumplimiento de las obligaciones del Estado, se amplía, ya sea incorporando nuevas obligaciones, o complementando las ya existentes.

2.2.3 Incorporación de la noción de derechos colectivos

Finalmente, la Corte IDH no solo ha dado uso al Convenio para fundar una interpretación de los derechos dentro del ámbito de un sistema de matriz individual reconociendo las consecuencias de que estos se ejerzan desde una matriz de derechos colectivos, sino que además este instrumento le ha permitido reconocer derechamente los derechos colectivos como derechos humanos garantizados en el marco de la CADH. Recordemos que los derechos humanos se han consagrado como derechos subjetivos individuales, en que el sujeto de derechos es la persona, quien puede exigir del Estado una cierta actuación a partir del reconocimiento de la titularidad de derechos en razón de la sola pertenencia a la especie humana. De ahí, que la protección de grupos, en tanto colectivos, se ha realizado, tradicionalmente, a través de la interpretación de derechos individuales. La jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia ha sido zigzagueante, ha reconocido los derechos de los pueblos indígenas bajo la fórmula de derechos de los “miembros de los pueblos indígenas” (*Casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay y Sawhoyamaxa vs. Paraguay*); ha reconocido la titularidad colectiva al momento de disponer medidas de reparación (*Mayagna y Sawhoyamaxa*); ha reconocido la necesidad de garantizar el goce colectivo del derecho a los territorios (*Saramaka vs. Ecuador*) y; finalmente, ha reconocido derechos colectivos. En efecto, la Corte IDH a la luz del *corpus iure* de protección de los derechos de los pueblos indígenas, ha dado un paso más allá, reconociendo a los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos:

“En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de



vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva”²⁴.

Esta normativa internacional a que hace referencia la Corte, donde la noción de derechos colectivos ha sido recogida, está compuesta por el Convenio 169, bajo el nuevo paradigma de derechos colectivos; la DDPI, que también reconoce la titularidad colectiva de los derechos de los pueblos indígenas (artículo 1) y ahora la jurisprudencia de la Corte IDH lo desarrolla. Resultará interesante observar las implicancias prácticas y jurídicas que tiene la incorporación de esta noción en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el SIDH.

3. El derecho a la consulta previa en el DIDH

En la temática indígena uno de las cuestiones centrales ha sido la relativa a las tierras y la participación. El punto en que ambos temas convergen y se desarrollan es en la obligación que tienen los Estados de realizar procesos de consulta previa en caso de adoptar medidas que puedan impactar en las comunidades indígenas que se encuentran bajo su jurisdicción. Este derecho a la consulta ha sido fundamental para dar una efectiva aplicación a los derechos establecidos en el Convenio 169 en el SIDH.

El deber de realizar una consulta previa, libre e informada, cuando exista una medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas, está contemplado expresamente en el Convenio 169, pero no se reconoce en los instrumentos generales de derechos humanos (Pactos de Naciones Unidas, CADH o Protocolo de San Salvador). Para incorporar esta obligación, los órganos de control y protección han debido fundarlo en el ejercicio de otros derechos reconocidos internacionalmente. La Corte IDH ha señalado que el reconocimiento del derecho a la consulta, está en la base de la posibilidad de ejercer otros derechos, tales como la identidad cultural, o propiedad:

“Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad

²⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit, párr.231.



comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios”²⁵.

Ya en el *caso Saramaka* la Corte había señalado que:

“Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”²⁶.

Respecto al deber de consulta previa, tanto la CIDH como la Corte IDH, en el SIDH, y la Relatoría de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, no solo han reconocido esta como una obligación exigible a los Estados, sino que también han precisado sus alcances a la luz del Convenio, resaltando sus principales características. Nos parece especialmente relevante sistematizar los esfuerzos que han hecho los órganos de protección de derechos humanos del SIDH y de Naciones Unidas (Relatoría sobre Pueblos Indígenas) para configurar los principios estructurantes que deben guiar los procesos de consulta previa.

Sobre la fundamentación de la obligación de consultar la Corte IDH ha señalado en el *caso Sarayaku* una primera aproximación al tema y dispuso:

²⁵ *Ibidem*, párr.160.

²⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, *op.cit*, párr.133.



“El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado”²⁷.

Como puede verse, la Corte habla de participación como una cuestión relevante para evaluar si la consulta permitió dicho ejercicio, aunque no lo considera violado como derecho. Lo que sí considera violado es el derecho a la propiedad, en atención a la aplicación de la obligación general de garantizar su identidad cultural.

En el caso *Sarayaku*, la Corte es algo más explícita en cuanto a la fundamentación de este derecho y dispone:

“La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

“Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está

²⁷ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit, párr.232.



reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

“Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

“La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas”²⁸.

Es interesante el desarrollo argumental, ya que parte desde las particularidades culturales (identidad cultural) y luego analiza la forma en que dicha identidad puede verse afectada por una decisión del Estado. Habiendo dicho esto, la Corte está en condiciones de establecer un cierto estándar para determinar la legitimidad de la actuación estatal y este no es otro que el haber consultado con la comunidad sobre los alcances de la medida y la forma en que esta puede afectarla. Finalmente, lo que hace es vincular dicha obligación de consulta con la obligación general de

²⁸ *Ibidem*, párrs. 159, 160, 165, 166.



garantía de los derechos humanos, en este caso, leída dicha obligación a partir de las particularidades culturales.

Además de ser un derecho vinculado con la participación, la consulta también tiene impacto en el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, del derecho de propiedad. En efecto, la CIDH ha señalado:

“Además del derecho a la participación del artículo 23, el derecho a ser consultado es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente. Para la CIDH, ‘uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales’”²⁹.

De esta forma, la Corte aclara lo dicho en el *caso Saramaka*: el derecho afectado es el de participación (artículo 23 de la CADH) y, en el caso que dicha consulta tenga relación con el territorio indígena (particularmente restricciones respecto de éste), puede verse afectado también el derecho de propiedad (artículo 21 de la CADH).

En cuanto a las características de la consulta previa, la Corte IDH ha señalado:

“La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y

²⁹ CIDH. Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del SIDH. OEA/ Ser. L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr.275.



riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados³⁰.

A continuación, vamos a analizar los distintos temas que surgen en relación con la consulta previa. En primer lugar, algunas cuestiones generales sobre el proceso de consulta previa; luego, su relación con los estudios de impacto ambiental; y finalmente, dos cuestiones que son especialmente interesantes: consulta y consentimiento y consulta y participación en los beneficios.

3.1 ¿Cuándo procede la consulta?

Un primer tema que surge cuando se habla sobre la consulta es cuándo procede realizarla. Este es un aspecto central ya que la respuesta a esta cuestión está vinculada con qué es lo que se va a considerar que constituye una afectación a la vida de las comunidades y a sus intereses.

La Corte ha señalado como criterio general que los pueblos indígenas deben ser consultados respecto de asuntos “que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social” esto es, una visión amplia de la obligación que no solo se limita a lo que podría considerar como una “afectación directa” y menos en una afectación que ponga en riesgo la vida de la comunidad³¹.

Sobre el alcance de la afectación, que como hemos visto puede ser el factor más complejo de determinar por las diferencias de apreciación que pueden surgir, la Corte señaló respecto de un caso específico de extracción minera en Surinam, lo siguiente:

“La Corte también debe analizar si las concesiones otorgadas a empresas mineras auríferas dentro del territorio tradicional Saramaka afectaron los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente y que son necesarios para su subsistencia cultural. De acuerdo con la prueba presentada ante la Corte, los integrantes del pueblo Saramaka no han utilizado el oro tradicionalmente como parte de su identidad cultural o sistema económico.

³⁰ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op.cit, párr. 177.

³¹ *Ibidem*, párr.217.



Salvo algunas posibles excepciones individuales, los Saramaka no se identifican con el oro ni han demostrado una relación particular con este recurso natural en especial, más que reclamar el derecho general de ‘ser titular de todo, desde lo más alto de los árboles hasta el lugar más profundo bajo la superficie’

“Sin embargo, como se mencionó anteriormente, dado que toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, como los canales navegables, por ejemplo, el Estado tiene el deber de consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social. El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida”³².

Como vemos, la aproximación de la Corte es amplia. No solo debe consultarse en caso de una afectación directa respecto de la extracción de un mineral que sea culturalmente relevante para la comunidad, sino que la evaluación debe hacerse a partir de las afectaciones que pueda sufrir la comunidad respecto de su forma de vida. De ahí que para hacer un análisis correcto de determinación de la procedencia de un proceso de consulta, es relevante tener en consideración el contexto en que viven los pueblos indígenas, particularmente, su situación de vulnerabilidad de la comunidad en cuestión, ya que esta situación puede haber marcado ciertas conductas que en un análisis descontextualizado pudieran ser interpretadas como aprobación implícita de un proyecto. Al efecto, en el *caso Saramaka*, la Corte señaló:

“En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse

³² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit, párr.155.



mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley”³³.

Finalmente, parece clarificador en relación con las materias que deben ser objeto de consulta, la sentencia dictada por la Corte en el *caso Saramaka* que interpretaba su sentencia de fondo, donde se le pidió a la Corte aclarar los alcances de la consulta:

“En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka”³⁴.

Como vemos, en cada proceso de consulta es necesario tener una visión amplia, pero muy concreta de las cuestiones que deben ser objeto del proceso de consulta.

³³ *Ibíd*em, párr.174.

³⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 16.



Deben consultarse todos aquellos aspectos que puedan tener un impacto directo e indirecto en la comunidad y cada uno de ellos debe traducirse en cuestiones concretas que puedan ser evaluables con base en datos relevantes para la toma de decisiones de la comunidad.

El informe del mecanismo de expertos sobre pueblos indígenas y mecanismos de participación, sobre la cuestión de la afectación de la comunidad a consultar, señaló:

"La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas exige que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en las cuestiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar. Al evaluar si un asunto es importante para los pueblos indígenas interesados han de tenerse en cuenta factores tales como el punto de vista y las prioridades de esos pueblos indígenas, y la índole del asunto o de la actividad propuesta y la repercusión que puede tener en los pueblos indígenas afectados, tomando en consideración, entre otras cosas, los efectos acumulativos de las injerencias o actividades anteriores y las desigualdades históricas sufridas por los pueblos indígenas en cuestión"³⁵.

Aquí hay dos aspectos que es interesante destacar: que se debe consultar a las comunidades sobre la procedencia o no de un proceso de consulta. Además, que para tomar la decisión debe tenerse presente los efectos acumulativos de la injerencia o actividades anteriores y la situación de desigualdad histórica.

En cuanto a los alcances de la expresión "planes de desarrollo" en el caso chileno, agrega:

"En la Propuesta, se plantea reglamentar los procesos de participación de los pueblos indígenas sólo en relación a "los planes de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" (artículo 3). El Relator Especial reconoce el valor de intentar facilitar por medio de un reglamento la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de los planes nacionales y estatales de desarrollo. Sería deseable, sin embargo, precisar que el derecho de participación

³⁵ Consejo de Derechos Humanos. Informe definitivo del Estudio sobre los Pueblos Indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. Opinión No. 2 del Mecanismo de Expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. A/HRC/18/42, 17 de agosto de 2011, párr.22.



de los pueblos indígenas no se limita a los mecanismos establecidos en el reglamento en relación los planes de desarrollo”³⁶.

Esta es una apreciación relevante en cuanto al alcance del derecho de consulta previa que no puede ser interpretado restrictivamente, sino que debe darse un sentido amplio y que abarca cualquier afectación de dichas comunidades en los términos antes señalados.

3.2 La consulta debe ser realizada con carácter previo

Una característica de los procesos de consulta previa, es la eficacia del mismo. Un proceso que no se hace con la debida anticipación no sirve para cumplir con el fin que se propone y pasa a ser una mascarada de consulta. Por ello, definir en qué consiste este elemento pasa a ser una cuestión sustantiva en los procesos de regulación de la consulta previa.

La Corte IDH se ha referido expresamente a este requisito, vinculándolo con la efectividad del proceso. La efectividad en este caso se vincula con que el proceso de consulta permita una negociación informada y que busca tener resultados, esto es, que la comunidad pueda tomar una decisión informada y que sobre la base de dicha información pueda participar en el proceso de negociación en condiciones de igualdad.

“Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros

³⁶ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile, 2012, párr.30. Disponible [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>> [consulta: 15 de mayo de 2014].



privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.

“En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, [...] este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.

“[...] Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas”³⁷.

Hay dos cuestiones que surgen de estos considerandos de la Corte IDH que merecen ser especialmente destacados. Por una parte, que el proceso debe ser fiscalizado por el Estado en su conjunto y que esto incluye la actividad del poder judicial a través del acceso a una tutela efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. Lo segundo, es que en caso que el motivo de la consulta sea un proyecto de ley, el proceso de consulta debe darse en todas las etapas de discusión y no basta con la presentación de los proyectos respectivos. Como vemos, estamos ante una actividad que involucra a todos los poderes del Estado, cada uno en el ámbito de sus competencias.

En caso de dudas acerca de si debe o no iniciarse un proceso de consulta previa, el Relator de Naciones Unidas le señaló a Chile, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH, que para tomar dicha decisión deben ser consultados los pueblos indígenas involucrados, señala:

“En concordancia con el principio precautorio y el principio de no discriminación que guían a las normas de derechos humanos, los órganos del Estado antes de adoptar medidas administrativas o legislativas deben evaluar preliminarmente si

³⁷ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op.cit, párrs. 167, 180 y 181.



la medida podría afectar derechos o intereses de los pueblos indígenas; en caso de duda, es recomendable dar curso a una pre-consulta para determinar si la medida pudiese afectar tales derechos o intereses. Al respecto, el artículo 15 del Convenio 169 establece “[l]os gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”³⁸.

3.3 La consulta debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo

Un aspecto central en los procesos de consulta previa es que esta se haga de buena fe y que se diseñe por parte de la autoridad un procedimiento destinado a tener un buen resultado. En el proceso de consulta estamos claramente frente a una obligación de medios y no de resultados. Lo que deberá evaluarse es si el diseño del procedimiento y su implementación tienen como fin lograr acuerdos y no estar limitados a cumplir con ciertas formalidades que habiliten a una decisión ya resuelta por la autoridad. Como toda obligación de medio es más compleja su evaluación, de ahí que sea relevante el análisis concreto que ha hecho la Corte sobre este particular.

En el caso *Sarayaku* la Corte entrega algunos elementos que deben estar presentes en el proceso de consulta y algunos que necesariamente deben evitarse para que el proceso pueda ser considerado de buena fe. Señala la Corte IDH:

“Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como ‘un verdadero instrumento de participación’, ‘que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas’. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de ‘un clima de confianza mutua’ y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos

³⁸ *Supra* nota 36, párr. 44.



paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe”³⁹.

Por una parte, el Estado debe tomar medidas para garantizar su propio rol en el proceso de consulta, tanto para generar confianzas como para evitar que terceros la rompan. En este sentido, el Estado no puede generar un clima de exclusiones, de prejuicios ni de amenazas que impidan el desarrollo de un proceso de diálogo entre iguales. De ahí que sea relevante volver a recordar que son las comunidades indígenas las que en nuestra región se encuentran en condiciones de exclusión y vulnerabilidad en el goce de sus derechos. Por tanto, las medidas que debe adoptar el Estado son aquellas que permitan superar esta situación y entreguen herramientas efectivas a las comunidades para desarrollar el proceso de consulta previa.

Es interesante lo que señala la Corte en cuanto al rol del Estado para generar este clima. En el *caso Sarayaku* se planteó que la presencia militar en la zona durante la consulta -que tenía como fin proteger a la empresa frente a actos de violencia que había sufrido- no apoyaba el proceso. Al respecto la Corte señala:

“Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.

“De tal manera, es posible considerar que el Estado apoyó la actividad de exploración petrolera de la empresa CGC al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos, lo cual no favoreció un clima de confianza y respeto mutuo para alcanzar consensos entre las partes”⁴⁰.

Y concluye la Corte:

“Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la

³⁹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op.cit, párr. 186.

⁴⁰ *Ibidem*, párrs. 187, 193.



participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera”⁴¹.

En este sentido, ampliando el estándar planteado por la Corte, parece claro que el rol del Estado como garante del proceso de consulta, le exige un estándar alto de conducta y respeto por las comunidades involucradas en el proceso. En este sentido, medidas como paralización de obras, protección de las comunidades, apoyo económico, acceso a la información completa que obre en poder del Estado, entre otras, pasan a ser mínimos de un proceso de buena fe.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Relator de Naciones Unidas, en su informe sobre Chile, indicó:

“Una revisión de la Propuesta, a la luz del principio de buena fe, debe dar paso a crear mecanismos e instancias que permitan a los pueblos indígenas plantear directamente a los órganos de la administración la necesidad de un proceso de consulta ante una medida a adoptar, y establecer recursos para impugnar administrativa o judicialmente una negativa de consulta, cuando estimen que sus derechos o intereses puedan ser afectados por una medida administrativa o legislativa en proceso de adopción”⁴².

Es interesante que el Relator se pronuncie en el mismo sentido de la Corte IDH, destacando la necesidad de una intervención activa del poder judicial en la garantía del proceso de consulta previa.

3.4 La consulta debe ser informada

Si se persigue configurar un proceso de consulta previa que esté destinado a cumplir un rol relevante para la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que le son relevantes para su vida, la información con la que cuenten para tomar una decisión y negociar, es fundamental.

⁴¹ *Ibíd*em, párr. 199.

⁴² *Supra* nota 36, párr. 50.



El Relator de Naciones Unidas ha señalado respecto de la información, lo siguiente:

“Un problema fundamental al que se ha enfrentado repetidamente el Relator Especial es la falta de consultas apropiadas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectan su vida y sus territorios. Diversas situaciones de conflicto y expresiones profundas de descontento, desconfianza e incluso cólera de pueblos indígenas en diferentes escenarios en todo el mundo están relacionadas con una falta de consultas apropiadas. El Relator Especial considera que los Estados y otras partes interesadas necesitan orientación sobre los parámetros normativos pertinentes y las medidas necesarias para cumplir con el deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas de conformidad con las normas internacionales. En los párrafos siguientes el Relator Especial resume sus conclusiones sobre determinados aspectos del deber de celebrar consultas y aporta sus recomendaciones”⁴³.

Para la Corte IDH:

“Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes [...]”⁴⁴.

De ahí que la información debe ser completa, veraz y accesible. Completa significa que estén todos los antecedentes que permitan una decisión informada, deben contenerse los beneficios, los perjuicios y los riesgos claramente señalados. Veraz dice relación con una información transparente y que sea verificable, atendido el estado del proyecto. Que sea completa indica que en la forma y en la forma en que se presenta dicha información pueda ser comprendida por la comunidad, lo que no solo se satisface con una traducción, sino que también con el uso de los conceptos y la información vinculada con aspectos relevantes para la vida de la comunidad, actual y futura.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr.61. Disponible [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf> [consulta: 14 de mayo de 2014].

⁴⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op.cit, párr. 208.



La información no solo consiste en una serie de datos que sean entregados a la comunidad, sino que también es relevante que esta información sea parte de un proceso de diálogo que les permita a las comunidades resolver las dudas y hacerse de toda la información relevante.

3.5 El proceso de consulta debe ser adecuado y accesible para las comunidades indígenas consultadas

Tal como hemos visto, es relevante que el proceso sea culturalmente accesible. Esto implica que la consulta debe hacerse conforme a estándares procedimentales que den garantías a las comunidades en cuanto a que este proceso será respetuoso de las autoridades, los usos y costumbres de la comunidad.

La Corte IDH ha señalado -en términos generales sobre la consulta- que esta debe seguir los estándares del Convenio 169, particularmente, los artículos 6 y 12 y lo establecido en la DDPI:

“Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Por su lado, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que ‘los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas’, así como tomar ‘medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces’, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena”⁴⁵.

De esta forma, la base normativa es amplia y no se restringe solo a la regulación estricta del artículo 6 del Convenio.

Sobre los procedimientos que deben ser utilizados, la Corte señala en el caso *Sarayaku*:

“Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión ‘procedimientos apropiados’ debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 201.



un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería ‘tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas’. Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En ese mismo sentido, la jurisprudencia y la legislación interna de varios Estados se refieren a la necesidad de llevar a cabo una consulta adecuada⁴⁶.

Tal como señala la Corte IDH, es relevante que el proceso de consulta sea flexible. Debe buscarse un procedimiento que permita la expresión de las diversas manifestaciones culturales, lo que implica, reconocimiento de las autoridades de la comunidad, respeto por los tiempos en la toma de decisiones, que se respete y garantice que las decisiones se tomen de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad.

En este sentido, acerca de la forma en que deben decidir los pueblos indígenas. El Relator señala:

“Los pueblos indígenas deben participar en todas las etapas de diseño de mecanismos de consulta apropiados. Las consultas con los pueblos indígenas en relación con actividades extractivas propuestas deben iniciarse en las primeras etapas del proceso de planificación, incluidos la proposición y el diseño.

“Los pueblos indígenas deben indicar claramente a los gobiernos y las empresas extractivas a quién deben consultar y a quién deben solicitar el consentimiento. Cuando existan opiniones contrapuestas con respecto a los representantes legítimos y/o las estructuras representativas de un pueblo indígena, el grupo debe decidir cuáles son los procedimientos apropiados para determinar a quién deben consultar los gobiernos y las empresas extractivas y/o de quién obtener el consentimiento. Si es necesario y lo consideran conveniente, los pueblos indígenas pueden solicitar asistencia externa independiente, incluso financiera, para resolver las controversias.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 202.



“Al iniciarse el proceso de consulta, los pueblos indígenas deben establecer claramente y convenir en cómo adoptarán una decisión colectiva respecto de la actividad extractiva, incluso el umbral que indique que hay consentimiento”⁴⁷.

La Comisión ha señalado, respecto de la participación como base del proceso de consulta:

“La Comisión estima necesario enfatizar que el procedimiento de consultas en el sentido de garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos susceptibles de afectarles, tiene un alcance mucho más amplio y debe propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños. Por el contrario, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas, a través de dicha consulta, en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación. Asimismo, se debe garantizar que, en el marco de tales procedimientos, se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”⁴⁸.

Sobre procedimientos apropiados, la Comisión ha puesto un especial énfasis en la participación de las comunidades a través de sus legítimos representantes. Al respecto ha señalado:

“De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, artículo 6, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas ‘mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’. Asimismo, el Convenio clarifica que dichas consultas deberán ser llevadas a cabo ‘de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’. El artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas regula genéricamente el deber de consulta en los siguientes términos: ‘Los Estados celebrarán consultas y

⁴⁷ Consejo de Derechos Humanos. Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. Anexo. A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012, párrs. 14, 16 y 19.

⁴⁸ CIDH. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/ Ser.L/v/ii. Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.



cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesadas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. A este respecto, los Estados deben hacer todo lo posible para que los pueblos indígenas puedan organizarse y determinar libremente sus representantes para las deliberaciones de consulta, y deben propiciar un clima de respeto y apoyo a la autoridad de esos representantes. Por su parte, los pueblos indígenas deben trabajar, cuando se requiera, para aclarar y consolidar sus estructuras y organizaciones representativas para que puedan funcionar eficazmente en relación con los procedimientos de consultas”⁴⁹.

Aclarando los alcances de la obligación de consulta en cuanto a quién debe ser consultado, la Corte señaló en su interpretación del *caso Saramaka*, lo siguiente:

“La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que la consulta se debe realizar ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal.

“Consecuentemente, el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal. Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos.

“Por ende, la decisión acerca de quién debe ser consultado en relación con cada uno de los asuntos mencionados anteriormente debe ser adoptada por el pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones. El pueblo Saramaka comunicará al Estado quién o quiénes deben ser consultados, dependiendo del asunto que así lo requiera.

“Por tanto, la determinación de dichos beneficiarios deberá ser hecha en consulta con el pueblo Saramaka y no unilateralmente por el Estado. En todo caso, tal y como los representantes señalaron en su escrito, ‘tales asuntos pueden ser discutidos y analizados durante el proceso de consulta y el proceso de búsqueda

⁴⁹ *Supra* nota 29, párr. 284.



de acuerdos sobre las medidas legislativas y administrativas requeridas para, inter alia, dar efecto al requisito de compartir beneficios”⁵⁰.

En caso de desacuerdos dentro de las comunidades:

“Los pueblos indígenas deben indicar claramente a los gobiernos y las empresas extractivas a quién deben consultar y a quién deben solicitar el consentimiento. Cuando existan opiniones contrapuestas con respecto a los representantes legítimos y/o las estructuras representativas de un pueblo indígena, el grupo debe decidir cuáles son los procedimientos apropiados para determinar a quién deben consultar los gobiernos y las empresas extractivas y/o de quién obtener el consentimiento. Si es necesario y lo consideran conveniente, los pueblos indígenas pueden solicitar asistencia externa independiente, incluso financiera, para resolver las controversias”⁵¹.

Mirados estos requisitos en su conjunto es evidente que los procedimientos que se utilizan en los procesos de consulta buscan legitimar la decisión de la comunidad. Solo en la medida que dicha decisión sea tomada conforme a estos mínimos, estaremos ante una decisión que represente a la comunidad en tanto un tercero distinto de sus miembros. Pero ello no puede obstar que se tengan en consideración las opiniones individuales de los miembros de la comunidad. El proceso de consulta es un ejercicio de participación compleja, tanto de la comunidad como de las personas que la integran.

3.6 El rol y las características de los estudios de impacto ambiental en relación con los procesos de consulta

Una cuestión que ha surgido en los procesos de consulta es la relación de dicho proceso con la obligación del Estado de aprobar proyectos de inversión previo informe ambiental.

Aquí el sistema de derechos humanos es claro. Los informes de impacto ambiental deben ser un insumo para que la comunidad tome una decisión informada. Por tanto, la lógica cambia respecto de lo que se hace en algunos países -Chile entre

⁵⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la sentencia, op.cit, párrs. 18, 19, 22 y 25.

⁵¹ *Supra* nota 47, párr. 16.



ellos- que es considerar la consulta como como parte de los informes medioambientales.

La CIDH se ha referido explícitamente a este tema en su informe sobre “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”. Acerca de la relación entre los informes ambientales y la consulta, señala:

“Los procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan ‘conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria’. Para la Corte Interamericana, ‘este deber requiere que el Estado acepte y brinde información’, e ‘implica una comunicación constante entre las partes’. El carácter informado de la consulta conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ‘La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo’ [...]”⁵².

Por su parte, en el caso *Sarayaku*, la Corte dispone:

“En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que ‘[l]os 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.

⁵² *Supra* nota 29, párr. 308.



“La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo . En ese sentido, el Tribunal ha establecido que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Además la Corte determinó que los Estudios de Impacto Ambiental ‘sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad’, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, ‘con conocimiento y de forma voluntaria’⁵³.

En cuanto a los mínimos que debe satisfacer dicho informe de impacto ambiental, señala la Corte:

“Por otro lado, la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos⁵⁴.

Por tanto, los informes son parte del proceso de consulta y no viceversa. Estos informes deben cumplir con ciertos mínimos, tanto relativos a la calidad técnica de los mismos, como al respeto de las comunidades.

⁵³ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op.cit, párrs. 204 y 205.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 206.



3.7 Participación de las comunidades indígenas en los beneficios de los proyectos que se ejecutan en sus territorios

Los procesos de consulta no solo buscan obtener la opinión de las comunidades. Estos procesos son sustantivos y tienen por objeto garantizar la participación de las comunidades. En este sentido, para el sistema de derechos humanos, el proceso de consulta debe incorporar como elemento sustantivo de la discusión, la forma en que la comunidad será beneficiada por el proyecto. Esto es lo que se plantea como “participación en los beneficios” (artículo 15 del Convenio OIT). La Corte IDH ha utilizado este concepto para señalar que:

“ [...] La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”⁵⁵.

Por su parte, el Relator de Naciones Unidas, en esta materia señaló en su informe respecto de Chile:

“Otro tema que debería ser abordado en relación con los procesos de consulta sobre proyectos de inversión es el fundamental asunto del reparto de beneficios. El Relator Especial quisiera hacer presente que el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT establece que ‘[l]os pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades’. Debe distinguirse claramente entre la ‘participación en los beneficios del proyecto, como derecho que corresponde’ a los pueblos indígenas, de la ‘indemnización por daño o perjuicios causados’. En similar sentido, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos dictaminó que ‘el Estado debe garantizar que los miembros [de las comunidades indígenas afectadas] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio’”⁵⁶.

⁵⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit, párr.137.

⁵⁶ *Supra* nota 36, párr. 76.



3.8 Consentimiento como un estándar distinto al de consulta

Otro de los temas que es importante considerar en el proceso de consulta es el grado de vinculatoriedad de la opinión que dan las comunidades. El sistema ha sido claro en señalar que no se otorga a las comunidades un poder de veto. Lo que busca el proceso es un diálogo y una negociación que permita desarrollar los proyectos cuando estos sean social y humanamente viables, y adoptar medidas que tengan en consideración la opinión de las comunidades respecto del impacto que ésta pueda tener en su vida y la forma en que se repartirán los beneficios con la comunidad. Pero en ciertos casos, cuando los proyectos tienen un potencial de impactar fuertemente la vida o la existencia misma de las comunidades, el parámetro se hace más estricto y ya no basta la consulta, sino que se hace necesario el consentimiento de la comunidad.

La Corte IDH desarrolló una interesante aproximación a este tema en el caso *Saramaka*, donde señaló:

“Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”⁵⁷.

La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.

“Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el ‘nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión’. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la

⁵⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs.Surinam, op.cit, párr. 134.



obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

“Como se mencionó anteriormente, el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”⁵⁸.

El Relator de Naciones Unidas en su “Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho de participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas” ha señalado:

“Con arreglo a los procesos de adopción de decisiones de los pueblos indígenas y la naturaleza de la actividad de que se trate, el consentimiento puede no siempre requerir que los pueblos indígenas lleguen a un acuerdo unánime respecto de la actividad extractiva para que esta se realice. Por otra parte, y, una vez más, con arreglo a los procesos específicos de adopción de decisiones de los pueblos indígenas de que se trate, también es posible que no baste con el apoyo de la mayoría. Pueden existir mecanismos tradicionales que exijan otros requisitos”⁵⁹.

Como se ve, en estos casos, el estándar de voluntad es más amplio y se requiere del consentimiento libre e informado de la comunidad. Sin duda este es uno de los temas más complejos desde el punto de vista práctico, ya que frente a megaproyectos de inversión no es clara la viabilidad del consentimiento como estándar único de salida. Cuando se rigidiza el sistema y se eleva el estándar a estos niveles, es probable que este no sea tomado en consideración por los Estados. Aquí estamos ante uno de los desafíos del sistema de consulta en el futuro y la viabilidad de los mismos y su regulación interna e internacional.

3.9 Algunas conclusiones sobre la consulta previa

Los estándares internacionales permiten configurar el proceso de consulta como una forma de participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les

⁵⁸ *Ibidem*, párrs. 137 y 143.

⁵⁹ *Supra* nota 47, párr. 18.



pueden afectar. La afectación que justifica que se desarrolle un proceso de consulta previa, debe ser interpretada en un sentido amplio, incluyendo aquellas cuestiones que directamente puedan alterar la forma de vida y la existencia misma de la comunidad, y aquellas que indirectamente puedan modificar o alterar su forma de vida.

Para que un proceso de consulta sea legítimo es obligación del Estado diseñar un modelo de consulta que cumpla con ciertos requisitos mínimos y además, deberá adoptar todas las medidas conducentes a que dicho proceso se haga conforme a estos estándares mínimos. Para ello es importante tener en cuenta cuáles son esos principios relativos al procedimiento:

- La consulta debe ser previa y por tanto, permitir que la opinión de la comunidad sea relevante para adoptar la desechar la medida o ver las condiciones en que esta se adopta.
- La buena fe es un principio clave en este proceso, ya que al ser una obligación de medio y no de resultado, las condiciones en que se desarrolle el proceso son fundamentales para determinar su legitimidad.
- Como el proceso está destinado a tomar una decisión, es clave que esta sea informada, esto es, que la comunidad cuente con todos los antecedentes necesarios para tomar la decisión. Esta información debe cumplir ciertos mínimos, en cuanto a que sea completa, veraz y accesible culturalmente.
- Los procedimientos adecuados implican el pleno respeto a los usos y costumbres de las comunidades involucrados. Esto es relevante en materia de tiempos involucrados, respeto de las autoridades y los procedimientos para la toma de decisiones.
- Los informes de impacto ambiental son una obligación del Estado y estos deben cumplir con ciertos mínimos de calidad que permitan una decisión en el proceso de consulta.

También el proceso de consulta debe cumplir con ciertos elementos sustantivos. Estos dicen relación con dos aspectos:

- La participación en los beneficios que debe ser parte de los procesos de consulta.



- Consentimiento y no mera consulta en aquellos casos en que se busquen desarrollar grandes proyectos de inversión que pongan en riesgo la continuidad de la comunidad.

De esta forma, el proceso de consulta tiene un marco de principios que permite mirar los procesos internos para determinar si estos cumplen o no con estos principios internacionales sobre consulta previa.

4. Conclusiones sobre el acercamiento del DIDH al tema indígena

De lo que hemos visto en este apartado relativo a la forma en que el DIDH está tratando las principales materias relativas a los pueblos indígenas, parece haber tres cuestiones centrales:

- El análisis que se hace hoy en el sistema de derechos humanos, particularmente en el SIDH, parte de la idea de que la situación de exclusión social y política y las particularidades culturales de los pueblos indígenas determinan que para evitar situaciones de discriminación, es necesario analizar el contenido y alcance de los derechos y obligaciones generales del Estado tomando en consideración ambos aspectos para el ejercicio hermenéutico: situación e identidad cultural. Atendido este mismo contexto, el estándar de escrutinio de la efectividad de las medidas se hace más estricto.
- Para poder realizar una interpretación conforme con la identidad cultural como un parámetro relevante de interpretación culturalmente sensible, es importante el rol que juega el Convenio 169 de la OIT en tanto este fija un estándar concreto de carácter convencional para determinar el contenido y alcance de los derechos de los pueblos indígenas. Este Convenio fija un paradigma de interpretación tanto individual como colectivo que enriquece la interpretación de los instrumentos de derechos humanos desarrollados bajo una óptica subjetiva individual. De ahí que este instrumento haya sido profusamente utilizado por la jurisprudencia de la Corte IDH, como parámetro interpretativo, como base para la ampliación de derechos y como fundamento de la protección de derechos colectivos.
- Finalmente, el DIDH ha desarrollado un interesante cuerpo de principios que nos permiten darle un contenido concreto al derecho de consulta previa que puede



Centro de Derechos Humanos

servir de base para el diseño de políticas a nivel nacional y como baremo de legítima de las mismas y de su implementación. Este derecho a la consulta previa ha sido vinculado con el derecho a la participación y la propiedad y se caracteriza por establecer requisitos procedimentales y sustantivos para legitimar los procesos de consulta. La idea fuerza que estructura toda la aproximación del DIDH respecto de los procesos de consulta es dar una efectiva protección a las comunidades respecto de decisiones que adopta el Estado a distintos niveles y que las pueden afectar en forma directa o indirecta.



Centro de Derechos Humanos

II. Convenio 169 de la OIT y su aplicación en Chile



1. Introducción

El Convenio 169 de la OIT entró en vigor en Chile en septiembre del año 2009 tras un largo proceso de discusión entre los pueblos indígenas, la sociedad civil y las autoridades nacionales. Con su entrada en vigencia, Chile se comprometió a dar cumplimiento a las obligaciones que impone el tratado, lo que se ha manifestado en cambios en la legislación e implementación de políticas públicas, pero también en su creciente aplicación por parte de los tribunales de justicia a la hora de resolver conflictos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, pese al alcance restrictivo que el Tribunal Constitucional le ha dado al Convenio. En este sentido, tras cinco años desde su ratificación, podemos identificar numerosas resoluciones de los tribunales superiores de justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) que han incorporado el contenido del Convenio 169 de la OIT en el razonamiento judicial, ya sea a través de la consideración del Convenio como uno más de los elementos normativos a considerar, de su utilización para interpretar la normativa nacional o para incorporar las obligaciones adicionales que este Convenio impone a los Estados.

Esto ha generado un proceso evolutivo importante en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, puesto que la ley indígena -parámetro bajo el cual se resolvían los conflictos en que estuvieran involucrados miembros de pueblos indígenas- es una norma anterior a la ratificación del Convenio 169 de la OIT y consagra, en general, un paradigma de derechos que se ejercen de manera individual.

Este capítulo busca ilustrar la situación actual de la aplicación actual del Convenio 169 de la OIT por parte de la jurisprudencia nacional, a través de la identificación de los diferentes ámbitos en que se ha utilizado el Convenio y sus modalidades de implementación, resaltando los avances, problemáticas y desafíos que plantea su aplicación jurisdiccional a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH. Junto con ello, se hará una reseña general de la actual normativa que regula los derechos de los pueblos indígenas.



Este panorama nos permitirá contar con herramientas prácticas para identificar las potencialidades jurisdiccionales del Convenio 169 para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en Chile.

2. Marco normativo de los derechos de los pueblos indígenas en Chile

El marco normativo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas en Chile, está constituido por la Constitución Política de la República; los instrumentos internacionales ratificados por Chile y referidos a la temática, a saber, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁶⁰ y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas⁶¹; la Ley N°19.253 que “establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)”⁶²; la Ley N°20.249 que “crea espacio costero marino de los pueblos originarios”⁶³; el Decreto N°40 que establece el “reglamento del sistema de evaluación ambiental”⁶⁴ y; el Decreto N°66 que “aprueba reglamento que regula procedimiento de consulta indígena”⁶⁵.

La **Constitución Política de la República**, a diferencia de otras constituciones de la región⁶⁶, no contiene una cláusula que se refiera explícitamente a los derechos de los pueblos indígenas, ni tampoco consagra el carácter multicultural de la

⁶⁰ Decreto N°236 que promulga Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, promulgado el 2 de octubre de 2008 y vigente desde el 15 de septiembre de 2009.

⁶¹ Resolución Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Sexagésimo primer período de sesiones, A/RES/61/295 de 13 de septiembre de 2007.

⁶² Ministerio de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 “establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena”, promulgada el 28 de septiembre de 1993.

⁶³ Ministerio de Planificación. Ley N° 20.249 “crea el espacio costero marino de los pueblos originarios”, promulgada el 31 de enero de 2008.

⁶⁴ Ministerio del Medio Ambiente. Decreto N° 40 “aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental”, promulgado el 30 de octubre de 2012. Inicio de vigencia: 24 de diciembre de 2013.

⁶⁵ Ministerio de Desarrollo Social. Decreto N° 66 “aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 No.1 letra a) y No.2 del Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica”.

⁶⁶ Véase a modo de ejemplo la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (artículos 1, 2 y 3), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 2), Constitución de la República del Ecuador (artículos 1 y 56 y ss.) y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (preámbulo y artículo 119 y ss.).



población chilena. En este sentido, la vía que han adoptado los pueblos indígenas para hacer exigibles judicialmente sus derechos, ha sido la utilización de los tratados internacionales sobre derechos humanos (en virtud del artículo 5 de la Constitución Política) y la invocación de derechos constitucionales tales como la igualdad ante la ley, libertad de culto, el derecho de propiedad y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En cuanto a los **instrumentos internacionales** referidos específicamente a los derechos de los pueblos indígenas, en Chile la base normativa está constituida por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos indígenas. El Convenio 169 de la OIT, como vimos en el capítulo I de este manual, se ha transformado en modelo inspirador de reformas constitucionales y legales en materia indígena en la región y ha sido empleado e invocado por las propias comunidades para actuar en defensa de sus derechos e intereses. En Chile, particularmente, se ha destacado su creciente aplicación por parte de los tribunales nacionales. Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, pese a no ser un tratado internacional, ha sido relevante en el caso de Chile para interpretar y reforzar el contenido del Convenio 169 en la jurisprudencia.

La **Ley N° 19.253** o “Ley indígena”, reconoce a los indígenas, a sus principales etnias y comunidades, y establece el deber del Estado de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas y sus culturas y proteger sus tierras, adoptando medidas para tal efecto (artículo 1). Esta ley establece derechos políticos y de participación, identifica las tierras indígenas y les otorga protección, reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y un Fondo de Desarrollo Indígena (CONADI), entre otros aspectos. Pese a que en la época de su dictación constituyó un notable avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y en la adopción de sus demandas, se ha destacado su insuficiencia al comparar sus contenidos con el desarrollo sobre derechos de pueblos indígenas a nivel internacional⁶⁷ y al estar construida sobre la base de derechos individuales y no colectivos.

⁶⁷ Instituto de Estudios Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del programa de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, Editorial LOM, 2003, p.15.



La **Ley N° 20.249** o “Ley Lafkenche”, que crea espacio costero marino para los pueblos originarios, tiene por objeto resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero (artículo 3). En este sentido, permite la asignación de una superficie del borde costero marino a una comunidad indígena o asociación de comunidades indígenas que ejerzan uno o más usos consuetudinarios en dicho espacio en forma habitual.

Por su parte, el **Decreto Ley N° 40**, regula el Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA). A través de este sistema, se evalúa y certifica que las iniciativas de inversión, tanto en el sector público como en el privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables. Este decreto incorpora en el contexto del SEIA, la consulta indígena. Antes de la dictación de este decreto, se contemplaban normas de participación ciudadana con el objeto de que se incorporaran las observaciones de la ciudadanía a la formulación de proyectos. En este sentido, el Estado y los representantes de proyectos habían entendido que el deber de consulta estaba incorporado en la legislación nacional a través de las normas de participación de la ley ambiental. Sin embargo, como veremos, los tribunales de justicia y los propios pueblos indígenas sostuvieron de manera reiterada que las normas de participación no satisfacían los estándares sobre consulta que impone el Convenio 169.

De esta manera, en diciembre de 2013, entró en vigencia el nuevo reglamento del SEIA, que contempla diversos artículos referidos a la consulta. La inclusión de esta normativa ha generado un amplio debate nacional respecto a la pertinencia de incluir en el contexto del SEIA normas referidas a la consulta⁶⁸. Una de las principales objeciones se relaciona con el modo en que está concebida la consulta en el marco del SEIA. El SEIA está creado como un sistema preventivo que busca determinar si el impacto ambiental de los proyectos se ajusta a la normativa vigente

⁶⁸ Voces críticas respecto a la inclusión de la consulta en el reglamento del SEIA: INDH. El deber de consulta previa en la propuesta de reglamento del sistema de evaluación ambiental. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 [en línea] <<http://www.politicapublica.net/panel/docs/indh-informe-consulta-y-reglamento-seia.pdf>> [consulta: 20 de marzo de 2014]; Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Análisis inicial a la propuesta del gobierno para la nueva normativa de consulta a los pueblos indígenas. Santiago, UDP, 2012. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/10/comentarios-a-la-propuesta-de-reglamento-centro-de-ddhh-udp-5102012-para-web-1.pdf>> [consulta: 20 de marzo de 2014].



y la consulta indígena aparece como un procedimiento de participación que busca incorporar las observaciones de los pueblos a las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA). Sin embargo, aquello difiere de lo que debiera ser la consulta: un verdadero instrumento de participación que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes, con miras a alcanzar un acuerdo. Es decir, poner en el centro del proceso la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Pese a que en el nuevo reglamento del SEIA se menciona que una de las finalidades de la consulta debe ser llegar a un acuerdo, en el articulado no se explicita la influencia de este acuerdo en la RCA, ni tampoco el deber que tiene el SEIA de dar razones fundadas del rechazo a estas observaciones. Asimismo, se plantea como objeción desde la perspectiva de la técnica jurídica, que al tratarse de un derecho fundamental, como es la consulta y participación, un reglamento supone un espacio normativo reducido o limitado para la regulación de un deber como el que se analiza⁶⁹.

Sin embargo, la inclusión de esta normativa ya es un avance respecto de lo que se había venido haciendo. Para determinar si efectivamente es un mecanismo idóneo para conseguir los objetivos de la consulta previa, habrá que evaluar su implementación práctica, pues haciendo una aplicación de buena fe de la normativa a la luz del Convenio 169, se pueden superar algunos de los problemas que presenta el reglamento. Para ello, serán útiles los principios aplicables a la consulta que podemos extraer desde el Convenio 169 y la jurisprudencia nacional e internacional, como veremos más adelante.

Junto con el Decreto N° 40, la consulta también está regulada en el recientemente promulgado **Decreto N° 66**. Este decreto, aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 del Convenio 169 y deroga el Decreto N° 124 (que regulaba de manera provisoria la consulta)⁷⁰. El

⁶⁹ INDH, op.cit, p.20.

⁷⁰ Ministerio de Planificación. Decreto Supremo N° 124 “que reglamenta el artículo 34 de la Ley No.19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas”, 2009. Este reglamento fue ampliamente criticado por diversas organizaciones de los pueblos indígenas, pues cuestionaban que el mismo no fue consultado previamente y que su contenido no se ajustaría a las normas internacionales en materia de consulta. Asimismo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en el año 2010, indicó al Estado de Chile que este reglamento no satisfacía los estándares en materia de consulta (OIT. Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, solicitud directa a Chile, 2010. Disponible [en línea] <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/736/2011-oit-ceacr-solicitud-directa->



Decreto 66 surge como resultado de un largo proceso de discusión sobre institucionalidad indígena que se inició en marzo del 2011, y tiene como uno de sus objetivos principales desarrollar aquellos conceptos que el Convenio 169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación⁷¹. De esta forma, se regula la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Un primer aspecto a destacar respecto de este reglamento, es que tras su entrada en vigencia, coexisten dos sistemas de consulta en Chile: aquel contemplado para los proyectos de inversión del SEIA y aquel que regula la consulta de manera genérica. En efecto, el propio reglamento en su artículo 8 señala que las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al SEIA no se regirán por el reglamento sobre consulta.

El Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, consultado sobre esta normativa, destacó que este reglamento era un importante punto de partida hacia la necesaria regulación interna del deber de consulta. Sin embargo, indicó que el texto presentaba ciertas deficiencias y debía ser revisado. Si bien varias de sus recomendaciones se incorporaron en la versión final del reglamento⁷², persistieron algunos aspectos que no se ajustan a los estándares internacionales sobre el deber de consulta.

chile.pdf> [consulta: 20 de marzo de 2014]). En el mismo sentido el INDH cuestionó el reglamento en su informe anual del año 2010: INDH. Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 2010. Disponible [en línea] <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf> [consulta: 20 de marzo de 2014].

⁷¹ Una de las críticas más sostenidas respecto de este decreto, es su falta de legitimidad de origen por la escasa representación de los pueblos indígenas en la mesa de consenso. Véase: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014: diligencia debida, proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y comunidades indígenas concernidas. Santiago, UDP, 2014, pp. 217-220 y INDH. Informe de misión de observación mesa de consenso indígena. Santiago, 2013.

⁷² Por ejemplo, en el artículo 2 del reglamento, tal como indicó el Relator, se conceptualizó a la consulta como un deber de los Estados y un derecho de los pueblos indígenas, y no como un proceso transaccional, *supra* nota 36, párr. 32.



Uno de los puntos sustantivos más controvertidos del nuevo reglamento es la definición de las medidas a ser consultadas, específicamente el concepto “afectación directa”. En el nuevo reglamento, se establece como estándar que la medida debe causar un impacto significativo y específico (artículo 7). La cualidad de “significativo” es un término que tiene un significado particular en la legislación ambiental (y se relaciona con hipótesis en que normalmente se requiere el consentimiento de los pueblos indígenas), por lo que el uso de este término podría llevar a una interpretación restrictiva o distorsionada de los criterios de consulta⁷³. Asimismo, resulta cuestionable que la obligación de realizar la consulta sea facultativa para los organismos constitucionalmente autónomos (artículo 4), ya que la obligación de garantizar el derecho de consulta, en conformidad a la jurisprudencia de la Corte IDH en *el caso Sarayaku*, implica “el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos”⁷⁴.

Sin embargo, hay ciertos aspectos incorporados al reglamento de consulta que permiten -en conjunto con la incorporación de estándares internacionales- que la aplicación práctica del reglamento pueda satisfacer el deber de consulta a través de su interpretación en casos específicos. Por ejemplo, la inclusión del principio de buena fe (artículo 9) y de la necesidad de realizar la consulta a través de procedimientos apropiados (artículo 10), incorporan principios desarrollados en el DIDH y que otorgan herramientas para interpretar el reglamento en conformidad al Convenio. Por ejemplo, si bien el reglamento establece plazos para la realización de la consulta (artículo 17), el mismo indica que el procedimiento de consulta debe ser aplicado con flexibilidad en atención a las particularidades de los pueblos indígenas consultados (artículo 10), lo que permite adecuar el procedimiento de consulta a las necesidades e intereses de los pueblos indígenas.

En este sentido, tal como indica el Relator Especial James Anaya, la efectividad del reglamento y su debida aplicación, dependerá en última instancia de su interpretación e implementación práctica en casos específicos⁷⁵, y para ello resultan

⁷³ *Ibidem*, párr.46.

⁷⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op.cit párr.166.

⁷⁵ Ver *supra* nota 36, párr.6.



aplicables los principios desarrollados en el DIDH y en la jurisprudencia nacional. En efecto, el deber de realizar la consulta previa conforme a los estándares que fija el Convenio 169 de la OIT es deber de toda autoridad pública, por tanto, la autoridad administrativa encargada de ejecutar la consulta está obligada a interpretar e implementar los decretos referidos en conformidad a los estándares fijados por el Convenio 169 y la jurisprudencia internacional. La omisión de esta aplicación conforme traerá consigo la judicialización de los casos y su eventual reenvío al sistema internacional.

Es por ello que más allá del marco normativo específico que regula la consulta en Chile resulta relevante examinar cómo el Convenio 169 se ha transformado en una herramienta dinamizadora e innovadora para suplir el déficit legislativo, lo que se evidencia en fallos que incorporan sustantivamente sus estándares.

3. Jurisprudencia nacional sobre aplicación del Convenio 169 de la OIT

Como señalábamos en el comienzo de este capítulo, ha sido creciente la aplicación del Convenio 169 de la OIT por parte de los tribunales de justicia desde su entrada en vigencia. Pese a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -como veremos- ha otorgado un carácter restrictivo al contenido y alcance del Convenio, los tribunales nacionales (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) lo han utilizado para resolver conflictos en diversos ámbitos, principalmente, en disputas relacionadas con la obligación de realizar una consulta previa.

A continuación, resaltaremos los principales ámbitos donde la jurisprudencia nacional ha utilizado el Convenio 169 de la OIT, identificando las principales problemáticas y desafíos de su implementación jurisdiccional. Para ello, dividiremos la exposición en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los demás tribunales superiores de justicia.

3.1 El Convenio 169 de la OIT: contenido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional



El Tribunal Constitucional de Chile (en adelante “TC”) se ha referido en cinco oportunidades⁷⁶ al contenido y alcance del Convenio 169 de la OIT a la luz de nuestra regulación constitucional. En este sentido, ha desarrollado elementos importantes del contenido del Convenio en su jurisprudencia, como por ejemplo, definiendo el concepto de “pueblos indígenas”, refiriéndose al valor normativo del Convenio y precisando qué normas del Convenio son autoejecutables.

El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue en agosto del año 2000⁷⁷. En dicha oportunidad, 31 diputados de la República presentaron un requerimiento al Tribunal Constitucional en conformidad al artículo 82 N° 2 de la Constitución Política, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, basados en que el Convenio debía ser aprobado con rango de Ley Orgánica Constitucional, y por contravenir las bases de la institucionalidad. La objeción central se relacionaba con que el Convenio otorgaría a los pueblos indígenas el carácter de sujetos jurídicos de derecho público, lo que significaba -en concepto de los requirentes- interponer a los pueblos indígenas entre el Estado y los chilenos, y dotarlos de atribuciones propias que implican ejercicio de soberanía, lo que requería de una reforma constitucional.

Respecto a este requerimiento, el Tribunal Constitucional declaró constitucional el Convenio 169, precisando su contenido y alcance a la luz de la normativa constitucional chilena. Uno de los aspectos más relevantes, es que definió qué entiende el TC por pueblos indígenas, despejando las objeciones referidas a que el Convenio 169 significaba la posibilidad de otorgarles el estatuto jurídico de sujetos de derecho público:

“Que todo lo expuesto y, especialmente los propios términos de la Convención N° 169 cuestionada, es suficiente para que este Tribunal llegue a la íntima convicción que **la expresión ‘pueblos indígenas’, debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado**, como 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

⁷⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de agosto de 2000. Rol 309-2000; sentencia de 3 de abril de 2008. Rol 1050-2008; sentencia de 24 de junio de 2011. Rol 1988-2011; sentencia de 23 de enero de 2013. Rol 2387-2012 y; sentencia de 30 de septiembre de 2013. Rol 2523-2013.

⁷⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de agosto de 2000. Rol 309-2000.



Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. **Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado.**

“Que así se desprende del contexto de las disposiciones del Tratado y, en especial, entre otras, de sus siguientes normas: a) artículo 8º, N° 2º [...] b) artículo 9º, N° 1º [...]; c) artículo 14º, N° 3º [...] ; d) artículo 20º, N° 1º [...] ; y e) artículo 34 [...].

“Que las disposiciones del Convenio N° 169 transcritas en el considerando precedente son suficientemente claras como para concluir que los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas propias [...]”⁷⁸.

En este sentido, citando las normas del Convenio que establecen limitaciones al ejercicio del derecho propio indígena a la luz de las normas nacionales, es que el TC chileno definió que el concepto de pueblos indígenas del Convenio 169 no era incompatible con la normativa interna, al concluir que el Convenio 169 no les otorgaba potestades públicas.

Por otra parte, en dicha oportunidad el Tribunal Constitucional también se refirió a la autoejecutabilidad de algunas normas del Convenio 169, lo que ha sido relevante para la construcción jurisprudencial de los tribunales de justicia en torno al Convenio 169. En efecto, respecto de los derechos de consulta y participación (artículos 6 N°1 y 2 y 7 N° 1) el Tribunal Constitucional indicó:

“[...] el artículo 7, N°1, oración final, del tratado en estudio dispone: ‘Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente’. La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos ‘deberán participar’ [...]

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

⁷⁸ Ibídem, considerandos 44, 45 y 46. El destacado es nuestro.



legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente'. Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada [...]”⁷⁹.

Las normas autoejecutables, en concepto del Tribunal Constitucional, son aquellas 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”⁸⁰. Mientras que las normas no autoejecutables serían aquellas que “requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen”⁸¹. Estas conclusiones fueron reafirmadas por el Tribunal Constitucional en 2008 y 2013⁸².

Sin embargo, el año 2013, el TC ante el requerimiento de un grupo de diputados por declarar inconstitucional las modificaciones a la Ley de Pesca⁸³ (pues, entre otras cosas, se había omitido el trámite de consulta respecto de ella), precisó que pese a que el derecho a consulta era una norma autoejecutable, era necesaria su regulación para que el Tribunal pudiera determinar si se ha vulnerado este derecho:

“[...] si bien este mismo Tribunal, en sentencias recaídas en los roles N°s 309 y 1050, ha calificado al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como una norma autoejecutable o *self-executing*, ello debe conciliarse con la modalidad abierta con que están redactadas, en general, las normas de los tratados internacionales, lo que posibilita diversas interpretaciones de aplicación, en el derecho interno, de los parámetros conceptuales que ellas contienen [...]

“Que, consecuentemente, la autoejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele. Es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado

⁷⁹ *Ibidem*, considerandos 6 y 7.

⁸⁰ *Ibidem*, considerando 48.

⁸¹ *Ídem*.

⁸² Tribunal Constitucional. Sentencia de 3 de abril de 2008. Rol 1050-2008 y sentencia de 23 de enero de 2013. Rol 2387-2012.

⁸³ “Modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley No.18.892 y sus modificaciones”.



y no coaccionado, además de fijar el procedimiento. Sólo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo [...]”⁸⁴.

Si bien la vigencia efectiva de los tratados de derechos humanos incluye la obligación positiva del Estado de adecuar su ordenamiento interno e incorporar de manera armónica en la legislación los compromisos adquiridos a nivel internacional⁸⁵, y en este sentido, respecto de la consulta la CIDH ha indicado que los Estados deben “garantizar su incorporación transversal a la legislación [...]; y al mismo tiempo deben tomar medidas para garantizar la aplicación efectiva de dicha legislación [...]”⁸⁶, la falta de legislación o su insuficiencia, no es excusa para que los/as jueces/zas dejen de velar por la garantía de los derechos humanos consagrados internacionalmente⁸⁷, entre los cuales se encuentra el derecho de consulta. En este sentido, la afirmación del Tribunal Constitucional respecto a que no está en condiciones de determinar si se ha vulnerado el derecho de consulta, ignora la circunstancia de que en todo caso está obligado a velar por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito interno.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado acerca del valor y alcance de la consulta indígena establecida en el Convenio 169. En efecto, en los pronunciamientos de los años 2000⁸⁸, 2008⁸⁹ y 2011⁹⁰ estableció criterios acerca de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, los que son resumidos en su pronunciamiento de 2013 acerca de la Ley de Pesca:

“[...] se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó

⁸⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia de 23 de enero de 2013. Rol 2387-2012, considerandos 19 y 23. El destacado es nuestro.

⁸⁵ Artículo 2 CADH.

⁸⁶ Ver *supra* nota 29, párr.198.

⁸⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr.123.

⁸⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de agosto de 2000. Rol 309-2000.

⁸⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 3 de abril de 2008. Rol 1050-2008, considerandos 13, 14 y 15.

⁹⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de junio de 2011. Rol 1988-2011.



que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5^o⁹¹.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha otorgado un carácter restrictivo a la consulta, que dista de los estándares desarrollados en la jurisprudencia interamericana. En efecto, es superficial el estándar que fija, ya que si bien la consulta no otorga un derecho a veto, en ningún caso es una forma de recabar opinión. Como vimos en el primer capítulo de este estudio, es un proceso serio y destinado a tener resultados y existe hoy un cuerpo de principios mínimos que deben ser respetados al regular la consulta, y que van más allá de lo que indica el Tribunal Constitucional. Sin embargo, como veremos al analizar la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, esto no ha obstado a que los tribunales amplíen este estándar, aproximándose a lo fijado en la jurisprudencia y normativa internacional.

Finalmente, otro de los aspectos desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el rango normativo del Convenio 169 de la OIT. Respecto del Convenio, el TC en su sentencia de 2013, reiteró su pretérita doctrina referida al rango infraconstitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que lo llevó a desechar los requerimientos que solicitaban declarar inconstitucional la Ley de Pesca, por haberse omitido el trámite de la consulta. En efecto, el razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

“Que los motivos precedentes [referidos al rango infraconstitucional de los tratados internacionales] son suficientes para desechar los requerimientos acumulados, en lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad formal del proyecto de ley reclamado, por infracción al Convenio 169 de la OIT, y así se declarará. Resulta claro que, descartada la tesis originalmente sustentada por los requirentes en orden a que el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tenga rango constitucional, podría simplemente procederse a rechazar los requerimientos deducidos por la imposibilidad de declarar una inconstitucionalidad de forma contrastando normas

⁹¹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 23 de enero de 2013. Rol 2387-2012, considerando 24. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013, rol 2523-2013, considerando 21.



de un proyecto de ley con otra –artículo 6º del aludido Convenio- que no tiene rango constitucional⁹².

Pese a que el Tribunal insiste en que la jerarquía de los tratados internacionales es infraconstitucional, ello no implica que no pueda realizar un análisis de la normativa que se impugna a la luz del Convenio 169. En efecto, aun no aceptándose la tesis de la constitucionalización de los tratados internacionales, el bloque de constitucionalidad que opera en nuestro país en virtud del artículo 5 de la Constitución Política (que impone como límite a la soberanía los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes) permite traer a la Constitución formal aquellos derechos consagrados internacionalmente con todo su acervo normativo y jurisprudencial⁹³, como por ejemplo, el derecho de consulta.

3.2 El Convenio 169 de la OIT y sus ámbitos de aplicación en la jurisprudencia chilena

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, los pueblos indígenas han utilizado este instrumento como herramienta jurídica para exigir sus derechos frente a los tribunales de justicia. COURTIS, en su estudio acerca de la aplicación del Convenio en América Latina, destaca que la aplicación del Convenio por parte de los tribunales de justicia puede caracterizarse de dos formas: aquellos tribunales que aplican directamente las normas del Convenio, y aquellos en los que el Convenio se emplea como instrumento o estándar interpretativo de otras normas. En cuanto al estándar interpretativo, distingue entre aquellas resoluciones en que el Convenio es utilizado como argumento principal, y aquellas cuya utilización es simplemente ilustrativa⁹⁴.

En el caso de Chile, es abundante la jurisprudencia que utiliza el Convenio 169 como un elemento normativo relevante en el razonamiento y podemos identificar resoluciones judiciales que recorren todos los caminos identificados por COURTIS.

⁹² *Ibíd*em, considerando 17.

⁹³ NASH, C. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012, p.45.

⁹⁴ COURTIS, C. *Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina*. SUR Revista Internacional de Derechos Humanos, N°10, 2009, p.60.



En efecto, la jurisprudencia ha ido avanzando desde la simple enunciación del Convenio como una más de las normas jurídicas a considerar, hacia la aplicación sustantiva de sus estándares.

En este sentido, en algunos casos, siguiendo un camino similar al de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH, el Convenio ha sido utilizado para incorporar obligaciones adicionales al Estado y para interpretar la normativa nacional desde una perspectiva de derechos colectivos.

Pese a que la mayor parte de los conflictos judiciales se relacionan con exigencias derivadas de la omisión de realizar consultas ante la afectación directa que significan para los pueblos indígenas resoluciones administrativas que aprueban proyectos de inversión, el Convenio también ha sido aplicado en otros ámbitos. Por ejemplo, en el área penal para justificar atenuantes de responsabilidad penal o para aplicar acuerdos reparatorios.

A continuación, realizaremos un repaso por los principales pronunciamientos judiciales relacionados con la utilización del Convenio 169, de manera de ilustrar sus modalidades de uso y ámbitos de aplicación, identificando los avances y desafíos que representa su incorporación sustantiva. Esta visión general de la aplicación jurisprudencial del Convenio nos permitirá identificar sus potencialidades como herramienta normativa en Chile.

i. Ámbito penal

Eximentes de responsabilidad y modalidades diferenciadas de cumplimiento de la pena

En ámbito penal, el Convenio 169 de la OIT otorga diversas herramientas para garantizar en condiciones de igualdad, el pleno goce y ejercicio de los derechos por parte de los pueblos indígenas, a través de la consideración de la situación particular en la que se encuentran (pobreza y exclusión) y de sus particularidades culturales.

Por ejemplo, se contempla que al aplicar la legislación nacional se debe tomar en consideración las costumbres (artículo 8); en la medida de lo posible se debe permitir el uso de los métodos tradicionales en la ejecución de castigos (artículo 9); los tribunales penales deben tener en consideración las costumbres y tradiciones



(artículo 9) y; en la imposición de penas, se debe tener en cuenta el factor cultural, así como preferir las penas no privativas de libertad (artículo 10).

De esta forma, se ha sostenido que con base en el Convenio, se puede argumentar un cambio en la aplicación de tipologías penales (por ejemplo, en lo referente a prácticas sexuales, abandono de menores y usurpación de tierras), y aplicar ciertos eximentes de responsabilidad y atenuantes (error de prohibición, estado de necesidad, etc.)⁹⁵.

A este respecto, uno de los casos más relevantes en que se comenzó a incorporar al razonamiento jurídico el Convenio 169 de la OIT, es el denominado *caso La Pastora*⁹⁶. Los hechos que originaron este caso ocurrieron el año 2007, cuando Gabriela Blas Blas (aymará) denunció ante Carabineros la pérdida de su hijo mientras ella pastoreaba en la zona altiplánica. Circunstancias posteriores develaron la muerte del menor, lo que llevó a Gabriela Blas a ser juzgada en sede penal. Lo interesante de este caso es que la defensa introdujo la vigencia del Convenio 169 de la OIT para que se considerara que los hechos se dieron en el contexto de la práctica de una costumbre ancestral de pastorear junto a los hijos. Pese a que la utilización del Convenio no redundó en un juicio a favor de la imputada (porque a juicio del tribunal no se logró probar la costumbre), resulta relevante destacar que el tribunal al momento de analizar la normativa nacional respecto a la costumbre indígena, consideró el Convenio como un elemento relevante en el análisis⁹⁷:

“Que es necesario pronunciarse respecto de la aplicación de la ley indígena, número 19.253 y las normas relativas al Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Al respecto es del caso señalar,

⁹⁵ Defensoría Penal Pública. Modelo de defensa penal para imputados indígenas. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012. Disponible [en línea] <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7521-2.pdf>> [consulta: 11 de marzo de 2014].

⁹⁶ Este caso también fue comentado en: NASH, C. op.cit *supra* nota 93, pp.66-67.

⁹⁷ Existen casos similares, en que los recurrentes han invocado las normas del Convenio 169 para justificar la aplicación de atenuantes o penas diferenciadas en consideración a la costumbre. En dichas oportunidades, los tribunales han estimado que si bien por aplicación del Convenio 169 de la OIT debe considerarse la costumbre en un juicio penal, no se ha aplicado en la práctica por estimarse que la costumbre no estaba probada (ver: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 25 de febrero de 2009. Rol 99-2009, considerando 5) o no resultaba determinante para el caso concreto (ver: Corte Suprema. Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Rol 6041-2012, considerando 8).



que en Chile se regula de manera genérica la situación de los pueblos indígenas, aplicando las garantías y derechos constitucionales comunes a todo ciudadano. No obstante, el artículo 5 de la Carta incorpora a ésta los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, a través de los cuales se reconoce el deber de los Estados de considerar y proteger las culturas de las minorías étnicas que se encuentran en sus territorios, por lo demás Chile ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, a nivel interno, rige la Ley Indígena, la que estipula en el artículo 54, el derecho de hacer valer la costumbre en los juicios siempre que ésta no contravenga la Constitución. También la ley otorga la facultad a los jueces de aplicar como eximente o atenuante de responsabilidad la costumbre indígena, por su parte el convenio 169 establece que debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos, respetando así el derecho de éstos ha [sic] conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los pactos internacionales reconocidos [...]”⁹⁸.

En esta línea, e interpretando el artículo 54 de la Ley Indígena a la luz del Convenio, la Corte Suprema en el *caso Alto Bío Bío* aceptó la aplicación de una aminorante de la conducta, al considerar las características sociales y culturales del pueblo pehuenche. En efecto, en este caso se consideró que la violencia perpetrada por los agresores al desalojar por medio de la fuerza a un grupo de personas que ocupaba un territorio, se explica por la importancia del amparo de la tierra y de la identidad cultural, lo que revela que para el pueblo pehuenche las infracciones que vulneran la propiedad son de una gravedad relevante⁹⁹. Esto llevó a la Corte Suprema a concluir que era procedente la aplicación de una aminorante de la sanción:

“[...] esta Corte atendido las conclusiones del informe antropológico de fojas 1729, que corresponde a una experticia confeccionada en virtud del mandato estatuido en el artículo 54 de la Ley N° 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en armonía con lo preceptuado en los artículos 5, 6, 8, 9 y 10 del Convenio N° 169, de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, normativas acordes, además, con lo preceptuado en los artículos 5° de la Constitución Política de la República, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

⁹⁸ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Sentencia de 11 de octubre de 2010. RIT 221-2009, considerando 14.

⁹⁹ Corte Suprema. Sentencia de 11 de enero de 2012. Rol 2683-2010, considerando 5.



publicado este último en el Diario Oficial con data 29 de abril de 1989, dará aplicación a su contenido por considerarlo atingente al caso.

“En efecto, tales preceptos hacen plenamente aplicable la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, la que constituye derecho, siempre que no sea incompatible con la Carta Magna del Estado, práctica que en materia penal ‘...puede servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad...’, lo que en el caso sub lite, si bien no califica para darle el tratamiento de eximente de responsabilidad penal, existen antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como ‘*aminorante*’ de la conducta demostrada por los enjuiciados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en nuestra legislación general con las características económicas, sociales y culturales de esa etnia”¹⁰⁰.

Asimismo, el Convenio también se ha utilizado para alterar la modalidad de cumplimiento de las sanciones penales. En efecto, en base al artículo 10 N°1 del Convenio, la Corte de Apelaciones de Temuco, en el caso *Joel Paillama*, señaló que en consideración a este artículo era necesario tomar en cuenta la situación socioeconómica del imputado, lo que la llevó a concluir que era pernicioso para el imputado la reclusión en un Centro Penitenciario, determinando que debía cumplir la pena en su domicilio¹⁰¹.

En este sentido, los problemas que se identifican con la aplicación del Convenio 169 para justificar una aplicación diferenciada de la ley penal, no dicen relación con el valor jurídico que se otorga al Convenio ni con la necesidad de su aplicación, sino más bien con la prueba de la costumbre indígena en juicio. Como señalan BERTINI y YÁÑEZ en su estudio acerca de la aplicación del derecho propio indígena por parte de la jurisprudencia nacional¹⁰², las dificultades se relacionan con que existe un desconocimiento del juzgador respecto a los elementos que configuran la

¹⁰⁰ *Ibíd*em, considerando 3.

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de agosto de 2011. Rol 711-2011, considerando 1.

¹⁰² BERTINI, L. y YÁÑEZ, N. Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 9, 2013, pp.156-157. En el mismo sentido la Defensoría Penal Pública sostiene que muchas veces la interpretación marcadamente positivista y exegética acude al supuesto proceso de aculturación del indígena rural que habita en un punto cercano a la ciudad, para restar mérito al informe antropológico y así negar la exención o atenuación de responsabilidad penal, Defensoría Penal Pública, op.cit *supra* nota 95, p.153.



costumbre y en que la jurisprudencia se entrapa en la discusión de si la antropología es o no una ciencia. En este sentido, no hay que perder de vista que el Convenio 169 debe ser aplicado buscando la efectividad de sus disposiciones y para ello es vital que se realice una interpretación culturalmente sensible que despoje al juzgador de prejuicios discriminatorios. En efecto, la interpretación de los hechos desde un paradigma de derechos individuales y marcadamente monocultural, puede constituir una barrera de acceso a la justicia para los pueblos indígenas. Una interpretación culturalmente sensible pasa por considerar el contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y las particularidades culturales de sus titulares a la hora de interpretar sus derechos. Esta es la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación.

Aplicación de acuerdos reparatorios

Junto con la aplicación del Convenio 169 para justificar eximentes de responsabilidad penal y modalidades diferenciadas de cumplimiento de la pena, también destaca su utilización para argumentar la adopción de acuerdos reparatorios en causas sobre violencia intrafamiliar entre víctimas e imputados mapuches. Pese a estar prohibido este tipo de acuerdos en la legislación sobre violencia intrafamiliar (artículo 19), la Defensoría Penal Pública ha solicitado su aplicación sobre la base de los artículos 9 y 10 del Convenio, señalando que es un hecho probado de que el pueblo mapuche resuelve sus conflictos a través de la conciliación. Esta postura ha sido recogida por la jurisprudencia, que de manera uniforme ha indicado que:

“Que consta del mérito de los antecedentes, que tanto víctima como imputada tienen apellidos indígenas, de manera que su calidad de tal es indiscutida atendido lo previsto en el artículo 2° de la Ley 19.253.

“Que en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.

“Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la



negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.

“Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”¹⁰³.

En este sentido, el Convenio ha sido utilizado para introducir formas propias de resolución de conflictos del pueblo mapuche en el ámbito penal. No obstante, este acercamiento de la jurisprudencia a la problemática no ha estado exento de críticas. Se ha sostenido por algunos sectores de la sociedad civil, que la admisión de estos acuerdos reparatorios constituye una violación de los derechos de las mujeres-indígenas, ya que no se trataría de la costumbre indígena probada en juicio, sino de la aplicación de estereotipos sobre los roles de la mujer en situaciones de violencia¹⁰⁴. Esta postura ha sido recogida de manera minoritaria por la jurisprudencia, también en base al Convenio 169. En efecto, se señala que este mismo Convenio establece el límite a la aplicación de la costumbre indígena, cual es, los derechos humanos internacionalmente reconocidos y la legislación interna:

“Que, desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción impuesta por el ordenamiento jurídico. Un acuerdo reparatorio carece de seriedad si se considera

¹⁰³ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 2 de agosto de 2012. Rol 581-2012, considerandos 1, 2, 3 y 4. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de julio de 2012. Rol 499-2012 y, Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de octubre de 2011, Rol 955-2011.

¹⁰⁴ INDH. Amicus curiae ante Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 388-2012, junio de 2012 [en línea] <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/114/violencia-contra-mujer-contexto-indigena-temuco?sequence=1>> [consulta: 11 de marzo de 2014]. Citado en: CDH. Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013, p.10 [en línea] <<http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=100>> [consulta: 11 de marzo de 2014].



que las más de las veces la mujer acepta el perdón del agravio con tal de mantener la unidad del hogar.

“Que en el caso de autos el artículo 9 del citado Convenio N°169 establece un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Ese límite es `el ordenamiento jurídico Nacional`. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contiene el artículo 19 N°1 y 3 de nuestra Carta Base; además de los derechos internacionalmente reconocidos y ratificados por nuestro país. Entre estos últimos destaca la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. No debe olvidarse que esta última convención afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

“Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer, cualquiera sea su etnia. Y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, artículo 19 de la Ley N°20.066, artículo 19 N°1 y 3 de la Constitución Política. SE REVOCA la resolución apelada de fecha 20 de marzo de 2013, en cuanto aprobó el acuerdo reparatorio a que se había llegado, y sobreseyó definitivamente la investigación, y en consecuencia se ordena la continuación regular del procedimiento”¹⁰⁵.

De esta forma, vemos que el Convenio 169 de la OIT ha sido utilizado para justificar la aplicación de la costumbre indígena, pero también para restringir su uso en atención a los límites propios que el Convenio establece. Una solución integral a estos conflictos requiere de soluciones complejas para hacerse cargo de las particularidades culturales y de la necesidad de velar por la protección de los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Respuestas simplificadas, como las que han dado los tribunales de justicia, donde sólo prima la costumbre o el ordenamiento jurídico nacional, no son aceptables desde la perspectiva del DIDH¹⁰⁶. En este sentido, resultan orientadoras las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad¹⁰⁷,

¹⁰⁵ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de mayo de 2013, rol 220-2013.

¹⁰⁶ Una propuesta de solución de estos conflictos desde el DIDH se puede encontrar en: Centro de Derechos Humanos, op.cit *supra* nota 104, p.62.

¹⁰⁷ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.



que indican que en el caso de las comunidades indígenas resulta conveniente “estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (Regla 48). La necesaria armonización de la costumbre indígena con las normas internacionales de derechos humanos, así como el abandono de los paradigmas monoculturales, es uno de los grandes desafíos que representa la implementación del Convenio 169 en materia penal.

ii. Protección de la integridad cultural

Uno de los aspectos centrales del Convenio 169, es la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas. Sus artículos 2, 4 y 13 consagran en general, la obligación de los Estados de desarrollar políticas que promuevan el respeto y protección de sus costumbres, tradiciones e instituciones. Sobre la base de esta normativa, los tribunales nacionales han interpretado el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política (libertad de conciencia y ejercicio libre de los cultos) desde una perspectiva de derechos colectivos, referente al derecho de los pueblos indígenas a mantener su integridad cultural.

En el caso *Kintuantü*, la Corte de Apelaciones de Valdivia, señaló que la tala ilegal iniciada sobre árboles milenarios, que constituyen el cordón de protección y parte esencial del *Ngen Mapu Quintuante*¹⁰⁸, impedía el normal desarrollo de las manifestaciones religiosas y espirituales del pueblo mapuche. Lo relevante de este caso, es que junto con interpretar el derecho a la libertad de culto desde una perspectiva colectiva, la Corte de Apelaciones de Valdivia reconoce que el Convenio 169 de la OIT contiene el estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas:

“[...] de conformidad al artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, se reconoce como garantía constitucional [...] la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a las buenas costumbres o al orden público, es necesario señalar que desde el 15 de Septiembre de 2009, se encuentra vigente en nuestro país, el Convenio 169 de la

¹⁰⁸ Espíritu que es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Williche.



OIT, que **contiene el estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas** [...].

“Que por su parte, el artículo 4 del Convenio señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados; en su artículo 5, señala que al aplicar las disposiciones del Convenio, letra a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; en su artículo 13 establece que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra o su territorio.

“Que útil es consignar además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Sawhoyamaxa contra el estado de Paraguay, señala que la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural.

“Que habiéndose dado por acreditado la efectividad de corte de bosque nativo, sin autorización de Conaf, en territorio sagrado para la comunidad mapuche wiilliche, dado lo referido particularmente en informe de Conadi, y denuncia ante Juzgado de Policía Local, inequívocamente se ha vulnerado el derecho al ejercicio libre de todos los cultos, y además las normas del Convenio N° 169 de la OIT, que considera elemental respetar la cosmovisión de los pueblo indígenas, que incluye su forma de manifestar su religiosidad, por lo que el actuar del recurrido es ilegal [...]”¹⁰⁹.

Similares consideraciones se realizaron por la Corte de Apelaciones de Arica en el caso *proyecto Minero Manganeso Los Pumas*. En este caso, un proyecto minero buscaba emplazarse en un lugar relacionado con la divinidad andina. La Corte, a partir de una revisión de la cosmovisión andina y su relación con el agua, y en base a las obligaciones que establece el Convenio 169 (artículos 4, 5 y 13), estableció que la probable afectación -por mínima que sea- de la vertiente de la quebrada del Tarapacá, al erigirse como un lugar conectado con la divinidad andina en la

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 4 de mayo de 2012, rol 501-2011, considerandos 12, 13, 14 y 15. El destacado es nuestro.



cosmovisión aymará, amenaza la garantía constitucional del artículo 19 N° 6 de la Constitución Política¹¹⁰.

iii. Acción constitucional de amparo y protección a la libertad personal y seguridad individual

Con ocasión de la situación de enfrentamiento entre las comunidades mapuche y las policías en la Araucanía, la Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, han interpuesto acciones de amparo constitucional a favor de personas pertenecientes a comunidades mapuche (en su mayoría niños y niñas), en contra de Carabineros de Chile, denunciando actos que constituyen amenazas a la libertad personal y seguridad individual¹¹¹. En este contexto, han invocado las normas del Convenio 169 de la OIT, para complementar la fundamentación respecto a la proscripción del uso ilegítimo de la fuerza.

Estas argumentaciones han sido recogidas por la jurisprudencia, y si bien en algunas oportunidades no se han acogido los amparos interpuestos, sí se han indicado los estándares bajo los cuales debe desarrollarse la actuación policial:

“Que, por último, aun cuando no se advierte otra arbitrariedad que la señalada en el motivo anterior, lo cierto es que las incursiones y operativos policiales en el interior de la Comunidad Temuicui constituyen hechos públicos y notorios que, si bien se encuentran legitimados formalmente, mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Código Procesal Penal, motivan el legítimo cuestionamiento de este Tribunal respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo, y sitúan a Carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, rol 182-2013, considerandos 37, 38 y 39. Véase también: Corte Suprema. Sentencia de 26 de septiembre de 2013. Rol 3010-2013, considerandos 8 a 11.

¹¹¹ Defensoría Penal Pública. Segundo informe de jurisprudencia sobre defensa penal de imputados indígenas. Santiago, Unidad de defensa penal juvenil y defensas especializadas, departamento de estudios y proyectos Defensoría Penal Pública, 2013, p.21. [en línea] <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7615.pdf>> [consulta: 14 de marzo de 2014]. Ver también: INDH. Resumen ejecutivo: Estudio exploratorio Estado de Chile y pueblo mapuche, análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la región de la araucanía. Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013. [en línea] <<http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/01/Resumen-Estudio-Exploratorio-Violencia-Mapuche.pdf>> [consulta: 14 de marzo de 2014].



que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT, particularmente su **artículo 3.2**, que dispone: ‘No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio’.

“Teniendo presente que esa acción constitucional ha sido interpuesta en carácter de preventiva y con la sola finalidad de cautelar la posibilidad real y cierta de que funcionarios de la recurrida lleguen a cometer excesos en los operativos desplegados al interior de esta Comunidad Indígena -o de cualquier otra-, también se acogerá el recurso de amparo, en la forma que se dirá [...]Que SE HACE LUGAR al recurso de amparo interpuesto a fojas 4 por Jaime López Allendes a favor de los miembros de la Comunidad Temucuicui, sólo en cuanto **se ordena a la Prefectura de Carabineros Malleco efectuar los procedimiento policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente**, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad”¹¹².

Respecto de los niños y niñas la jurisprudencia ha puesto énfasis en que las obligaciones estatales de respeto y garantía de los derechos humanos se ven reforzadas no solo por su condición de niños/as, sino también porque pertenecen a un pueblo indígena:

“Esto último, ubica a los agentes del Estado en la obligación de apegar sus conductas a una situación de especial consideración, no sólo por la menor edad del sujeto respecto del cual ha de ejercer su función, sino también de su condición cultural diversa, lo que obliga a un estándar superior –por su calidad de menor- y distinto –por su etnicidad- en la conducta policial, lo que no se advirtió en el procedimiento desplegado”¹¹³.

De esta forma, las Cortes fijan los estándares de actuación policial no solo en base al artículo 19 N° 7 de la Constitución Política (derecho a libertad y seguridad personales) sino también considerando las obligaciones que impone el Convenio

¹¹² Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de diciembre de 2011, rol 1136-2011, considerando 5. El destacado es nuestro. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 5 de julio de 2012. Rol 449-2012, considerando 8.

¹¹³ Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 21 de octubre de 2014. Rol 203-2014, considerando 6. Confirmada por la Corte Suprema. Sentencia de 30 de octubre de 2014. Rol 27295-2014.



169. En este sentido, el Convenio se transforma en un estándar de conducta que debe seguir la autoridad policial.

Estos estándares especificados para la función policial se han recogido recientemente por Carabineros de Chile en su “Protocolo para el mantenimiento del orden Público”¹¹⁴, donde se especifican criterios para proceder a la detención de niños y niñas indígenas, tales como “en caso de cumplimiento de órdenes judiciales que impliquen el uso de la fuerza se priorizará la asistencia de un experto en cosmovisión indígena y se deberá afectar en la menor medida posible los derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas” (protocolo 4.2).

iv. Tierras y propiedad indígena

Uno de los aspectos centrales del Convenio, y que ha influido en avanzar hacia una nueva concepción del derecho de propiedad en la jurisprudencia de la Corte IDH y en los demás países de la región¹¹⁵, es el concepto de tierras que introduce. El artículo 13 N° 2 aclara que “la utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

A este respecto, la CIDH ha valorado positivamente¹¹⁶ la incorporación de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso”¹¹⁷, por considerar que “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general”¹¹⁸.

Este concepto amplio de territorio también ha tenido recepción en la jurisprudencia nacional. En efecto, este concepto ha sido utilizado para interpretar el artículo 64 de

¹¹⁴ Carabineros de Chile. Protocolo para el mantenimiento del orden público, 25 de julio de 2014. Disponible [\[en línea\]](http://deptodhh.carabineros.cl/a1/Protocolos_mantenimiento_del_orden_publico.pdf) <http://deptodhh.carabineros.cl/a1/Protocolos_mantenimiento_del_orden_publico.pdf> [consulta: 4 de noviembre de 2014].

¹¹⁵ COURTIS, C., op.cit *supra* nota 94, pp.61-62.

¹¹⁶ CIDH, op.cit *supra* nota 29, párr.40.

¹¹⁷ CIDH, op.cit *supra* nota 48, párr. 160.

¹¹⁸ Ídem.



la Ley Indígena¹¹⁹ y darle una correcta aplicación. El caso *Comunidad Chusmiza-Usmagama* es un ejemplo de este ejercicio. En dicho caso, por aplicación de los artículos 15 °1 y 13 N°2 del Convenio 169, la Corte Suprema interpretó la Ley Indígena y se reconoció el derecho de la comunidad aimara sobre las aguas que han utilizado ancestralmente. Esto, sobre la base del siguiente razonamiento:

“Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión terrenos de la comunidad, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas [...]

“Por otra parte, **también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 [...]** cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2° [...]

“En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza [...] tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos terrenos de la comunidad deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es

¹¹⁹ Artículo 64 Ley Indígena. “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.



precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas¹²⁰.

Este es uno de los ejemplos en que el Convenio 169 es incorporado de manera sustantiva en la resolución del juzgador, quien realiza una interpretación conforme de la legislación nacional a la luz del Convenio. Este modelo de razonamiento se replicó en el caso *Pepiukelen*, donde la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, indicó que hoy, por aplicación del artículo 13 N°2 del Convenio 169 de la OIT, el concepto de tierras indígenas es más amplio:

“Que a este respecto debe recordarse que si bien los recurrentes son vecinos a la tierra indígena en que se realiza la obra de drenaje y contención de aguas, **el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252**, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, en este caso en el predio deslindate, de las comunidades recurrentes se ejecutan actividades de ‘Etnoturismo’ y ‘Fiesta Costumbrista Mapuche’. En consecuencia, no sólo podemos considerar el lugar que está siendo intervenido por la empresa como tierra indígena, porque así ha sido reconocido y certificado por la Corporación Nacional de Derecho Indígena, sino porque del mérito de autos aparece que dicho terreno forma parte del hábitat de una comunidad indígena (...)”¹²¹.

Esta perspectiva es fundamental para avanzar hacia el reconocimiento de los derechos colectivos en Chile. Como explicamos y ha reconocido la jurisprudencia nacional, el Convenio 169 permite una interpretación de la normativa nacional que incorpora el concepto territorial, lo que en definitiva posibilita la protección de la comunidad en su conjunto y el ejercicio de sus derechos en relación a sus costumbres en relación a la tierra.

3.3 El Convenio 169 de la OIT y su aplicación en materia de consulta previa

Uno de los aspectos fundamentales donde se ha invocado y aplicado el Convenio 169, es en relación a la obligación de realizar una consulta previa e informada,

¹²⁰ Corte Suprema. Sentencia de 25 de noviembre de 2008. Rol 2840-2008, considerando 7. El destacado es nuestro.

¹²¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Rol 36-2010, considerando 10. El destacado es nuestro.



respecto de medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Pese a que la consulta está establecida en el Convenio para todo tipo de medidas, en el caso chileno la judicialización de los casos referidos a consulta previa, se ha relacionado con proyectos de inversión y conflictos medioambientales.

En este sentido, de manera previa al estudio de la jurisprudencia en este ámbito, es necesario explicar a grandes rasgos el contexto en que se producen estos conflictos. Luego, se dará cuenta de los estándares que ha aplicado la jurisprudencia chilena en materia de consulta previa.

3.3.1 Contexto: SEIA, proyectos de inversión y consulta previa

Un grupo importante de casos que se han judicializado en relación con la omisión de realizar el deber de consulta, o con su insuficiencia a la luz del Convenio 169, se dan en el contexto de dictación de medidas administrativas emanadas de la autoridad ambiental y que aprueban proyectos de inversión que tienen impacto en los pueblos indígenas. Esto, en el marco de proyectos que ingresan al SEIA.

El SEIA es un instrumento que permite introducir la dimensión ambiental en el diseño y la ejecución de los proyectos y actividades que se realizan en el país; a través de él, se evalúa y certifica que las iniciativas, tanto en el sector público como el privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables¹²². En este sentido, el SEIA es un conjunto de procedimientos cuyo objetivo es identificar y evaluar los impactos ambientales que un proyecto o actividad generará o presentará, permitiendo diseñar las medidas que reduzcan dichos impactos.

La evaluación de impacto ambiental corresponde a un proceso, que consiste en una serie de actos administrativos y técnicos vinculados y relacionados entre sí, que posibilita que el titular del proyecto o actividad vaya mejorando sus planteamientos y el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) pueda tomar la decisión de aprobar o rechazar el proyecto o actividad sobre la base del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o Declaración de Impacto Ambiental (DIA) presentada, las evaluaciones de

¹²² Fuente: Servicio de Evaluación de impacto ambiental [en línea] <<http://www.sea.gob.cl/contenido/que-es-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental>> [consulta: 17 de marzo de 2014].



las respuestas a las diversas observaciones formuladas por el SEA, así como de las presentaciones hechas por el titular, y las observaciones ciudadanas.

Dentro de este procedimiento, se contempla la participación ciudadana a través de los derechos de acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener una respuesta fundada de ellas (artículo 83). A partir de diciembre de 2013, empezó a regir el nuevo reglamento del SEIA, que contempla un procedimiento especial de consulta en el marco del SEIA (artículo 85).

El proceso de evaluación se inicia una vez que el titular de un proyecto o actividad ingresa al SEIA ya sea a través de una DIA o EIA. Para determinar la pertinencia de ingreso, habrá que establecer si el proyecto o actividad está contenido en el artículo 10 de la Ley N° 19.300. Si el proyecto o actividad está regulado en esas normas deberá ingresar al SEIA.

Para determinar en qué modalidad debe hacerlo (EIA o DIA), se deberá analizar si el proyecto o actividad presenta o genera algunos de los efectos descritos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, en cuyo caso deberá presentarse al sistema como un EIA o caso contrario lo hará a través de una DIA.

La evaluación de impacto ambiental concluye con una resolución dictada por la autoridad (resolución de calificación ambiental, RCA) respectiva, la que certifica que el proyecto o actividad cumple, o no, con todos los requisitos ambientales aplicables¹²³.

En el caso de los pueblos indígenas, los casos que se han judicializado corresponden a acciones de protección que buscan impugnar las RCA dictadas por la autoridad ambiental, bajo la consideración de que en estos procesos no se ha realizado una consulta previa debiendo hacerse, o si se ha realizado, esta no ha sido conforme a los lineamientos del Convenio.

¹²³ La indicada reseña del funcionamiento del SEIA, se ha realizado en base a la minuta: “Minuta explicativa sobre la consulta de parte del reglamento del sistema de Evaluación de Impacto ambiental y guías de procedimiento de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el sistema de evaluación de impacto ambiental”. Disponible [en línea] <<http://www.consultaindigena.cl/munitas/ME-Participacion-Indigena-SEA.pdf>> [consulta: 17 de marzo de 2014].



A continuación, analizaremos la jurisprudencia en la materia, identificando los principales focos de conflicto con el objeto de otorgar pautas para una adecuada aproximación a la problemática desde una perspectiva intercultural. En primer lugar, se estudiará la jurisprudencia referida a la consulta previa en el marco del SEIA, para luego dar cuenta de algunos aspectos generales relacionados con las características y principios aplicables a la consulta previa que se desprenden del análisis de la jurisprudencia en la materia.

3.3.2 Suficiencia e insuficiencia de los instrumentos de participación contemplados en la normativa ambiental

Un aspecto central en la jurisprudencia nacional ha sido determinar si los instrumentos de participación contemplados en la normativa ambiental del SEIA, satisfacen los estándares del Convenio respecto al deber de realizar una consulta previa. En este punto, la jurisprudencia ha sido vacilante y podemos encontrar sentencias que estiman que el deber general de consulta en lo concerniente a procedimientos de evaluación ambiental ya se encuentra incorporado en la legislación a través de los mecanismos de participación ciudadana; mientras que otras resoluciones indican que la consulta indígena prevista en el Convenio 169 es diferente a los procedimientos de participación de la ley ambiental¹²⁴.

La tendencia jurisprudencial que se manifestó en un comienzo en los tribunales nacionales, fue la de estimar que -en consideración al carácter flexible de la consulta- era suficiente con las normas de participación ciudadana que contemplaba la normativa ambiental para considerar que se había cumplido con el trámite de consulta previa. Así, en el caso *Planta de Celulosa de Valdivia*, la Corte Suprema estimó:

“Que en concordancia con lo antes descrito, el artículo 34 del Convenio N°169 contiene una norma que flexibiliza la incorporación de dicho tratado internacional al derecho interno, disponiendo que la naturaleza y el alcance de las medidas que

¹²⁴ Hay que considerar que gran parte de estas sentencias corresponde a casos anteriores a las modificaciones al reglamento del SEIA. En ese sentido, la regulación vigente no contemplaba una normativa especial respecto a la consulta indígena en el marco del SEIA. Sin embargo, los casos reseñados son útiles para identificar cómo se concibe la consulta en la jurisprudencia e identificar los estándares bajo los cuales se ha aplicado.



se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país;

“Que este principio de aplicación del tratado necesariamente implica que para el cumplimiento de sus normas cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones, tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de éstos;

“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**”¹²⁵.

Si bien es cierto que tanto la jurisprudencia como las recomendaciones de organismos internacionales no determinan un modelo específico de normativa para operativizar el deber de realizar una consulta previa y, en este sentido, se ha indicado que este mecanismo puede ser flexible y debe adecuarse a la realidad de cada país, esto no significa que dicho proceso y regulación no deban cumplir con ciertos mínimos, que son determinados en el mismo Convenio. En este sentido, son erróneas las conclusiones de la Corte Suprema en torno a que los mecanismos de participación ciudadana de la ley ambiental, satisfacen el deber de consulta, puesto que no están diseñados para considerar las particularidades culturales, ni tampoco son desarrollados con el propósito de llegar a acuerdos.

Favorablemente, esta tendencia jurisprudencial se revirtió en los casos *Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen*¹²⁶, *Consejo de Pueblos Atacameños*¹²⁷ y *Comunidad Indígena Antu Laftquen de Huentetique*¹²⁸ y la Corte Suprema comenzó a desarrollar una tendencia jurisprudencial dirigida a reconocer las particularidades

¹²⁵ Corte Suprema. Sentencia de 14 de octubre de 2010. Rol 4078-2010, considerandos 5, 6 y 7. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Rol 9-2011, considerando 14; Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 2 de noviembre de 2011. Rol 359-2011, considerando 14; Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 31 de enero de 2011. Rol 1794-2010, considerando 10 y; Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 11 de octubre de 2011. Rol 239-2011, considerandos 8 y 9.

¹²⁶ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Rol 36-2010.

¹²⁷ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011.

¹²⁸ Corte Suprema. Sentencia de 22 de marzo de 2012. Rol 10090-2011.



de la consulta previa y a caracterizarla de acuerdo a ciertos estándares mínimos que se deben cumplir para su realización.

El caso *Comunidad Huilliche Pepiukelen*, corresponde a una acción de protección impetrada por el *longko* de la comunidad en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos S.A, pues la recurrida habría iniciado la instalación de una piscina con depósito de aguas contaminadas en tierra indígena, omitiendo el deber de realizar consulta previa. En dicha oportunidad, la autoridad ambiental alegó que no era necesario ingresar el proyecto al SEIA nuevamente, pues ya había sido objeto de evaluación favorable. En dichas circunstancias, la Corte de Apelaciones señaló:

“[...] Así las cosas, ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, **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”¹²⁹.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt no solo indica que los instrumentos de participación de la normativa ambiental son diversos a la consulta indígena establecida en el Convenio, sino que también recoge los estándares bajo los cuales debe realizarse esta consulta, esto es, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o un acuerdo de los pueblos indígenas interesados. Asimismo, recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la autoejecutabilidad de la consulta, lo que es relevante desde el punto de vista normativo, pues reconoce la obligatoriedad de realizar la consulta -bajo ciertos parámetros- de manera independiente a si se encuentra regulada en el derecho interno.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Rol 36-2010, considerando 9. El destacado es nuestro.



Pese a que la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, se eliminaron del fallo, todos los considerandos relativos al Convenio 169 de la OIT¹³⁰. Sin embargo, esta visión restrictiva de la consulta en la Corte Suprema, cambió con los fallos de los casos *Consejo de Pueblos Atacameños* y *Comunidad Indígena Antu Laftquen de Huentetique*.

En el caso *Consejo de Pueblos Atacameños*, el Consejo buscaba impugnar a través de una acción de protección, la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta que calificó favorablemente el proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, pues estimaban que la actualización del plan regulador requería de una EIA y de su participación a través de la consulta, en circunstancias de que tan solo se había realizado una DIA y se había omitido la consulta. La recurrida señaló que se había considerado la participación de los pueblos indígenas en el proyecto a través de las normas de las Ordenanzas de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

La Corte Suprema en este caso, no solo indica las características especiales que debe tener la consulta, resaltando la insuficiencia de los instrumentos de participación que establece la normativa nacional, sino que también establece un criterio interpretativo relevante y que será acogido con posterioridad por la jurisprudencia, y es que señala que todas las medidas que puedan afectar la realidad de los pueblos indígenas deben ser llevadas a cabo en consideración de sus particularidades culturales:

“Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que **cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella**. Ha de ser así por cuanto las medidas que

¹³⁰ Corte Suprema. Sentencia de 15 de septiembre de 2010. Rol 5757-2010.



se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados¹³¹;

“Que las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, **distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha**. En efecto, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de las singularidades del instrumento de planificación territorial propuesto y de sus efectos, junto con los criterios considerados respecto de cada uno de los contenidos el Plan Regulador Comunal; en realizar audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad; y en consultar la opinión del Consejo Económico y Social comunal en sesión citada expresamente para este efecto.

Sin embargo, **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, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad [...]

En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”¹³².

De esta forma, la Corte Suprema fija un estándar más amplio que el que había desarrollado el Tribunal Constitucional en un comienzo, y de manera concordante con lo que ha indicado la Corte IDH, señala que la consulta no es solo una forma de despliegue de información, sino que tiene por objeto la real participación e influencia de los afectados en el proceso de toma de decisiones. Bajo estas

¹³¹ En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012, rol 1020-2012, considerando 7 y; Corte Suprema. Sentencia de 22 de marzo de 2012, rol 10090-2011, considerando 5.

¹³² Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011, considerandos 5 y 8. El destacado es nuestro. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 30 de marzo de 2012. Rol 11040-2011, considerando 9; Corte Suprema. Sentencia de 22 de marzo de 2012, rol 10090-2011, considerando 8 y Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 3 de enero de 2014, rol 2149-2014, considerando 8.



consideraciones, la Corte Suprema estima que la RCA que aprobó el proyecto, incumplió con la obligación de fundar los actos administrativos, por no ser fruto de un proceso de consulta en el que se hayan tenido en consideración las aspiraciones y formas de vida de las comunidades¹³³.

El segundo caso en que la Corte Suprema recoge estas argumentaciones, se origina a propósito de una acción de protección interpuesta por la *Comunidad Indígena Antu Lafquén de Huentetique* en contra de la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Lagos, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé”. Esta resolución tampoco contempló un proceso de consulta, pese a que el proyecto se encontraba en un lugar de hallazgos arqueológicos de una cultura originaria, relacionados con las prácticas funerarias de la comunidad. En este contexto, la Corte además de reiterar la importancia de realizar la consulta previa con las características reseñadas en el fallo anterior¹³⁴, señala que la decisión es ilegal pues lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas¹³⁵.

La línea jurisprudencial descrita constituye un avance muy importante para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y para la implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile, ya que se reconoce la obligatoriedad de la consulta y la importancia que tiene esta para las posibilidades de las comunidades indígenas de influir en las decisiones administrativas que puedan alterar su entorno y condiciones de vida. El reconocimiento de la identidad cultural y la importancia de ésta para el diseño de proyectos y políticas públicas va en la línea que se ha destacado por la jurisprudencia interamericana para la efectiva protección y goce de los derechos cuando los titulares son pueblos indígenas¹³⁶. En la jurisprudencia reseñada no existe solo una incorporación formal del Convenio, sino también sustantiva. Se valoran especialmente los fines de la consulta y se la reconoce como un instrumento para garantizar la igualdad.

A nivel normativo la especificidad de la consulta y sus diferencias con los procedimientos de participación ciudadana intentaron ser resueltos a través de la

¹³³ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011, considerando 9.

¹³⁴ Corte Suprema. Sentencia de 22 de marzo de 2012. Rol 10090-2011, considerando 8.

¹³⁵ *Ibidem*, considerando 9.

¹³⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op.cit.*, párr.159.



incorporación de la obligación de realizar la consulta previa en el nuevo reglamento del SEIA. En este sentido, se estimó que era necesario diferenciar los procedimientos de participación ciudadana que contempla la legislación ambiental, e incorporar las especificidades que supone la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta. Más allá de las críticas que se puedan esbozar a esta regulación, es destacable que -al igual como ha indicado la Corte Suprema- se reconociera que los instrumentos de participación de la legislación ambiental no eran suficientes para garantizar el deber de consulta y se incorporara esta obligación en carácter adicional. Así se manifiesta en un pronunciamiento de los tribunales nacionales, donde ante la omisión de haber realizado una consulta, la Corte de Apelaciones de Arica indica:

“[...] con la dictación de la Resolución N° 050, de 19 de Agosto de 2013 en las condiciones ya señaladas, una clara e indubitada vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la Ley contemplado en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que debiendo haberse practicado la consulta correspondiente, -además del Proceso de Participación Ciudadana para los casos generales en donde no aparezcan personas de alguna etnia protegida-, se les ha discriminado abiertamente, rompiendo la igualdad ante la ley de que son merecedores y que la Carta Fundamental los ampara, toda vez que al ser dictada dicha Resolución omitiendo el trámite de la referida consulta indígena contemplado en el artículo 6° del Convenio N°169 de la OIT, no permitió intervenir a la comunidad aymara dentro del Proceso de Estudio de Impacto Ambiental, ejerciendo su derecho especial contemplado en el ordenamiento jurídico nacional, para asegurar la igualdad de las comunidades indígenas ante la ley [...]”¹³⁷.

Hasta la fecha de conclusión de este estudio, la tendencia favorable de la Corte Suprema respecto a considerar las especificidades de la consulta contenida en el Convenio 169 de la OIT como parámetro de legalidad de las RCA ha sido variable. Un retroceso importante en este ámbito se manifestó en la sentencia rol 1514-2014¹³⁸, donde la Corte Suprema no solo no aplicó los estándares del Convenio 169, sino que dio preferencia normativa al D.S 124 de 2009. Llama la atención la utilización del D.S. 124 en este caso, considerando que hasta el momento la Corte Suprema había omitido su aplicación. Su utilización contraría directamente los

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Rol 182-2013.

¹³⁸ Corte Suprema. Sentencia de 22 de abril de 2014. Rol 1515-2014.



estándares fijados por el Convenio 169 de la OIT, ya que fija a la consulta como un procedimiento de entrega de información y recepción de observaciones por parte de las comunidades indígenas.

Por otra parte, con la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales¹³⁹, la Corte Suprema ha indicado que la competencia para conocer de las ilegalidades de las RCA estaría radicada en aquellos, sin perjuicio de que por la acción de protección se pueda conocer de situaciones que requieran una cautela inmediata¹⁴⁰. Esta aproximación debe ser analizada con cautela, ya que si bien es cierto que los Tribunales Ambientales han asumido la competencia para calificar la legalidad de las RCA, no debemos olvidar que la consulta es un derecho humano y, como tal, siempre debe tener la posibilidad de ser garantizado a través de una acción tutelar que sea efectiva.

El desafío que está instalado y cuyo monitoreo deberemos seguir de cerca será la implementación de la consulta en el marco del SEIA y que su desarrollo se ajuste a los estándares internacionales a que hemos hecho referencia. Los ejemplos exitosos a que hemos analizado son una manifestación de que a través de la incorporación sustantiva del Convenio 169 en el razonamiento judicial es posible realizar una interpretación de la normativa nacional que se ajuste a las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado y, por tanto, permitiría suplir los déficits de la normativa interna.

3.3.3 Aspectos generales: características y principios aplicables a la consulta previa en la jurisprudencia chilena

Junto con analizar el deber de realizar la consulta previa en el marco del SEIA, la jurisprudencia también ha desarrollado aspectos interesantes respecto al contenido y características del proceso de consulta, fijando estándares que son relevantes para la construcción de un entendimiento de común en torno a las obligaciones del Estado esta materia.

¹³⁹ Ley N°20.600 “Crea los Tribunales Ambientales” de 28 de junio de 2012.

¹⁴⁰ Corte Suprema. Sentencia de 22 de mayo de 2014. Rol 16817-2014. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 7 de octubre de 2014. Rol 11299-2014 (en esta última sentencia se acogió la acción por considerar que las ilegalidades alegadas requerían de tutela inmediata) y Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 28 de julio de 2014. Rol 290-2014 (en este caso la Corte de Apelaciones cuestionó la idoneidad de la sede de protección para reclamar la ilegalidad de la RCA).



i. Igualdad y no discriminación

En primer lugar, parece relevante destacar que gran parte de los fallos que desarrollan las obligaciones del Estado respecto al deber de realizar la consulta previa, sitúan la problemática desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación. Se ha indicado que la consulta previa es una forma de garantizar a los pueblos indígenas la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, con el objeto de lograr su mayor realización espiritual y material posible¹⁴¹. A este respecto, resulta iluminador el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Temuco en el caso *Palguín*:

“Que cavilado lo anterior efectivamente la resolución objeto de esta causa, detallada en el motivo primero es ilegal 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. Asimismo su actuación es arbitraria, pues no existe una razón suficiente para que haya dejado de aplicar la norma antes transcrita, lo que trasunta en un hacer carente de fundamento. Bajo estos razonamientos por cierto que la Garantía del 19N°2 de nuestra constitución se ve amenazada, puesto que de la igualdad legal o formal, debemos pasar a la material o de justicia y solidaridad. En este caso los actores, como comunidades indígenas 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, luego si su participación en materias de esta índole no es a través de la consulta se ve lesionada su igualdad ante la ley pues se le está tratando igual a la demás población y ellos deben ser tratados de forma diferente como lo señala el convenio citado [...]”¹⁴².

Pese a que con posterioridad la Corte Suprema revocó esta resolución, por estimar que la consulta a los pueblos indígenas estaba sujeta a las normas de participación

¹⁴¹ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011, considerando 5, Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012. Rol 1020-2012, considerando 7 y; Corte Suprema. Sentencia de 22 de marzo de 2012. Rol 10090-2011, considerando 5.

¹⁴² Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de enero de 2010. Rol 1705-2009, considerando 11.



ciudadana de la legislación ambiental¹⁴³, las consideraciones de la Corte de Apelaciones de Temuco en este caso, constituyen un razonamiento que ha ido incorporándose de manera permanente en el análisis de los casos indígenas en la jurisprudencia nacional¹⁴⁴. Así, por ejemplo, en los casos *Consejo de Pueblos Atacameños* y *Comunidad Indígena Antu Laftquen de Huentetique*, la Corte Suprema indicó que “tal carencia [omisión del consulta] torna ilegal la decisión, al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto la omisión implica no igualar para los efectos de resolver”¹⁴⁵.

Creemos que este enfoque es el correcto. En efecto, para garantizar en condiciones de igualdad el ejercicio y goce de los derechos de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas, se requiere tomar en consideración la situación especial de vulnerabilidad en que se encuentran y sus particularidades culturales, y la consulta es una manifestación de la necesidad de incorporar estas particularidades. Es necesario aclarar, sin embargo, que realizar una nueva lectura de los derechos humanos a partir de la situación especial de vulnerabilidad y el factor cultural preponderante en el caso de los pueblos indígenas, no implica una discriminación en detrimento de los demás titulares de derechos, por el contrario, aplicar en condiciones de igualdad, a partir de la realidad en la que se aplican las normas, trae como consecuencia una efectiva protección y un pleno goce de los derechos de los miembros de comunidades indígenas¹⁴⁶.

ii. Obstáculos para la realización de la consulta y obligaciones del Estado

¹⁴³ Corte Suprema. Sentencia de 17 de mayo de 2010. Rol 1525-2010.

¹⁴⁴ En cuanto a las consideraciones en torno a la igualdad, en el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012. Rol 1920-2012, considerando 10 y, Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 15 de noviembre de 2013. Rol 182-2013, considerando 34.

¹⁴⁵ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011, considerando 9 y Corte Suprema. Corte Suprema. de 22 de marzo de 2012. Rol 10090-2011, considerando 9.

¹⁴⁶ NASH, C. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. En: BAZÁN, V. y NASH, C. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Pluralismo Jurídico. Colombia, Universidad del Rosario, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p.65.



Sin duda, la consulta es un procedimiento complejo cuya implementación requiere de esfuerzos por parte de los Estados para que sea llevada a cabo de buena fe. En este sentido, pese a las dificultades prácticas que pueda significar su implementación, el Estado no puede excusarse de cumplir sus obligaciones internacionales. Estas afirmaciones se acogieron por parte de la Corte de Apelaciones de Concepción en el caso *Cerro Colo Colo*¹⁴⁷. En este caso, la Municipalidad de Arauco, tras el terremoto que afectó a la zona el año 2010, comenzó a realizar trabajos de explotación forestal en el Cerro Colo Colo, sitio de gran significación cultural y religiosa para la Comunidad Indígena Chilcoco. Ante la objeción de que aquella medida no había sido consultada con la comunidad, la Municipalidad se excusó en que las circunstancias la obligaron a actuar con urgencia y en que era difícil reunirse con la totalidad de la comunidad, lo que impidió que se pudiera elaborar un proceso de consulta integrador. Frente a aquellas alegaciones, la Corte de Apelaciones de Concepción indicó:

“Que si bien es cierto que a raíz del reciente terremoto de febrero pasado fue menester adoptar diferentes medidas de emergencia, no lo es menos que en el particular caso en estudio el respectivo contrato de servicio por corte, extracción y transporte de árboles fue aprobado sólo el 15 de mayo de 2010 (documento de fojas 131), previa la realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados.

“Que no se discute la pertinencia de la intervención del cerro, sino la falta de consulta a los pueblos indígenas, no obstante la certeza de la importancia que el lugar representa para su cultura y que amerita el máximo respeto a sus tradiciones y sentir propio de las mismas. No es excusa al respecto, lo manifestado por la recurrida en cuanto a que las comunidades a que había que consultar eran numerosas (diez), ni la idea preconcebida de la dificultad de contar con su consenso. Se trataba, en la especie, de desarrollar las actividades emprendidas buscando compatibilizar el debido respeto a los símbolos indígenas y la seguridad de los habitantes de la comuna”¹⁴⁸.

De esta manera, la Corte concluyó que el proceder de la Municipalidad había sido arbitrario, por cuanto no es razón para omitir el trámite de consulta, estimar que su

¹⁴⁷ Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 10 de agosto de 2010. Rol 289-2010.

¹⁴⁸ *Ibidem*, considerandos 9 y 10.



realización es dificultosa. En efecto, en cumplimiento de su obligación de garantía el Estado debe organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁴⁹. Para ello, se deben remover tanto los obstáculos *de jure* como *de facto* que impidan el pleno goce y ejercicio de los derechos. En este caso, implica crear las condiciones necesarias para la realización de la consulta previa, buscando soluciones que permitan sortear las dificultades de su implementación.

iii. Características de la consulta: buena fe

El Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional indican que la consulta debe ser a) previa; b) libre e informada; c) realizada de buena fe; d) con el propósito de arribar a acuerdos y; e) a través de instituciones representativas. Estos elementos de la consulta no han sido profundizados en la jurisprudencia nacional, pero hay pronunciamientos que nos dan algunos lineamientos que dotan de contenido a estas características. La Corte de Apelaciones de Santiago, analizando si respecto de las comunidades indígenas de Lo Prado se había respetado el proceso de consulta, indicó:

“Que del mismo análisis de los antecedentes del recurso, aparece en forma clara que el Estado en el Proceso de Consulta Indígena en cuestión dio íntegro cumplimiento a los estándares exigidos en el artículo 6 de la Resolución 169 de la OIT, como son, que haya sido **previo**, a la adopción de la medida administrativa que constituye RCA (Resolución de Calificación Ambiental); **Libre e informado**, de manera que las asociaciones consultadas pudieran sin impedimento alguno participar del proceso que fuera un diálogo con la autoridad y también al interior de sus propias organizaciones; de **buena fe**, porque aparece que la autoridad brindó espacios efectivos y razonables para que dichas organizaciones indígenas -que en su oportunidad fueron convocadas- pudieran libremente decidir si ejercían o no su derecho a ser consultadas de acuerdo al Convenio de la OIT, tantas veces referido; también, aparece cumplido el estándar de que las comunidades consultadas actuaran a través de **instituciones representativas** de ellas, radicando dicha

¹⁴⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr.166.



representatividad en forma libre en la organización que denominaron ‘Comunidades Mapuches de Lo Prado’, cuya vocera fue doña Rosa Cayún, una de las recurrentes de autos; y por último, en dicha Consulta, se observa que se utilizaron los **procedimientos adecuados** a la misma, procedimientos que no aparecen que hayan sido impuestos desde el Estado”¹⁵⁰.

En este caso, en virtud de estas consideraciones la Corte de Apelaciones desechó la acción de protección interpuesta, pues estimó que se había cumplido cabalmente con la consulta, ya que habían sido las comunidades indígenas las que decidieron marginarse del proceso. Sobre este punto cabe precisar que una consulta de buena fe no solo tiene que ver con otorgar espacios de deliberación a las comunidades para que decidan si participar o no de la consulta, como sugiere la sentencia, sino que implica para los Estados la necesidad de desplegar esfuerzos para la instauración de un clima de confianza en relación con los pueblos indígenas¹⁵¹, "por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún"¹⁵². En esta situación las comunidades precisamente lo que indicaban era la inexistencia de buena fe por parte del Estado para llevar a cabo la consulta, en atención a la falta de trabajo en conjunto para la elaboración de las bases metodológicas de la consulta.

La existencia o no de buena fe por parte del Estado se manifiesta en acciones positivas que den cuenta de una real voluntad de llegar a consensos, lo que implica no solo poner a disposición de las comunidades los elementos físicos y técnicos para llevar a cabo la consulta, sino también tener una verdadera disposición al diálogo que incorpore de manera efectiva las deliberaciones de las comunidades, no solo en el resultado final de la consulta, sino también en las etapas previas a su elaboración (diseño metodológico).

iv. Concepto de afectación directa y medida administrativa

¹⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 20 de octubre de 2014. Rol 19839-2014, considerando 8. El destacado es nuestro.

¹⁵¹ *Supra* nota 36, párr. 65.

¹⁵² *Supra* nota 43, párr. 50.



Otro de los aspectos que ha desarrollado la jurisprudencia en materia de consulta, son los conceptos de “afectación directa” y “medida administrativa”, con el objeto de determinar cuándo es procedente realizar la consulta.

En un primer acercamiento, en el *caso Central Hidroeléctrica Cayupil*, la jurisprudencia indicó que la definición de los conceptos afectación directa y medida administrativa, excedía largamente la finalidad del procedimiento que supone la acción de protección (que tiene carácter cautelar), ya que no se contemplaba un sistema probatorio, ni era posible -que en el contexto de una acción de protección- que los tribunales definieran el sentido y alcance de dichos preceptos¹⁵³. Sin embargo, la Corte Suprema en este mismo caso, pronunciándose acerca de la apelación deducida en contra de la resolución que rechazó el recurso, se refirió de manera indirecta al concepto de afectación, señalando que no basta con la mera enunciación de los factores que inciden en la afectación para tenerla por acreditada:

“Que además, del mérito de los antecedentes acompañados, no se constata que se hubiere denunciado y afectado, en forma directa con el proyecto señalado, a las comunidades indígenas que se mencionan en el recurso, toda vez que no basta para ello las solas expresiones genéricas relativas a la protección de la biodiversidad y la integración e innovación del conocimiento del pueblo mapuche”¹⁵⁴.

En el mismo sentido, en relación con los estándares de la prueba de la afectación, la Corte Suprema en el *caso Comunidad Indígena Manuel Marillanca* estableció un criterio probatorio preocupante. Los recurrentes impugnaban la RCA de un proyecto de mejoramiento de ruta, puesto que contemplaba medidas que los afectaban directamente y no se había realizado un proceso de consulta. Indicaban que el proyecto les afectaba debido a que su implementación implicaría cortar araucarias, árboles con los que mantienen una estrecha relación, pues han sido utilizadas ancestralmente como fuente de sustento alimenticio a través de la recolección del piñón. Sin embargo, la Corte Suprema indica que no se ha acreditado ningún impacto significativo por la ejecución del proyecto:

“Que en virtud de lo establecido, no hay antecedentes suficientes que logren

¹⁵³ Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 1 de diciembre de 2010. Rol 401-2010, considerando 10.

¹⁵⁴ Corte Suprema. Sentencia de 11 de abril de 2011. Rol 9889-2010, considerando 6.



convencer de que el corte de ocho araucarias en el sector específicamente señalado pueda provocar una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres del grupo reclamante, puesto que no afecta viviendas, servicios, accesos o sitios de significación cultural, teniendo en consideración básicamente el número de árboles que serán cortados y su emplazamiento preciso dentro del área de influencia del proyecto, de modo que es dable presumir que tal circunstancia no producirá un cambio relevante en la situación actual concerniente a la actividad de recolección de piñones. En otras palabras, no se ha probado en dicho contexto fáctico ningún impacto concreto a la comunidad aledaña que pueda generar el proyecto”¹⁵⁵.

Por su parte, en el caso *Línea de Transmisión Melipeuco-Freire*, la Corte Suprema relaciona el concepto de afectación directa con el de propiedad indígena para determinar que, en consideración a que el área de influencia del proyecto no se encontraba en tierras de propiedad indígena (utilizando un concepto asociado a la existencia de títulos de propiedad), los recurrentes no habían “explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto”¹⁵⁶, y que la mera proximidad del trazado no es una pauta suficiente, pues la línea eléctrica que se buscaba instalar, se encontraría fuera de los bienes, servicios, equipamientos y sitios de significación cultural y espiritual de las comunidades indígenas¹⁵⁷. Sin embargo, los recurrentes sostenían que el proyecto se emplazaría en un espacio que afectaría a lo menos a siete sitios de significación religiosa¹⁵⁸.

Como vemos, uno de los problemas que han tenido los pueblos indígenas para que los tribunales de justicia hagan procedente la consulta, ha sido acreditar la afectación que supone la implementación de la medida que se impugna. En este escenario, hay que considerar que cuando los tribunales analizan si existe o no la susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la consulta, es relevante que tomen en cuenta el contexto en que viven los pueblos indígenas, particularmente su situación de vulnerabilidad y el factor cultural. Asimismo, se debe considerar que por una interpretación amplia del término territorio (en concordancia con el artículo 13 N° 2 del Convenio 169), el Relator de Naciones Unidas, James

¹⁵⁵ Corte Suprema. Sentencia de 16 de enero de 2014. Rol 12457-2013, considerando 5.

¹⁵⁶ Corte Suprema. Sentencia de 8 de junio de 2012. Rol 1602-2012, considerandos 4 y 8.

¹⁵⁷ *Ibidem*, considerando 9.

¹⁵⁸ En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 28 de julio de 2014. Rol 290-2014. En este caso, el tribunal desestimó la procedencia de la consulta por no encontrarse acreditada la afectación que produciría un proyecto de una compañía minera, en razón de la distancia geográfica entre el proyecto y la comunidad.



Anaya, ha señalado que el deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas se plantea siempre que estén en juego sus intereses, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales¹⁵⁹. En este sentido, para la determinación de lo que constituye la susceptibilidad de la afectación directa deberá tomarse en consideración los referentes cognitivos del pueblo involucrado, lo que se puede lograr a través de la utilización de peritajes antropológicos¹⁶⁰.

Por ejemplo, en el caso *Comunidad Indígena Manuel Marillanca*, la Corte estimó que no se había acreditado la afectación, pero no se hizo un análisis razonado respecto de la relación espiritual ni productiva del pueblo mapuche respecto de las araucarias y en el caso *Línea de Transmisión Melipeuco-Freire*, no se consideró que pese a que el proyecto no se desarrollaba en tierra indígena reconocida formalmente, en el lugar existían sitios de significación religiosa.

Pese a estos ejemplos desalentadores respecto al concepto de afectación directa, existen casos en que ha existido un acercamiento al concepto que se condice con la aproximación que ha adoptado la jurisprudencia internacional. La Corte de Apelaciones de Temuco en el caso *Palguín*, referido a la instalación de una planta de piscicultura en las cercanías de la residencia de una comunidad indígena, resaltó el hecho de que no se requiere que la afectación sea inmediata para que sea procedente la consulta, sino que basta con que la medida sea susceptible de afectar a la comunidad:

“[...] el Convenio 169 señala que se debe consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas administrativas **susceptibles de afectarles directamente**. Como se aprecia no se trata de un verbo que señale que para que la consulta proceda deben verse afectados inmediatamente por la medida sino que **sean susceptibles** de afectarles directamente. Ahora bien, en este caso y de acuerdo a la sana crítica y según documentación acompañada obviamente que existe un fundamento plausible que producto de la instalación de la piscicultura sus derechos constitucionales se vean amenazados y su costumbre y su vida diaria son susceptibles de ser afectados directamente; ya que viven en el sector donde se pretende realizar el proyecto [...] Teniendo entonces esa calidad,

¹⁵⁹ Véase *supra* nota 43, párr.44.

¹⁶⁰ LÓPEZ, R. y MOHR, T. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de normas previstas y su trato en la jurisprudencia. ¿una cuestión de derecho? Revista de Derecho de Valdivia, 27 (1): 105-126.



obviamente que los actores vislumbran plausiblemente que sus derechos y sus vidas puedan verse amenazados”¹⁶¹.

Similares consideraciones se realizaron en el caso *Pepiukelen*, donde la Corte de Apelaciones de Temuco estimó que pese a que las actividades que se solicitaban ser consultadas no se realizaban directamente en tierra indígena, los pueblos indígenas eran vecinos de las tierras donde se realizarían las obras de drenaje y contención de aguas y, por ende se afectarían sus actividades de etnoturismo y fiestas costumbristas; sobre la base de considerar que el concepto de tierra indígena comprende el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera¹⁶². En este sentido, se utiliza un concepto de afectación - que hace procedente la consulta- similar al de la Corte IDH, que ha señalado que la consulta debe realizarse respecto de asuntos “que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social”¹⁶³. Por otra parte, la jurisprudencia también ha abordado el concepto de “medida administrativa”. Recordemos que el Convenio 169 de la OIT señala que se debe consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco en el caso *Palguín* estableció un estándar interpretativo relevante para determinar cuándo nos encontramos ante una medida administrativa:

“Que en esta línea y tomando en consideración lo antes dicho la ley 19.253 en el Título que nos incumbe que es el Título V artículos 34 a 37 no aparece norma alguna que señale qué debe entenderse como medida administrativa; lo mismo puede decirse del Convenio 169 que en los artículos citados y de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente. Luego si estamos razonando jurídicamente sobre conceptos de derecho para lograr un resultado convincente y aceptable debo ceñirme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, por tratarse de un Convenio sobre derechos humanos. En este sentido si hubiera una ambigüedad en el concepto de medida administrativa en una interpretación constitucional lo primero a considerar es la dignidad del hombre, el respeto, aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales. Así dicho lo anterior el **concepto de medidas administrativa debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas** (medida administrativa que en sentido natural y entendible para todos

¹⁶¹ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de enero de 2010. Rol 1705-2009, considerando 9.

¹⁶² Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Rol 36-2010.

¹⁶³ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit, párr. 126.



es la que proviene de la administración del Gobierno). Lo que le agrega el Convenio citado, es que pueda ser susceptible de afectarle directamente. En este caso obviamente los recurrentes como comunidades indígenas tienen interés en participar en las decisiones (medidas) de la autoridad que puedan afectarles ya que son ellos en definitiva quienes nacen, se desarrollan, viven, se alimentan, sueñan y entierran a sus deudos, en las tierras aludidas en el recurso¹⁶⁴”.

De esta forma, la Corte de Apelaciones de Temuco utiliza el criterio interpretativo pro persona, que caracteriza la interpretación en materia de derechos humanos. En efecto, la esencia y base sobre la cual se construye el DIDH, es justamente la efectividad en la protección de los derechos humanos, de modo que si se utilizan las herramientas que nos entrega el derecho internacional, en especial, el criterio que nos dice que se debe interpretar la norma internacional en consideración del objeto y fin del tratado, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo titular de derechos. Este principio se encuentra consagrado en las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos y que consagran la interpretación acorde a los objetivos y fines de los tratados (artículo 5.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁵ y artículo 29 CADH¹⁶⁶).

En este sentido, creemos que esta debe ser la aproximación que debe guiar la interpretación del concepto de medida administrativa, con el objeto de buscar una aproximación al conflicto que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, no volviendo ilusorio el derecho a consulta.

¹⁶⁴ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de enero de 2010. Rol 1705-2009, considerando. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012. Rol 1920-2012, considerando 7.

¹⁶⁵ Artículo 5.2 PIDCP: “2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”

¹⁶⁶ Artículo 29 CADH. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.



v. Incorporación de estándares internacionales para interpretar las obligaciones que establece el Convenio 169

Otro aspecto relevante de la jurisprudencia estudiada, es que se aprecia de manera paulatina que los tribunales de justicia comienzan a incorporar los estándares internacionales (jurisprudencia de la Corte IDH y recomendaciones de organismos internacionales), para interpretar las obligaciones que establece el Convenio 169. Por ejemplo, en el *caso Comunidad Huallenmapu*, la Corte de Apelaciones de Temuco para interpretar los artículos 6 y 7 del Convenio, tomó en consideración los estándares sobre principios internacionales aplicables a la consulta elaborados por el relator James Anaya:

“Que sobre esta materia se debe tener presente el informe Principios Internacionales aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, el 24 de abril de 2009 por James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. El que establece que la consulta debe tener los siguientes criterios mínimos y requisitos esenciales de una consulta válida a los pueblos indígenas, que son: 1) La consulta debe realizarse con carácter previo. Esto es, el Estado y sus órganos transversalmente deben tener establecidos los protocolos y las formas en que en sus actos se va a realizar la consulta cuando proceda, es decir, no debe haber sorpresas ni vacíos al momento de proceder a realizar la consulta. 2) La consulta no se agota con la mera información. En este caso la jurisprudencia y doctrina internacional ha dicho que las audiencias, reuniones de información no constituyen consulta, porque debe haber un diálogo sistemático y permanente en el tiempo para que las comunidades puedan, con independencia y tranquilidad, plantear sus aportes, dudas y dificultades, a fin de llegar a un acuerdo o consentimiento acerca de las medidas propuestas. 3) La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes. Es decir, no se debe imponer algo a la otra parte o a la comunidad, ni menos terminada una reunión, hacerlos firmar un acta. Ello está lejos del trámite de una consulta, la que requiere siempre un tiempo continuo de conversación, de debate y de muchos y variados encuentros, para que pueda florecer lo mejor de ambas partes a fin de llegar a un acuerdo sobre las medidas propuestas. 4) La consulta



debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas. En este caso creándose con anterioridad los protocolos y formalidades respectivas. Debiendo considerarse las costumbres y rituales indígenas y el lugar donde debe desarrollarse la consulta. 5) La consulta debe ser sistemática y transparente. Esto es esencial, puesto que no basta una audiencia o una reunión. El tema es que las medidas propuestas se deben analizar a fondo, siempre con las propuestas e ideas de la comunidad respectiva. 6) El alcance de la consulta. Esto es, siempre tiene por objeto acercar a las partes, llegar a un acuerdo sólido, transparente, bien informado y de buena fe sobre las medidas que se van a adoptar”¹⁶⁷.

La aplicación de estos estándares en este caso concreto fue determinante, puesto que el recurrido sostenía que había cumplido con el trámite de consulta, ya que un representante de la comunidad indígena había participado en la apertura de la licitación de un proyecto, para lo que se acompañaron fotografías como prueba. Sin embargo, en consideración a estos principios, la Corte de Apelaciones de Temuco estimó que:

“Que aquilatado lo anterior [principios aplicables a la consulta] la publicación del llamado a licitación [...] es ilegal [...] 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 [...] dicho artículo es imperativo para la autoridad y autoejecutable. A mayor abundamiento, como consta a fojas 24 y 55 de autos, el que el representante de la comunidad sea observador en la apertura de sobre de licitación, no constituye un trámite de consulta. De la misma forma, el resultado de la consulta, a fojas 45, que no tiene fecha y las fotografías de fojas 47 y siguientes y el acta de reunión de fojas 49, tampoco constituyen trámite de consulta, puesto que, como se ha expresado anteriormente, una reunión o una audiencia no puede suplir la trascendencia y profundidad de una consulta tal como se ha explicado en los motivos precedentes [...]”¹⁶⁸.

Recordemos que tal como ha indicado la Corte IDH, si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, los jueces -como parte del aparato del Estado- también están sometidos a él, lo que les obliga a velar porque las disposiciones del tratado no se vean mermadas por la

¹⁶⁷ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012. Rol 1920-2012, considerando 10.

¹⁶⁸ Ídem.



aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin¹⁶⁹. Por ello, en el caso del Convenio 169 de la OIT, los defectos que pudiera presentar la normativa ambiental o de consulta, no pueden representar un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales. En este sentido, los jueces deben realizar -en palabras de la Corte IDH- un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican y el Convenio 169 de la OIT, y para ello deben tomar en consideración no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha realizado su intérprete. Es por ello, que para el análisis de casos de consulta resulta relevante que los tribunales nacionales incorporen los estándares desarrollados por la jurisprudencia internacional y las recomendaciones de los organismos internacionales, de manera de cumplir con sus obligaciones internacionales de buena fe, sobre todo considerando que hay muchos aspectos no contemplados por la normativa nacional, donde la jurisprudencia internacional puede ser orientadora respecto a cómo llevar a cabo un proceso de consulta.

4. Conclusiones al capítulo

Este capítulo tenía por objeto identificar de qué manera el Convenio 169 ha sido incorporado en el razonamiento judicial, con el objeto de resaltar sus potencialidades como herramienta de protección de los derechos de los pueblos indígenas en Chile.

Uno de los aspectos que destaca del análisis de la jurisprudencia nacional, es que la aplicación del Convenio trasciende a la consulta. En materia penal ha sido aplicado para justificar la aplicación de aminorantes o de acuerdos reparatorios. Un desafío pendiente en esta materia es la prueba de la costumbre indígena en juicio y avanzar hacia el reconocimiento de las formas propias de justicia de los pueblos indígenas. Por su parte, también ha significado un gran aporte para la protección del patrimonio cultural indígena y para la ampliación del concepto de tierras hacia el concepto de territorio. Asimismo, su inclusión como parámetro de legalidad para la actuación de la fuerza pública es un avance no solo para el amparo de la libertad y seguridad en casos concretos, sino también para fundar el diseño de protocolos y normativas que garanticen los derechos humanos de los pueblos indígenas en contextos de violencia.

¹⁶⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, op.cit, párr.124.



En materia de consulta, donde la aplicación del Convenio ha sido más extendida, su incorporación sustantiva marca definitivamente un cambio de paradigma respecto de la participación de los pueblos indígenas en Chile. La jurisprudencia, que un comienzo había entendido que la participación se veía satisfecha con la sola entrega de información, avanza, y por la incorporación del Convenio 169 en el razonamiento judicial, entiende que la consulta es un proceso donde se busca que las comunidades tengan posibilidades reales de influir en las decisiones que se adopten. En este sentido, la consideración del Convenio como norma *decisoria litis* marca una diferencia relevante entre la consideración de los pueblos indígenas como sujetos pasivos y receptores de información y su tratamiento como sujetos de derechos colectivos específicos que tienen una herramienta jurídica que les permite que sus particularidades culturales sean consideradas.

Con la introducción de los nuevos reglamentos de consulta, el Convenio puede ser utilizado para llenar los vacíos de la normativa o interpretarla conforme a las obligaciones internacionales. La jurisprudencia reseñada muestra que la aplicación de buena fe del Convenio en el razonamiento judicial permite este ejercicio. Las críticas que se realizan a la deficiente técnica normativa y de legitimidad de los nuevos reglamentos deben seguir instalándose en el debate con el objeto de llegar a un reconocimiento del derecho a la consulta conforme a los estándares internacionales, pero en la experiencia práctica el Convenio debe ser utilizado como una herramienta normativa que mejora y complementa los reglamentos.



Centro de Derechos Humanos

III. Criterios para la aplicación del Convenio 169 de la OIT



1. Introducción

Como se ha analizado en el capítulo I de este estudio, el Convenio 169 se ha transformado en una de las herramientas jurídicas más relevantes en la jurisprudencia internacional para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Como tratado internacional, ha sido utilizado por los pueblos indígenas para avanzar hacia un cambio de paradigma en las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado, sobre la base del respeto de las particularidades culturales y la idea de derechos colectivos. En Chile, su progresiva incorporación en el razonamiento judicial ha permitido interpretar a favor de las comunidades indígenas una legislación basada en derechos individuales y excluyente de las particularidades culturales.

Pese a estos avances, uno de los grandes desafíos que trae consigo la ratificación del Convenio en la región, es su implementación práctica. En materia de consulta, por ejemplo, la deficiente técnica legislativa o los cuestionamientos a la legitimidad de los reglamentos de consulta, hacen necesario seguir trabajando los principios que deben guiar su aplicación y cómo estos principios se pueden llevar a la práctica.

En este sentido, este capítulo tiene por objeto entregar criterios interpretativos y analíticos para la aplicación del Convenio, con el fin de que pueda ser utilizado para fortalecer la protección de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, tanto por la sociedad civil, como por los operadores de justicia. Estos criterios recogen el razonamiento seguido por la jurisprudencia internacional y nacional y buscan hacer una aplicación sustantiva de los estándares del Convenio desde una perspectiva de derechos humanos e intercultural.

A través de la aplicación de estos criterios en el razonamiento jurídico y su utilización por parte de la sociedad civil como herramientas argumentativas, se pretende que el Convenio colabore en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas en Chile y que el Estado de Chile cumpla sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, permitiendo el goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad.

2. Cambio de perspectiva: la interpretación culturalmente sensible en materia de derechos humanos



Veámos que el Convenio 169 de la OIT ha colaborado en el reconocimiento de un cambio de perspectiva en materia de derechos de los pueblos indígenas, desde la asimilación a la autonomía y la protección de la integridad cultural. Este cambio de perspectiva ha exigido una modificación de los criterios tradicionales de interpretación de los derechos humanos, para avanzar hacia una aplicación de la norma que considere las particularidades culturales del titular de la misma. En este sentido, para una adecuada aplicación del Convenio y para que su utilización implique una efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, resulta central identificar los fundamentos y en qué consiste lo que se denomina una “interpretación culturalmente sensible” en materia de derechos humanos¹⁷⁰.

Tradicionalmente, producto del paradigma de la codificación, la interpretación fue entendida como un proceso mecánico de aplicación de la norma al caso concreto. La orientación hermenéutica era del tipo voluntarista, basándose la actividad interpretativa del/la juez/a en la búsqueda de la voluntad del/la legislador/a. Bajo este paradigma, lo que el/la juez/a debe hacer es “descubrir” esta voluntad y aplicarla en cada caso.

Este modelo clásico tiene como supuesto la neutralidad de la norma -vista como expresión máxima del racionalismo- y por tanto, se excluyen de toda consideración hermenéutica el contexto del conflicto y los titulares del derecho disputado o debatido al momento de interpretar. La aplicación acrítica de este modelo ha traído como consecuencia práctica que la interpretación se ha hecho con un elemento cultural, cual es, el paradigma del titular de derechos con características muy particulares: hombre, propietario, blanco y adulto. Por tanto, este ejercicio hermenéutico resulta ser muy restrictivo y tiende a la exclusión de importantes grupos sociales al no considerarse sus particularidades en los conflictos jurídicos, lo que ha provocado situaciones de discriminación sistémica. Un ejemplo claro de esto lo constituye la situación del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas; pensemos, por ejemplo, en el derecho de propiedad y sus particularidades en la cosmovisión indígena, y la forma en que se ha entendido comúnmente el ejercicio de este derecho.

¹⁷⁰ El presente apartado, con modificaciones adaptadas al estudio, se basa en: NASH, C. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos, *supra* nota 146, pp. 61-71.



Para resolver el problema expuesto, debemos preguntarnos cómo debe ser la interpretación cuando nos encontramos frente a un caso que involucra los derechos fundamentales y pueblos indígenas.

Cuando hablamos de interpretación en materia de derechos fundamentales, hacemos referencia al ejercicio consistente en dotar de contenido y alcance a un derecho en un caso concreto, de forma tal de dar efectividad a los derechos y así cumplir con el mandato constitucional y con las obligaciones internacionales del Estado. En el DIDH, a partir del principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, se han desarrollado criterios particulares para realizar esta labor, atendiendo, principalmente, a la protección de la persona. En este sentido, la propia Corte IDH ha concretizado lo que hemos señalado, considerando -entre otros- la integralidad en la interpretación, el principio pro persona y la interpretación evolutiva en su jurisprudencia.

El criterio de la interpretación integral se basa en la interacción de las diversas fuentes del derecho internacional; por ello, no sería posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento, por ejemplo, de los principios generales del derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o complementa. De esta forma, la interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁷¹. El carácter dinámico o evolutivo de la interpretación se refiere a la obligación que tiene el intérprete, en cada caso, de buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre

¹⁷¹ Sobre este criterio de interpretación, véase: BURBORGUE-LARSEN, L. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionales*, 12 (1):61-71, 2014. La aplicación de este criterio en la jurisprudencia de la Corte IDH se puede ver, entre otros: Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257, párr. 191; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 43.



derechos humanos¹⁷²; y el principio pro persona es consecuencia directa de que los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo a su objeto y fin (artículo 31 Convención de Viena de Derecho de los Tratados), lo que implica que al ser la protección de los individuos, el objeto y fin de los tratados de derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe atender siempre a favor de las personas¹⁷³.

Ahora, tomando en consideración los elementos interpretativos reseñados, veremos cómo éstos influyen para el goce y ejercicio de los derechos respecto de los miembros de las comunidades indígenas. En efecto, estos criterios interpretativos nos indican que el rol del contexto y de los titulares de los derechos son importantes, es así, como por ejemplo la Corte IDH en el Caso Campo Algodonero vs. México señaló que cuando existían casos de discriminación estructural, las reparaciones por violaciones a los derechos humanos deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo¹⁷⁴.

Es clarificador también lo que ha señalado la Corte desde el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) en cuanto a que a objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, surgen para el Estado deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre¹⁷⁵.

En el caso indígena, el contexto estaría dado por una especial condición de vulnerabilidad y un factor cultural preponderante. Estos elementos obligan al intérprete a realizar una aplicación de la norma que tienda al ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad, lo que implica, necesariamente, revisar la manera tradicional en que se debieran ejercer y gozar estos derechos por sus titulares. La necesaria consideración de estos elementos para garantizar, en

¹⁷² Sobre este criterio de interpretación, véase el voto concurrente del juez A.A CANÇADO en: Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

¹⁷³ PINTO, M. El principio pro homine. Criterios de hermeneútica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, 1997.

¹⁷⁴ Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, op.cit., párr. 450.

¹⁷⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 154.



condiciones de igualdad, el pleno goce y ejercicio de los derechos ha sido recalcada, como vimos, por la Corte IDH en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2006):

“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”¹⁷⁶.

Es por esto, que para dar solución a la discriminación que genera la neutralidad en la interpretación, es precisamente considerar el rol del contexto y las particularidades de los titulares de los derechos a la hora de interpretar, bajo la perspectiva de que una de las bases que estructura el sistema de protección de derechos humanos es el goce y ejercicio de los derechos por todos los individuos de la especie humana (principio de universalidad) y que esto se haga en condiciones de igualdad y no discriminación. Esto necesariamente implica valorar y no sólo aceptar esas diferencias culturales.

Es necesario aclarar, sin embargo, que realizar una nueva lectura de los derechos humanos a partir de la situación especial de vulnerabilidad y el factor cultural preponderante en el caso de los pueblos indígenas, no implica una discriminación en detrimento de los demás titulares de derechos, por el contrario, aplicar en condiciones de igualdad, a partir de la realidad en la que se aplican las normas, trae como consecuencia una efectiva protección y un pleno goce de los derechos de los miembros de comunidades indígenas. Es decir, esto no debe ser confundido con la creación de espacios para situaciones de privilegio, sino que es la concreción del respeto del principio de igualdad de trato a aquellos que se encuentran en

¹⁷⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 51.



situaciones diferentes, en este caso una diferencia basada en la exclusión y marginación.

En síntesis, una interpretación culturalmente sensible supone relevar el contexto en el que viven las comunidades indígenas y las particularidades culturales de sus titulares a la hora de interpretar el contenido y alcance de cada derecho y las obligaciones generales del Estado. Solo un ejercicio hermenéutico que dé valor sustantivo y no sólo formal a la diferencia que supone un ejercicio de derechos culturalmente sensible o comprometido, permitirá que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación. Esta es la forma en que la Corte y la Comisión Interamericana están abordando el tema indígena y es perfectamente compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

En la jurisprudencia nacional también encontramos acercamiento hacia la consideración de una interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos y, en específico, de la incorporación de las particularidades culturales para la resolución de casos concretos. Como vimos en el capítulo II de este estudio, la Corte Suprema ha reconocido la necesidad de considerar estas características al momento de aplicar la normativa ambiental:

“Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, **supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella**. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”¹⁷⁷

La solución de la interpretación culturalmente sensible, no exime la posibilidad de conflictos entre derechos individuales y el interés de la comunidad. En efecto, es

¹⁷⁷ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011, considerando 5. El destacado es nuestro.



posible que el reconocimiento de ciertos usos y prácticas culturales de los miembros de pueblos indígenas genere situaciones que afecten los derechos humanos de quienes componen la comunidad indígena o de quienes se relacionan con ésta. Este es el problema central, ya que de no mediar la especial valoración de los usos y costumbres de las comunidades indígenas, este interés no podría imponerse respecto de los derechos humanos individualmente considerados. Se legitima el interés de la comunidad como un elemento a considerar en el juicio de ponderación, como consecuencia del reconocimiento del valor que tiene en una sociedad democrática la multiculturalidad y el pluralismo jurídico. Ejemplos de los conflictos jurídicos que se pueden generar mediando la interpretación culturalmente sensible son los casos de administración de justicia comunitaria, donde las sanciones pueden constituir atentados graves a la vida o integridad física; o bien, casos de conflicto entre el derecho de propiedad de comunidades indígenas y terceros poseedores de buena fe de los territorios reclamados por las comunidades.

Una versión extrema de la primacía de los usos y costumbres, parte de la base que siempre debe imponerse el interés de la comunidad en caso de conflictuar con los derechos de sus miembros e incluso con terceros ajenos a la comunidad; esta solución considera que el pacto que sustenta los derechos humanos como límite de la actividad del Estado no les sería oponible a las comunidades indígenas. Esta solución, se encuentra fuera de nuestro acuerdo básico que se sustenta en la existencia normativa de los derechos humanos.

Desde la perspectiva internacional, se ha pronunciado la Corte IDH en el caso *Yatama vs. Nicaragua* respecto de este límite en los siguientes términos:

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



costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención¹⁷⁸.

La salida que plantea la Corte es interesante ya que nos permite buscar una solución dentro de la teoría propia del sistema de derechos humanos.

Respecto de la relación de las comunidades indígenas con otros miembros de la sociedad, con los cuales puedan presentarse conflictos, es útil considerar la pauta que nos da el DIDH para determinar cuándo nos encontramos ante afectaciones o restricciones legítimas a los derechos individuales. Es decir, debemos preguntarnos respecto de la legalidad de la restricción, si esta tiene un objetivo legítimo en una sociedad multicultural y si la medida es necesaria en una sociedad democrática, lo que implica analizar la necesidad de la medida, si es adecuada para el fin que se busca y su proporcionalidad. Un ejemplo de este tipo de análisis lo encontramos en la sentencia de la Corte IDH en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, donde a propósito de una contienda territorial se aplicaron estos criterios de análisis:

“Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad¹⁷⁹.”

El hecho de que se consideren como un criterio de análisis en este ejercicio de ponderación, los valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario indígena, supone valorar a los pueblos indígenas y que su supervivencia sea un eje central al

¹⁷⁸ Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, op.cit., párr. 225.

¹⁷⁹ Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op.cit., párr. 217.



momento de tomar decisiones. Esta cuestión es relevante, ya que si no consideráramos valioso este elemento, no podría ponderarse en casos de conflictos con derechos humanos. Este criterio se legitima como parte del juicio de ponderación, porque se corresponde con la necesidad de la medida en una sociedad democrática, sociedad que debe reconocerse multicultural.

La interpretación culturalmente sensible propuesta debe ser la base sobre la cual se debe trabajar la aplicación del Convenio 169 de la OIT. La aplicación de su normativa, desconociendo el paradigma sobre el cual se construye, le resta eficacia a sus disposiciones y trae como consecuencia la desnaturalización de sus objetivos. A continuación veremos cómo incorporar esta perspectiva en la argumentación y en el razonamiento judicial.

3. Argumentación y razonamiento para la aplicación del Convenio 169

Para aplicar correctamente el Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de una interpretación culturalmente sensible, es fundamental la argumentación.

Frente a un sistema normativo como el nuestro que tiene una estructura compleja, conformado por normas de fuente nacional e internacional y principios, no es posible un proceso simplificado de subsunción como método argumentativo. Es necesario dotar de contenido a derechos que se expresan como principios y es necesario coordinar y dotar de un contenido preciso en el caso concreto. Ese es un ejercicio argumentativo en tanto dota de razones que permite otorgar fundamentos que buscan convencer acerca de la solución propuesta.

Debemos tener cuenta que en un sistema basado en principios (mandatos de optimización) que ha establecido ciertos mínimos normativos, el ejercicio de interpretación y argumentación es lo que nos permite aplicarlo a los casos concretos. Las normas de derechos humanos no son máximos, sino que con concreciones mínimas a partir de las cuales el Estado construye la legitimidad del uso del sistema. Por ello, la argumentación es un ejercicio para proyectar esos mínimos al caso concreto y en algunos casos poder ampliarlos a situaciones no previstas.

Es en este proceso de concreción, donde una mirada integrada del derecho de origen nacional y el internacional nos permite encontrar las mejores soluciones para cada caso concreto. En esta lógica el sistema internacional no es una traba (que



invita a ignorar esta norma) ni una mera anécdota (irrelevante argumento de “a mayor abundamiento”), sino que parte del sistema aplicable que tiene usos y objetivos concretos y relevantes jurídicamente.

El objetivo que se busca con el razonamiento basado en derechos es encontrar una solución al caso concreto que le dé efectividad a los derechos de la persona que enfrenta un conflicto y que dicha solución le permita al Estado cumplir con sus obligaciones constitucionales, internacionales y legales.

La efectividad es una cuestión práctica que se resuelve en cada caso, al sustentar aquella interpretación que le permita a la persona un mejor goce y ejercicio de los derechos a la luz del contenido y alcance del derecho que integra los elementos de origen nacional e internacional.

Al contrastar el contenido y alcance del derecho con el caso concreto, es posible llegar a una conclusión de la forma en que debe ser resuelto cada caso.

Lo que aportaremos a continuación son argumentos que permitan que la decisión judicial o administrativa que afecte derechos de los pueblos indígenas considere la base normativa nacional ampliada al DIDH, particularmente al Convenio 169 y se haga bajo una perspectiva culturalmente sensible.

3.1 El DIDH como herramienta para mejorar y ampliar la protección nacional

Como hemos visto en el análisis de casos del capítulo II, el DIDH y particularmente el Convenio 169 de la OIT es un cuerpo normativo que es recepcionado en el ámbito interno e impacta en la base normativa e interpretativa de nuestro ordenamiento jurídico. No basta con que el sistema normativo exista y sea obligatorio, sino que también se hace necesario que se presente ante los órganos administrativos y judiciales con capacidad resolutoria de una forma que se haga difícil ignorarlo.

El razonamiento que utilizan preferentemente nuestros tribunales superiores es el del reenvío, esto es, a partir de la norma constitucional del artículo 5.2 se amplía el sistema normativo hacia aquel de origen internacional. Esto le permite a nuestros tribunales a) suplir lagunas, b) darle concreción a ciertos derechos que se encuentran expresados como principios que es necesario dotar de cierto contenido y alcance ciertos para resolver los casos que llegan a nuestros tribunales; y, c) interpretar la normativa nacional en conformidad a las obligaciones internacionales.



Como analizamos en el capítulo II de este estudio, el Convenio 169 ha servido fundamentalmente para interpretar la normativa nacional y darle un sentido que garantice los derechos de los pueblos indígenas.

i. Obligaciones del Estado y base normativa ampliada

Un esquema argumentativo que refleja los pasos que se deben seguir en la aplicación de estándares internacionales y, en particular, del Convenio 169 de la OIT para que cumpla con alguna de las tres funciones que hemos descrito, es el siguiente de la Corte de Apelaciones de Temuco¹⁸⁰:

[...] el artículo 5 inciso segundo del Código Político señala que el ejercicio de la soberanía tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y agrega que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [...] La palabra Promover, ha encontrado su sonido y significado en la Carta Fundamental. Palabra indicada que ha pasado inadvertida por los operadores del derecho en su real dimensión. La Palabra Promover que es siempre -sin descanso- una actitud positiva (nunca omisiva, negativa, ni desidiosa), es de fomento, de impulso, de creación, de defensa inmediata, de florecimiento, que los intérpretes y juristas deben en primera línea considerar al momento de pensar y aplicar los temas y normas sobre derechos humanos. Esto significa un nuevo límite para el Estado y la sociedad civil de respeto y resguardo de los derechos humanos. Luego, frente a una colisión de normas, principios o valores o frente a un conflicto jurídico, la autoridad, el particular, el Estado, debe -imperativo- promover y no limitar -siempre-, con sus actuaciones un camino que no afecte la dignidad ni los derechos fundamentales).

“Que también se hace necesario indicar que los Estados tienen las obligaciones de respetar los derechos y Garantizarlos. En ese sentido respetar los derechos implica que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se

¹⁸⁰ Esta resolución se dicta con ocasión de una acción de protección que buscaba impugnar una licitación para la construcción de abasto y de agua potable para una comunidad indígena en Lonquimay, sin haberse consultado previamente.



encuentre(Corte I.D.H. Caso Ximenes Lopes, 4 /7/2006.Digesto de Jurisprudencia, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Enero de 1984- febrero de 2012, Nicolás Espejo Yaksic- Carla Leiva García, Abeledo Perrot, Thomson Reuters,Santiago 2012, pág.17) [...]”¹⁸¹.

Como primera aproximación, la Corte de Apelaciones se refiere a las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos humanos que emanan de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Estas obligaciones son las de respetar y garantizar los derechos humanos. Pero además identifica que cuando nos encontramos ante un grupo particular, como son los pueblos indígenas, de estas obligaciones generales se derivan deberes especiales, que tienen que ver con la necesidad de realizar una interpretación culturalmente sensible. En este sentido, un primer paso argumentativo es identificar las **obligaciones del Estado** en materia de derechos humanos respecto de los pueblos involucrados.

Al momento de determinar el contenido y alcance tanto de los derechos consagrados, como de los compromisos internacionales del Estado, debemos prestar atención a los parámetros o estándares que entregan los órganos de protección de derechos humanos que los propios Estados han creado con ese fin y que integran el sistema internacional de protección para garantizar los derechos. Este sistema no sólo busca garantizar el goce de aquellos cuando el Estado falla internamente en dicha labor, sino que también se ha establecido para proporcionarle al Estado una guía de lectura e interpretación de estos derechos, para efectos de su aplicación en el ámbito interno.

En este sentido, el alcance de los derechos protegidos y las obligaciones estatales deben enriquecerse con aportes tanto del ámbito internacional como del ámbito interno. Ambos sistemas han de ser vistos como un cuerpo de garantías de derechos y no como dos entes absolutamente separados. El DIDH es parte de un cuerpo de garantías de derechos fundamentales que viene a complementar lo que se hace en el ámbito interno: aporta criterios de interpretación y también establece mecanismos de garantía de los derechos.

¹⁸¹ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de julio de 2012. Rol 454-2012, considerandos 3 y 4. En un sentido similar, véase: Corte Suprema. Sentencia de 26 de septiembre de 2013. Rol 3010-2013 (en el sentido de incorporar al Convenio 169 como parámetro de legalidad a efectos de la acción de protección, considerando las obligaciones específicas que contempla).



En el mismo fallo precitado, para definir el contenido de las obligaciones del Estado en la materia, se recurrió al Convenio 169 de la OIT:

“Que yendo más al fondo, jurídicamente corresponde analizar, es si hubo por parte de la autoridad ilegalidad o arbitrariedad al efectuar la publicación del llamado a licitación antes aludidas. En cuanto debió o no considerar el trámite de la Consulta al tenor de lo dispuesto en el **artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y artículo 7 N°1 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, que entró en vigencia en nuestro país el 15 de septiembre de 2009**, en relación artículo 34 de la Ley 19.253. Sobre esta materia esta Corte ya el 16 de septiembre de 2009, en causa citada rol 1773-2008 (motivo 10°) antes de la entrada en vigencia de la Convenio referido expresó, que el derecho como se desprende con claridad del artículo 1° y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión. Es decir ya consideraba al Convenio 169 citado, como elemento ilustrador para resolver la materia en discusión. Luego 21 de enero de 2010 en causa rol 1705-2009, manifestó que el Convenio 169 en su artículo 6 N° 1 letra a) indica lo siguiente: Al aplicar las disposiciones del presente convenio los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. El numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. El artículo 7° numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. En la oración segunda precisa que además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Es decir existe un imperativo para los Gobiernos de consultar a los interesados mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean -en este caso- medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente. Luego el Convenio citado establece -esto es esencial- que además dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional



y regional susceptibles de afectarle directamente. Es decir siempre en primer lugar se les debe consultar por aquellas medidas administrativas que puedan afectarles directamente. Lo diferente es que además deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente. Son aspectos distintos que engloban y enriquecen la participación de los pueblos indígenas en la comunidad nacional y en su propio desarrollo. En consecuencia al ser normas autoejecutables las del citado convenio y **siendo derecho interno vigente deben ser aplicadas por la autoridad atendido el principio de juridicidad y en un sentido más amplio tributario del concepto de Estado de Derecho**, en cuanto gobernantes y gobernados se someten a un orden jurídico objetivo e imparcial, igual para todos y que apunta ser correcto y justo”¹⁸².

Como vemos, el contenido de las obligaciones del Estado en materia de derechos de los pueblos indígenas se determina a partir de lo establecido en el Convenio 169. La Corte realiza una afirmación relevante y es que se considera al Convenio como “derecho vigente”. Queremos insistir en este punto y reiterar que las normas del DIDH forman parte del ordenamiento jurídico nacional. Es decir, son normas vigentes y obligatorias al igual que las normas de origen nacional (Constitución, leyes y reglamentos), lo único que las diferencia es su origen: internacional. En este sentido, argumentaciones que apuntan a que no es necesaria su aplicación en un caso concreto, u otorgarles un alcance más restrictivo, suponen desconocer un cuerpo normativo de obligatoria aplicación e implica afirmar que el sistema internacional pasa a ser un sistema normativo alternativo o subsidiario, al cual no es necesario recurrir para resolver conflictos de derechos fundamentales.

ii. Interpretación

Un aspecto complejo de la aplicación de estándares internacionales, es determinar su contenido específico para un caso concreto. Para lograr esta tarea, debemos acudir a la jurisprudencia internacional que ha definido este contenido, y a las **herramientas de interpretación** que nos otorga el DIDH. En este caso, esto fue lo que hizo la Corte de Apelaciones con el concepto de “medida administrativa” y de “afectación directa”:

“De la misma forma en dicho fallo citado se indica que la ley 19.253 en el Título que nos incumbe que es el Título V artículos 34 a 37 no aparece norma alguna que

¹⁸² Ibídem, considerando 6. El destacado es nuestro.



señale qué debe entenderse como medida administrativa; lo mismo puede decirse del Convenio 169 que en los artículos citados y de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente. Luego si estamos razonando jurídicamente sobre conceptos de derecho para lograr un resultado convincente y aceptable **debo ceñirme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, por tratarse de un Convenio sobre derechos humanos**. En este sentido si hubiera una ambigüedad en el concepto de medida administrativa en una interpretación constitucional lo primero a considerar es la dignidad del hombre, el respeto, aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales. Así dicho lo anterior **el concepto de medidas administrativa debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas** (medida administrativa que en sentido natural y entendible para todos, es la que proviene de la administración del Gobierno). Lo que le agrega el Convenio citado, es que pueda ser susceptible de afectarle directamente. En este caso obviamente los recurrentes como comunidades indígenas tienen interés en participar en las decisiones (medidas) de la autoridad que puedan afectarles ya que son ellos en definitiva quienes nacen, se desarrollan, viven, se alimentan, sueñan y entierran a sus deudos, en las tierras aludidas en el recurso. Por ello es claro que en convicción de esta Corte la publicación de llamado a licitación- objeto del recurso- es en toda su magnitud una medida administrativa, como lo señala el Convenio 169 puesto que emana de un órgano de la Administración del Estado que sin duda puede afectar directamente a los actores; debido a que el Convenio 169 señala que se debe consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente. Como se aprecia no se trata de un verbo que señale que para que la consulta proceda deben verse afectados inmediatamente por la medida sino que sean susceptibles de afectarles directamente.

“Que resumiendo entonces, podemos decir tratándose de etnias como las recurrentes, frente a medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, según el desarrollo actual de la conciencia de Derecho y la Jurisprudencia al respecto, debe siempre realizarse según el Convenio 169 citado el trámite de la Consulta. No es trámite de consulta lo que señala el recurrido a fs. 40, 80 y 86 de autos, en cuanto los representantes de las comunidades mapuches beneficiadas podrán participar en calidad de observadores del proceso en la apertura de sobres de la licitación, para asegurar la transparencia del Proceso”¹⁸³.

Como vimos en el capítulo II de este estudio, lo que hace en este caso la Corte de Apelaciones es dar aplicación al **principio pro persona**, por tratarse de un asunto

¹⁸³ Ídem.



de derechos humanos. Este principio interpretativo cumple diversas funciones como: a) Preferencia interpretativa, y b) Preferencia normativa; pero, además tiene un límite, pues no puede ser interpretado de tal forma que afecte el equilibrio del sistema. Si bien el objetivo es llegar a una interpretación integral, que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos para casos difíciles, donde los titulares presentan características particulares, o el contexto es determinante, esta interpretación no puede afectar la coherencia del sistema.

Esta **preferencia interpretativa** tiene dos manifestaciones: a) La interpretativa extensiva de los derechos, y b) La interpretativa restringida de los límites. La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones. En primer lugar, que el principio pro persona debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. La segunda manifestación de esta interpretación extensiva son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto. En este caso, debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Una tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a la CADH y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos de acuerdo con el principio pro persona la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

En cuanto a la interpretativa restringida de los límites, es posible señalar que la Convención de Viena (1969) dispone que uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto, (que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos), como consecuencia la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así, los límites legítimos de las obligaciones del Estado (básicamente suspensiones y restricciones de derechos) siempre deben de interpretarse de manera taxativa. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos.

El segundo uso que tiene este principio, se refiere a la **preferencia de normas**, que a su vez tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora, b) la conservación de la norma más favorable.



La preferencia normativa, aporta una solución práctica de gran importancia respeto al supuesto de colisión de normas. Esta interpretación desplaza la tradicional discusión sobre la jerarquía de la normas; ya que teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico. Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la aplicación de la norma más protectora, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos. Y cuando el principio se manifiesta mediante la conservación de la norma más favorable, se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.

En el la sentencia analizada lo que se aplicó fue una interpretación pro persona respecto del concepto de medida administrativa, prefiriendo aquella interpretación que buscaba dar efectividad al derecho de consulta. Este principio interpretativo puede ser aplicado a todas aquellas situaciones en que existan conflictos interpretativos o de normas.

En conclusión, en los casos que nos preocupan, debemos preferir aquellas interpretaciones que restrinjan de menor manera los derechos y deberán concurrir argumentos fuertes para aceptar dichas restricciones, particularmente si afectan elementos que desde la identidad cultural de cada comunidad indígena sea relevante. Asimismo, debemos preferir aquella interpretación que sea coherente con la situación en que se encuentran los pueblos indígenas en términos de exclusión y pobreza.

iii. Resultado que nos debiera servir como criterio de corrección: fortalecer la protección

El resumen de los criterios de argumentación para enfrentar casos de derechos humanos, se encuentra expresado en los siguientes términos por la Corte de Apelaciones:



“Lo anterior descrito, en cuanto que es para recurrido la Consulta en una licitación, constituye una burla a la Constitución y al Convenio 169 citado; ello porque en una interpretación progresiva y dinámica de los textos internacionales, el denunciado no ha respetado ni ha dado cumplimiento a lo siguiente: 1.-la dignidad y su dimensión (motivo 2°). 2.- La promoción de los derechos humanos (motivo 3°) 3).-La obligación de respetar que impone a todos los Órganos del Estado la Convención Americano de Derechos Humanos, en cuanto en este caso, muy en especial el deber de velar por los derechos de grupos además vulnerables, como los recurrentes. (motivo 4°). 4.- La obligación de garantizar los derechos humanos- que impone la misma Convención citada. Ello porque la conducta de los Órganos del Estado debe ser propositiva y permitir el eficaz y pleno ejercicio de los derechos y libertades consagrados en la Convención, el Convenio 169 y la Constitución Política (motivo 4°) Nada de lo anteriormente descrito ha cumplido y realizado el recurrido”.

“Que aquilatado lo anterior efectivamente, la publicación del llamado a licitación- objeto de esta causa- detallada en el motivo primero es ilegal (además de lo expuesto en el motivo 7°), 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 [...]”¹⁸⁴.

Estas consideraciones trajeron como consecuencia la declaración de que se había omitido el proceso de consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT, resolviéndose que:

“se deja sin efecto todo el proceso de publicación y de licitación a través del portal electrónico www.mercadolibre.cl, para la Construcción de Abasto y Agua potable para las comunidades recurridas. Códigos 4050-31-LP12 y 4050-33-LP12. La recurrida deberá para poder volver a iniciar el proceso de publicación y de licitación a través del portal electrónico www.mercadolibre.cl, para la construcción de Abasto y Agua potable para las comunidades recurridas. Códigos 4050-31-LP12 y 4050-33-LP12., **realizar el trámite de la Consulta tal como lo prevé el Convenio 169 ya citado**, tomando todas las medidas pertinentes para dicho trámite de consulta sea cumplido en su cabalidad”¹⁸⁵.

En este caso, por la inclusión del Convenio 169 de la OIT como norma decisoria de la controversia, se amplió el cuerpo normativo, se especificaron las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos a la luz del

¹⁸⁴ Ibídem, considerando 7 y 9.

¹⁸⁵ Ibídem, considerando 9.



Convenio, se interpretó la normativa vigente en materia de licitaciones y, finalmente, se determinó que debía realizarse el trámite de la consulta en los términos del Convenio.

Este esquema argumentativo, ampliado más allá de la consulta, permite explorar las potencialidades del Convenio como herramienta jurídica de protección a áreas que no han sido mayormente desarrolladas por la jurisprudencia, como el derecho a la salud, educación o al ámbito laboral. Vimos que en áreas como la penal el Convenio está comenzando a ser incorporado para modificar el paradigma de las sanciones bajo este mismo razonamiento. Una aplicación culturalmente sensible y de buena fe de su normativa permite avanzar más allá.

3.2 Control de convencionalidad

El esquema argumentativo a que hemos hecho referencia y que apela a una incorporación sustantiva del Convenio 169 de la OIT por parte de la autoridad pública y en el razonamiento judicial, tiene una manera de concretarse como obligación para la autoridad pública en el control de convencionalidad que debe realizarse entre los actos y normas de la autoridad y el Convenio 169 de la OIT.

El control de convencionalidad tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte. Por ejemplo, la Corte IDH verifica que una norma interna es contraria a las disposiciones de la CADH y dispone su expulsión de manera que los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos¹⁸⁶.

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el realizado por los agentes del Estado y, principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH y demás tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado. En dicho análisis de compatibilidad, los operadores de justicia deben actuar en el ámbito de sus competencias, por lo que en algunos casos podrán expulsar las

¹⁸⁶ BAZÁN, V. Control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En: BAZÁN, V. y NASH, C. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Colombia, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2011.



normas incompatibles con las obligaciones internacionales, inaplicarlas en un caso concreto, o realizar un ejercicio hermenéutico, según permita cada diseño institucional. En este sentido, el objetivo es verificar la conformidad de las normas internas con la normativa convencional y que exista una correcta aplicación de sus estándares, lo que se puede realizar expulsando normas o interpretándolas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado (como hemos señalado, esto dependerá de las facultades procesales que tenga cada operador de justicia). Sin embargo, los operadores de justicia están obligados siempre –con independencia de sus competencias– a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente¹⁸⁷.

La Corte IDH ha conceptualizado en los siguientes términos la obligación de realizar el control de convencionalidad:

“De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”.

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Sobre el concepto del control de convencionalidad y su evolución, véase: NÚÑEZ, C. Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014.

¹⁸⁸ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 281 y 282.



De esta conceptualización y de la evolución del concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH se pueden destacar los siguientes elementos, que conformarían el control¹⁸⁹:

- Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte.
- Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.
- Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Las bases normativas de la obligación de realizar el control de convencionalidad en Chile las encontramos en una lectura conjunta de los artículos 1, 5 y 6 de la Constitución Política, así como en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁹⁰. En virtud de las normas internacionales descritas, los Estado deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe, no pudiendo excusar su incumplimiento en normas de derecho interno. Es por ello, que las autoridades, en consideración a la obligación de garantía, deben tomar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el

¹⁸⁹ Un análisis del concepto y evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH en: FERRER MAC GREGOR, E. Interpretación conforme y control de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Revista de Estudios Constitucionales*, 9 (2): 531-622, 2011; NASH, C. Control de convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, pp. 489-510; NOGUEIRA, H. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45 (135): 1167-1220.

¹⁹⁰ Promulgada en Chile el 5 de mayo de 1981.



goce efectivo de los derechos en el ámbito interno, lo que se concretiza en la realización del control de convencionalidad. Desde la perspectiva constitucional, la Carta Fundamental incorpora a los tratados que consagran normas de derechos humanos como un límite a la soberanía, lo que implica que todos los órganos del Estado deben actuar conforme a este mandato, debiendo respetar y garantizar los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, que pueden estar reconocidos tanto en la misma Constitución, como en tratados internacionales ratificados por Chile, como el Convenio 169 de la OIT. Este fundamento de la realización del control de convencionalidad ha sido reconocido expresamente por la Corte Suprema en los siguientes términos:

“La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una **obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales**, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, **en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y ius cogens**, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso [...].

“Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprende: a) Considerar **todo el sistema de fuentes del derecho**, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla **de oficio dentro de sus competencias**, en aspectos procesales y sustantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que **no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin** de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los **tribunales nacionales que son el garante natural, principal y primero que es**



llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario.

Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1°, 8°, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2°, 5° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales¹⁹¹.

De esta forma, la Corte incorpora todos los elementos que conforman el juicio de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana.

En la jurisprudencia nacional en materia de consulta, como vimos en el capítulo II, el ejercicio de control de convencionalidad se ha realizado para determinar la incompatibilidad de las normas de participación ambiental como estándar de consulta a la luz del Convenio 169 de la OIT. En dichos casos el control de convencionalidad operó a través de tres pasos y que son los que deben seguirse para ejercer el control de convencionalidad:

- i. En primer lugar, se identifican los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión, determinando si hay titulares de derechos indígenas involucrados en los hechos.
- ii. Luego, en virtud de los hechos analizados, se verifica cuáles son las normas a utilizar, incorporando los derechos consagrados internacionales (Convenio 169 de la OIT) y la interpretación que han hecho de ellos los organismos de protección internacional. Así, se robustece o amplía el sistema normativo aplicable pues no sólo queda limitado a las normas de origen interno (constitucional, legal y reglamentario) sino que también aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente o que pueden ser de utilidad para dotar de contenido los derechos, como es el caso de la Declaración sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas a la que ya nos hemos referido.
- iii. Finalmente, teniendo en consideración el marco normativo a aplicar en un caso de derechos humanos, se realiza el juicio de convencionalidad, esto es, se efectúa un ejercicio interpretativo para aplicar las normas a la situación concreta, de

¹⁹¹ Corte Suprema. Sentencia de 19 noviembre de 2013. Rol 9031-2013, considerando 12.



manera que este ejercicio de adjudicación sea compatible con las obligaciones que impone la norma de DIDH. Para realizar este ejercicio interpretativo, se puede utilizar todos los elementos que hemos desarrollado acerca de la interpretación de las normas en materia de derechos humanos, es decir, utilizar una interpretación pro persona, dinámica, integral y que en estos caso sea culturalmente sensible Si el/la juez/a se encuentra facultado/a para expulsar la norma contraria a la Convención internacional (como en el caso de Chile es el TC), lo puede hacer dejando prevalecer la aplicación del DIDH. En el caso de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y demás tribunales, dicho ejercicio se concreta a través de un ejercicio interpretativo que permita compatibilizar la norma nacional con las obligaciones internacionales y dar efectividad a los derechos en el caso concreto. Si aquello no se puede lograr, el/la juez/a deberá inaplicar la norma contraria a la Convención internacional, conforme al artículo 6 constitucional, dando aplicación directa al Convenio 169..

La aplicación del control de convencionalidad en un contexto donde existe reglamentación específica de los derechos de pueblos indígenas es un desafío imperativo para los operadores de justicia. Ejercer el control de convencionalidad entre el Convenio y la aplicación de la normativa interna a casos concretos implica encontrar una interpretación de los mismos que permita satisfacer los estándares del Convenio y de la jurisprudencia internacional y, en aquellos casos en que esta labor no sea posible, dejar sin aplicación normas internas contrarias a los compromisos internacionales del Estado chileno Ambas soluciones son compatibles con nuestro ordenamiento jurídico y permiten al Estado no incurrir en responsabilidad internacional.

4. Criterios interpretativos analizados aplicados a la consulta

Los criterios interpretativos reseñados precedentemente, pueden ser aplicados a todas las normas del Convenio 169. En el caso específico de la consulta previa, a través de la incorporación de los estándares que establece el Convenio y que han sido desarrollados por la jurisprudencia internacional y por organismos internacionales, es posible establecer condiciones mínimas para que esta se lleve a cabo desde una perspectiva culturalmente sensible y que cumpla con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado. La normativa interna, en este sentido, puede ser interpretada y aplicada con el objeto de cumplir con estos fines. A continuación concretaremos este análisis aplicado a la consulta previa.



4.1 Interpretación culturalmente sensible: la consulta previa como proceso intercultural

Una de las primeras cuestiones que debemos tener en consideración es aplicar la consulta bajo una interpretación culturalmente sensible de los intereses y derechos en conflicto. En lo concreto, esto significa llevar a cabo la consulta como un proceso intercultural. Para el desarrollo de la consulta se producen necesariamente relaciones entre personas que provienen de culturas diferentes y con visiones diferentes sobre un mismo tema y que luego de un proceso de negociación deben llegar a un acuerdo sobre puntos comunes. En el caso de Chile, por ejemplo, la falta de desarrollo de la consulta como un proceso intercultural se manifiesta en la incomprensión por parte de la autoridad judicial o administrativa de lo que en la cosmovisión indígena significa el concepto de afectación directa. En este sentido, el desafío tiene que ver con superar barreras que impidan llevar adelante un diálogo fructífero y esto se puede lograr con la inclusión de la perspectiva intercultural. Los actores, se deben reconocer, respetar y buscar un centro que trascienda los intereses de cada parte, así como las diferencias existentes entre las culturas para contribuir al reconocimiento del valor de cada una de ellas y de esta manera poder generar acuerdos que permitan desarrollar las medidas que se consultan.

Cada proceso de consulta que debe llevarse a cabo por el Estado, debe realizarse en base a fundamentos de interrelación cultural que consideren las condiciones propias de cada pueblo originario, en relación directa con la territorialidad, formas de representatividad y sus costumbres propias. Esa interrelación cultural que se establece en los procesos de consulta, debe estar basada en un enfoque de intercultural.

Tubino¹⁹² sostiene que la interculturalidad no es un concepto, es una manera de comportarse. En efecto, más que una idea, es una actitud, una manera de ser, necesaria para relacionarse con los otros en las sociedades actuales. Es decir, más que definiciones de interculturalidad es necesario darle sentido al concepto.

Para este documento consideraremos la interculturalidad desde dos aristas. La primera, -descriptiva de interculturalidad- se refiere a los encuentros y

¹⁹² Tubino, F. Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico. En: SAMANIEGO, M. y GARBARINI, C. (Comps.). Rostros y fronteras de la identidad. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2004, pp. 151-164.



desencuentros, hibridaciones y los diversos tipos de intercambios y relaciones existentes entre culturas. Desde este punto de vista, la interculturalidad es intrínseca a las culturas, porque las culturas son sujetos dinámicos, históricos, que se autodefinen por sus relaciones con los otros. La segunda, se refiere a entender la interculturalidad como una propuesta ético-política de mejoramiento o transformación de las relaciones asimétricas que se establecen entre las culturas, para generar espacios de dialogo y deliberación intercultural que hagan posible avanzar en la solución concertada de los problemas comunes¹⁹³.

El Manual de la OIT para aplicación del Convenio 169¹⁹⁴, cuando se refiere las reglas para la aplicación del derecho de consulta, señala que esta debe realizarse en base “procedimientos apropiados”. Para que una consulta sea “apropiada” debe adecuarse a las exigencias propias de cada situación con la finalidad de que sean útiles, sinceras y transparentes. Para poder concretar este mandato desarrollaremos a continuación algunos criterios que nos parecen pueden ser de utilidad, con el objeto de enmarcar el proceso de consulta en la base de la interculturalidad y sobre la base de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado.

4.2 Obligaciones del Estado: condiciones mínimas para llevar a cabo la consulta previa desde una perspectiva intercultural

Para la identificación de principios, etapas y condiciones mínimas que deben guiar la consulta previa intercultural hemos considerado los estándares internacionales, la jurisprudencia nacional y también hemos recurrido a las experiencias comparadas de Perú (legislación)¹⁹⁵ y Colombia (jurisprudencia)¹⁹⁶.

¹⁹³ Ídem.

¹⁹⁴ OIT. Manual sobre el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 2003.

¹⁹⁵ Ley N° 29785. Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Reglamento de la Ley N° 29785, Decreto Supremo N° 001-2012-MC, 7 de septiembre de 2011.

¹⁹⁶ Para ver jurisprudencia colombiana referida a los principios que deben informar la consulta: Ministerio del Interior y de Justicia República de Colombia. La consulta previa a grupos étnicos en Colombia. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio. Tomo II. Bogotá, 2009.



La consulta previa tiene por objetivo llegar a acuerdos o alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas que se les consulta, con el fin de garantizar su participación en los procesos de toma de decisión del Estado y que la adopción de medidas sea respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas.

Ya hemos señalado que toda consulta debe ser previa a la emisión de la normativa, susceptible de afectar a los pueblos indígenas y para que ella tenga un desarrollo igualitario debe ser realizada en base a ciertas condiciones, todas ellas llevadas a cabo en un clima de respeto y atención a las opiniones por cada uno de los participantes de la consulta, con aceptación de las diferencias, con aprecio de las formas propias de ver el mundo y de la cosmovisión.

Sobre la base de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado y una interpretación de las mismas que busca dar efectividad a la consulta en un contexto de diálogo intercultural, las **condiciones que facilitan o permiten un genuino diálogo intercultural son las siguientes:**

- **Publicidad, transparencia y acceso a la información:** La entidad responsable de ejecutar la consulta debe proveer a los pueblos indígenas implicados información oportuna y pertinente, empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados, respecto de los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida que se prevé adoptar, a fin de que los representantes de los pueblos indígenas realicen una evaluación de sus causas y efectos. En caso de que lo consideren necesario, estos podrán solicitar información adicional o el asesoramiento técnico necesario.
- **Accesibilidad:** Los procedimientos de consulta deben tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas; para ello, las instituciones del Estado que desarrollen procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta y que cuenten con el aval del pueblo consultado. El proceso de consulta debe realizarse sobre la base de una metodología intercultural, lo que implica sensibilizar y capacitar a las autoridades¹⁹⁷ y a los representantes indígenas con herramientas

¹⁹⁷ Se sugiere el desarrollo de competencias interculturales, que son habilidades que permiten a los miembros de un sistema diferente culturalmente, ser conscientes de su identidad cultural y de las diferencias culturales de otros y, en este contexto, actuar recíprocamente, de manera apropiada,



que permitan el diálogo intercultural respetando las costumbres y formas de aprendizaje de cada grupo o sector participante.

- **Asesores:** Los pueblos indígenas y sus instituciones representativas están facultados a contar con asesores durante el proceso de consulta y a sustituirlos cuando lo consideren oportuno. No se puede negar nunca la presencia ni la palabra de los asesores técnicos cuando esa presencia es reclamada o esa voz es solicitada por los participantes indígenas.
- **Observadores de buena fe:** Los pueblos indígenas podrán solicitar la presencia de observadores de buena fe, de alta credibilidad e imparcialidad que verifiquen el adecuado desarrollo de la consulta y evacúen un informe neutral a adjuntarse a las actas oficiales.
- **Plazos:** Los mecanismos de diálogo del proceso de consulta se llevan a cabo considerando plazos razonables, de modo tal que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas frente a las medidas previstas por la entidad responsable de llevar a cabo la consulta.

En caso de procedencia de la consulta se debe cumplir con las **etapas mínimas** de:

- ✓ **Identificación de las medidas y normas a ser consultadas:** Esta etapa debe ser ejecutada por la institución estatal que adopta la medida y también por la entidad estatal responsable de la implementación de la consulta. La identificación también incluye a los pueblos indígenas que deberán ser consultados. En esta etapa resulta fundamental la consideración de la cosmovisión del pueblo indígena, a efectos de que la susceptibilidad de afectación –estándar que hace procedente la consulta- sea mirado desde las necesidades de la comunidad y no desde el Estado.

intentando satisfacer mutuamente necesidades de reconocimiento, afecto y participación, véase: VARGAS, M. La implementación del derecho a la consulta previa como política intercultural. Ponencia presentada en IV Congreso Internacional en Gobernabilidad, Administración y Políticas Públicas, Madrid, 2013.



- ✓ **Publicidad, transparencia y acceso a la información preliminar:** A fin de dar a conocer la medida a ser consultada y la oportunidad a los pueblos involucrados para que, de acuerdo a sus propios usos y costumbres, puedan coordinar con sus representados, con el objeto de decidir su participación en el proceso de consulta y contar, en su caso, con la información adecuada para tomar decisiones, buscando el equilibrio de poder y superar las barreras económicas, geográficas, culturales que puedan darse para llevar a cabo un proceso de consulta intercultural.
- ✓ **Etapas pre-consultivas:** Estas se dan para acordar los aspectos generales de la consulta que deberá llevarse a cabo, considerando que aspectos se necesitan fortalecer y la forma en que se llevará a cabo la consulta, procurando la inclusión de todos los pueblos afectados y considerando la proximidad territorial para los pueblos indígenas, la consulta deberá llevarse a cabo en un lugar donde la participación sea libre y pueda ser masiva y los representantes indígenas se sientan seguros.
- ✓ **Evaluación interna:** Los pueblos indígenas deben contar con un tiempo razonable para la evaluación interna de los diferentes aspectos de la norma o medida a ser consultada, a efectos de analizar cabalmente la materia consultada, para ello deben contar con asesores y técnicos de su confianza.
- ✓ **La consulta propiamente tal:** durante el transcurso de la consulta, tanto la entidad estatal responsable y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe, basada en los principios anteriormente descritos. De acuerdo con las circunstancias, el proceso podrá realizarse en una o varias sesiones que, para efectos del presente procedimiento, constituirán un solo proceso integral, y se respetarán los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas desarrollen, de acuerdo a sus costumbres, un proceso de reflexión y evaluación, debate y formulación de propuestas que permitan llegar a acuerdos y decisiones ajustadas a sus necesidades.
- ✓ **Los acuerdos, desacuerdos y toma de decisiones:** Si como resultado de la consulta relativa a actos administrativos que afecten a uno o varios pueblos



indígenas, sus personas, sus instituciones o su territorio, se produce el consentimiento, los acuerdos a los que se llegue serán vinculantes para las partes y exigibles frente a los terceros que puedan estar involucrados en la iniciativa. Por otra parte, si no hay acuerdo o consentimiento y el posicionamiento de ambas partes es irreconciliable, podría llegarse a acuerdos relativos a la continuidad del proceso de consulta. En este caso el Estado debe evaluar su decisión de adoptar la medida, adecuarla o desistirse de ella. El Estado debe reconocer documentalmente la falta de acuerdos o de consentimiento y la correspondiente responsabilidad por las medidas que decida tomar en consecuencia, indicando las previsiones a tomar para garantizar, en todo caso, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a los estándares internacionales.

4.3 Resultado: la consulta como proceso intercultural

La aplicación de los elementos reseñados a procesos de consulta permiten a la administración diseñar procesos de consulta respetuosos de los derechos individuales y colectivos involucrados. La base normativa de estos elementos, como hemos dicho, se encuentra en el Convenio 169 de la OIT y en el desarrollo que de sus derechos y principios ha realizado la jurisprudencia internacional. Además, las condiciones y etapas indicadas permiten una interpretación culturalmente sensible de lo que significa la consulta, a través del impulso de la búsqueda de un diálogo intercultural.

A través del establecimiento de estos parámetros las comunidades indígenas y la jurisprudencia podrá evaluar sustantivamente estos procesos a partir de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado, determinando el grado de cumplimiento de las mismas a partir de la confrontación de la actuación de la autoridad con los estándares definidos en el Convenio y en su desarrollo jurisprudencial por los organismos de protección.

Lo que se obtiene finalmente de la aplicación sustantiva de estos estándares, es una consulta que cumple con sus objetivos: permitir a los pueblos indígenas participar e incidir en decisiones que afectarán su forma de vida, habilitando una discusión genuina acerca de las condiciones en las que gozan y ejercen sus derechos.



Centro de Derechos Humanos



5. Resumen: pauta para la aplicación de los estándares del Convenio 169 de la OIT

1. Determinación de los hechos materia del conflicto

¿Existen personas indígenas involucradas en la decisión que debe adoptar la autoridad? ¿el conflicto afecta la vida de una comunidad indígena?

2. Base normativa ampliada:

¿Qué normas son aplicables para resolver el conflicto? Normas constitucionales, legales y Convenio 169 de la OIT. Tratado internacional ratificado por Chile que es derecho interno y directamente aplicable para la resolución de conflictos jurídicos (artículo 5 y 6 Constitución Política); Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), instrumento internacional de utilidad interpretativa.

3. Obligaciones del Estado

¿Qué obligaciones generales tiene el Estado respecto de estos derechos? Obligaciones de cumplimiento de buena fe, que se traduce en las obligaciones de respeto (cumplir con el mandato normativo), garantía (organizar aparato de poder público para permitir pleno goce y ejercicio de los derechos humanos) y no discriminar.

4. Contenido de las obligaciones del Estado y derechos involucrados pueblos indígenas

Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos se complejizan respecto de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, deben considerar situación de exclusión y marginación histórica que sufren en nuestro continente y en Chile y los elementos que constituyen la identidad cultural de estos pueblos.

Para determinar el contenido y alcance debe mirarse la jurisprudencia de los organismos de protección, resoluciones de organismos internacionales y otros instrumentos internacionales, como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

¿Cumplió el Estado con sus obligaciones? - ¿Existe justificación válida en el DIDH para el incumplimiento? - ¿Existe una interpretación culturalmente sensible de las obligaciones por parte del Estado?

5. Resolución del conflicto

Determinación del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, adoptando las medidas que sean necesarias para garantizar la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas. La resolución que se adopte debe buscar aquella interpretación de la normativa nacional o de los actos de la administración (pro persona, dinámica, integral y culturalmente sensible) que permita: a) cumplir con las obligaciones internacionales y; b) proteger los derechos de los pueblos indígenas.

6. Criterio de corrección

¿Es la resolución adoptada una decisión que fortalezca y proteja efectivamente los derechos de los pueblos indígenas? ¿Es la interpretación que mejor garantiza sus derechos en el caso concreto y permite a la comunidad mantener los elementos propios de forma de vida?

¿Qué medidas se adoptaron para revertir el incumplimiento para restablecer las condiciones de vida de la comunidad? ¿qué medidas se han adoptado para que los miembros de la comunidad puedan gozar y ejercer sus derechos humanos?



Centro de Derechos Humanos

IV. Conclusiones generales



1. En el marco del DIDH se han ido desarrollando estándares normativos relativos a los pueblos indígenas basados en la idea de igualdad y no discriminación. Se ha avanzado en la jurisprudencia internacional desde una visión enfocada en la integración y el proteccionismo, hacia una basada en la autonomía y el respeto por las particularidades culturales. El Convenio 169 de la OIT, en este sentido, ha cambiado el paradigma desde la asimilación a la autonomía y la idea de derechos colectivos.

2. Estos estándares normativos de origen internacional han tratado un amplio respeto temáticos, principalmente, en materia del derecho de consulta previa. El Convenio 169 de la OIT ha sido utilizado en el SIDH para incorporar derechos que no estaban en la CADH y para interpretar las normas de derechos humanos dotándolas de un contenido que reconoce las particularidades de los pueblos indígenas.

3. Los estándares internacionales en esta materia han sido recepcionados formalmente en Chile. El proceso de implementación sustantiva ha sido más lento y aún no define plenamente si estará conforme a los compromisos internacionales de Chile. Sin embargo, existen ejemplos exitosos que muestran que a través de una aplicación sustantiva del Convenio 169 en materias tan diversas como la penal, territorial y de consulta, se puede lograr ampliar y mejorar la protección respecto de las comunidades indígenas.

4. Para lograr un pleno ejercicio de derechos de los miembros de las comunidades indígenas en Chile es fundamentalmente adoptar un enfoque de derechos que sea culturalmente sensible a los dos elementos que definen el goce y ejercicio de derechos en condiciones de igualdad: situación de discriminación estructural y particularidades propias de la identidad cultural indígena.

6. Asumiendo esta perspectiva, será posible avanzar en temas especialmente complejos, como es el de la consulta previa.



Bibliografía

BAZÁN, V. Control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En: BAZÁN, V. y NASH, C. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Colombia, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

BERTINI, L. y YÁÑEZ, N. Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 9, 2013.

BURBORGUE-LARSEN, L. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Revista de Estudios Constitucionales, 12 (1):61-71, 2014.

CDH. Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013.

Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Análisis inicial a la propuesta del gobierno para la nueva normativa de consulta a los pueblos indígenas. Santiago, UDP, 2012.

Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014: diligencia debida, proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y comunidades indígenas concernidas. Santiago, UDP, 2014.

CEPAL. Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago, 2014.



Centro de Derechos Humanos

COURTIS, C. Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina. SUR Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 10, 2009.

Defensoría Penal Pública. Modelo de defensa penal para imputados indígenas. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2012.

Defensoría Penal Pública. Segundo informe de jurisprudencia sobre defensa penal de imputados indígenas. Santiago, Unidad de defensa penal juvenil y defensas especializadas, departamento de estudios y proyectos Defensoría Penal Pública, 2013.

FERRER MAC GREGOR, E. Interpretación conforme y control de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. Revista de Estudios Constitucionales, 9 (2): 531-622, 2011.

Instituto de Estudios Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del programa de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, Editorial LOM, 2003.

INDH. Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 2010.

INDH. Amicus curiae ante Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 388-2012, junio de 2012.

INDH. El deber de consulta previa en la propuesta de reglamento del sistema de evaluación ambiental. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013.

INDH. Informe de misión de observación mesa de consenso indígena. Santiago, 2013.

INDH. Resumen ejecutivo: Estudio exploratorio Estado de Chile y pueblo mapuche, análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la región de la Araucanía. Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013.



LÓPEZ, R. y MOHR, T. Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de normas previstas y su trato en la jurisprudencia. ¿una cuestión de derecho? *Revista de Derecho de Valdivia*, 27 (1): 105-126.

Ministerio del Interior y de Justicia República de Colombia. La consulta previa a grupos étnicos en Colombia. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio. Tomo II. Bogotá, 2009.

NASH, C. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012.

NASH, C. Control de convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.

NASH, C. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. En: BAZÁN, V. y NASH, C. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Pluralismo Jurídico*. Colombia, Universidad del Rosario, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

NOGUEIRA, H. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45 (135): 1167-1220.

NÚÑEZ, C. Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014.

PINTO, M. El principio pro homine. Criterios de hermeneútica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, 1997.



PNUD. Informe sobre desarrollo humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy. Ediciones Mundi Prensa, 2004.

STAVENHAGEN, R. Ethnic conflict and the nation-state. Londres: MacMillan, 1996.

TUBINO, F. Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico. En: SAMANIEGO, M. y GARBARINI, C. (Comps.). Rostros y fronteras de la identidad. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2004.

VARGAS, M. La implementación del derecho a la consulta previa como política intercultural. Ponencia presentada en IV Congreso Internacional en Gobernabilidad, Administración y Políticas Públicas, Madrid, 2013.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

Sentencia de 4 de agosto de 2000. Rol 309-2000.

Sentencia de 3 de abril de 2008. Rol 1050-2008.

Sentencia de 24 de junio de 2011. Rol 1988-2011.

Sentencia de 23 de enero de 2013. Rol 2387-2012.

Sentencia de 26 de septiembre de 2013. Rol 3010-2013.

Sentencia de 30 de septiembre de 2013. Rol 2523-2013.

Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Rol 9-2011.

Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 2 de noviembre de 2011. Rol 359-2011.

Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Rol 182-2013.

Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Rol 182-2013.



Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 28 de julio de 2014. Rol 290-2014.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 31 de enero de 2011. Rol 1794-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 20 de octubre de 2014. Rol 19839-2014.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de enero de 2010. Rol 1705-2009.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 25 de febrero de 2009. Rol 99-2009.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de agosto de 2011. Rol 711-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de octubre de 2011. Rol 955-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de diciembre de 2011. Rol 1136-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de julio de 2012. Rol 454-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 5 de julio de 2012. Rol 449-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 2 de agosto de 2012. Rol 581-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012. Rol 1020-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de mayo de 2013. Rol 220-2013.

Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 10 de agosto de 2010. Rol 289-2010.

Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 1 de diciembre de 2010. Rol 401-2010.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Rol 36-2010.



Centro de Derechos Humanos

Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 11 de octubre de 2011. Rol 239-2011.

Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 4 de mayo de 2012. Rol 501-2011.

Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 3 de enero de 2014. Rol 2149-2014.

Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 21 de octubre de 2014. Rol 203-2014.

Corte Suprema

Sentencia de 25 de noviembre de 2008. Rol 2840-2008.

Sentencia de 17 de mayo de 2010. Rol 1525-2020.

Sentencia de 15 de septiembre de 2010. Rol 5757-2010.

Sentencia de 14 de octubre de 2010. Rol 4078-2010.

Sentencia de 11 de abril de 2011. Rol 9889-2010.

Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011.

Sentencia de 11 de enero de 2012. Rol 2683-2010.

Sentencia de 30 de marzo de 2012. Rol 11040-2011.

Sentencia de 22 de marzo de 2012. Rol 10090-2011.

Sentencia de 8 de junio de 2012. Rol 1602-2012.

Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Rol 6041-2012.

Sentencia de 26 de septiembre de 2013. Rol 3010-2013.

Sentencia de 19 noviembre de 2013. Rol 9031-2013.

Sentencia de 16 de enero de 2014. Rol 12457-2013.

Sentencia de 22 de abril de 2014. Rol 1515-2014.

Sentencia de 22 de mayo de 2014. Rol 16817-2014.



Centro de Derechos Humanos

Sentencia de 7 de octubre de 2014. Rol 11299-2014

Sentencia de 30 de octubre de 2014. Rol 27295-2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr.225.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.



Centro de Derechos Humanos

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257.

Informes y resoluciones de organismos internacionales

CIDH. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000.

CIDH. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/ Ser.L/v/ii. Doc. 34, 28 de junio de 2007.

CIDH. Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del SIDH. OEA/ Ser. L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

Consejo de Derechos Humanos. Informe definitivo del Estudio sobre los Pueblos Indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. Opinión No. 2 del Mecanismo de Expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. A/HRC/18/42, 17 de agosto de 2011.

Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34, 5 de julio de 2009.

Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. UN Doc. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos



Centro de Derechos Humanos

6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile, 2012.

Consejo de Derechos Humanos. Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. Anexo. A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012.

Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. UN Doc. A/68/317, 14 de agosto de 2013.

OIT. Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, solicitud directa a Chile, 2010.