



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA CONSULTA. ¿TIENEN APLICACIÓN REAL EN CHILE?

DANIEL CAMPOS MARTINEZ.

ALVARO ULLOA URREA.

PROFESOR GUIA: GONZALO AGUILAR
CAVALLO

RESUMEN

En Chile la forma en que se ha aplicado desde su ratificación el Convenio 169 (2009), en relación al derecho a la consulta, ha sido deficiente. El país no ha logrado, ni se ha hecho cargo de la aplicación de la consulta con el nivel que los estándares internacionales exigen. Es en este contexto que los Tribunales de justicia, a través de las Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, han ido reduciendo este derecho al status del proceso de participación que se aplica a todos los chilenos, sin hacer la necesaria distinción sobre el origen étnico. Por eso que la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema han tenido diferencias en cuanto a unificar criterios siendo la tendencia a aplicar la legislación nacional por sobre el convenio y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

ABSTRACT

In Chile, the way that the 169 Convention has been applied since its ratification (2009), regarding the consultation right, has been deficient. The country hasn't accomplished, nor has taken care of the application of the consultation with the level that the international standard requires. Is in this context that the Courts of justice, through the Appeal Court and the Supreme Court, have reduced this right to the status of the process of participation that applies to all the Chilean persons, without making the necessary distinction of the ethnical origin. Because of that, the Appeal Court and the Supreme Court have had differences unifying the criteria, being the tendency to apply the national legislation above the Convention and the United Nations declaration about the Indigenous People.

ÍNDICE

Capítulo I - Conceptualización y estándares Internacionales del Derecho a la Consulta.

- 1- Concepto.
- 2- Objetivos.
- 3- Estándares Internacionales del Derecho a la Consulta.
 - 3.1 La consulta debe realizarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas.
 - 3.2 La consulta debe ser previa.
 - 3.3 La consulta debe hacerse de buena fe.
 - 3.4 La consulta debe realizarse mediante procedimientos adecuados.
 - 3.5 La consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.
 - 3.6 El objetivo de la consulta es llegar a acuerdo o lograr el consentimiento.

Capítulo II - Análisis jurisprudencial de la aplicación en Chile del derecho a la consulta.

- 1 - Aplicación de la ley 19.300 por sobre el convenio
- 2 - Aplicación del convenio.
- 3- Conclusiones.

CAPITULO I.

CONCEPTO Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA CONSULTA.

Desde hace mucho tiempo la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), se ha empeñado firmemente en proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales mediante dos actividades complementarias: establecimiento de normas y la asistencia técnica. Dentro de estas medidas destaca el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser *consultados*, consagrado principalmente en el convenio número 169¹ (en adelante El Convenio) de la OIT y en la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas² (en adelante La Declaración).

1 CONCEPTO.

Para estudiar la consulta, es necesario entenderla como un medio de protección del derecho de *participación* de las comunidades étnicas del país en las decisiones que afecten su territorio, para conservar su idiosincrasia, en otras palabras la consulta es un mecanismo especial de participación³, la que se desarrolla bajo diferentes formas, siendo la consulta, el piso mínimo para la participación efectiva de los pueblos indígenas⁴. Estos derechos de consulta y participación encuentran su origen y explicación en un derecho considerado como un principio rector del derecho internacional público: *el derecho a la libre determinación de los pueblos*.⁵

¹Artículo 6 del Convenio.

²Artículo 19 de la Declaración.

³Olea Rodríguez, Helena. (2013) *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*. Centro de derechos humanos UDP. Santiago, Chile. Página 224.

⁴Cavieres Sepúlveda, Yenive. (2009): “*Salud y derechos de los pueblos indígenas en Chile. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT*”. Subsecretaría de salud pública. Santiago, Chile. página 43.

⁵Aguilar Cavallo, Gonzalo (2007): *dinámica internacional de la cuestión indígena*. Librotecnia. Santiago, Chile. Página 411, 504.

Es por esto que el convenio 169, establece el deber de realizar consultas a los pueblos indígenas por ejemplo, en grandes proyectos de inversión, relacionados con la exploración y explotación de recursos naturales en sus tierras; en cuanto a la capacidad de enajenar sus tierras; en temas de educación; traslado y reubicación de pueblos ancestrales, etc.⁶

La naturaleza colectiva de los derechos de los pueblos indígenas y la necesidad de salvaguardar sus culturas y modos de sustento son parte de los motivos por los cuales los *gobiernos* deben adoptar medidas especiales para su consulta y participación⁷. Cabe resaltar que por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles⁸.

Respaldando lo dicho anteriormente, encontramos palabras similares del relator especial de los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas James Anaya que señala: “*la consulta consiste en un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, por la cual las partes intentan y cooperan para llegar a una decisión consensuada*”⁹.

También la OIT se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto del derecho a la consulta señalado que ésta “*debe considerarse una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos*”¹⁰, y advierte que “*el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta es*

⁶ Marco normativo sobre consulta y participación indígena. Elaborado para la comisión permanente de recursos naturales, bienes nacionales y medio ambiente de la cámara, en el marco del proyecto de ley sobre administración del borde costero y concesiones marítimas (boletín N° 8467-12).

⁷ OIT. *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n°169). Primera edición 2013. FECHA ULTIMA CONSULTA: 24 de junio de 2013

⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Página 363.

⁹ Anaya, James (2011): relator especial de las naciones unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos. La norma de consulta previa, Introducción a Peritaje ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. <http://unsr.jamesanaya.org/statements/la-norma-de-consulta-previa-introduccion-a-peritaje-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-caso-sarayaku>. FECHA ULTIMA CONSULTA: 23 DE junio de 2013.

¹⁰ Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79.ª sesión, 2008, (publicación 2009), citada por la Guía de Aplicación del Convenio 2009 Pp. 59.

fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones”¹¹.

2 OBJETIVOS

El interés dado por la OIT en regular estos derechos tiene, como objetivo principal, el que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos, y en los procesos que puedan afectarles directamente¹². Teniendo en cuenta el objetivo último de este derecho, hay que entender a este, no solo desde un ámbito procedimental o como mero trámite formal, sino que debe comprenderse también como un verdadero derecho e instrumento de participación, que desemboque en un diálogo fundado en el respeto y la confianza¹³.

Al interrelacionar los principios de consulta y participación, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar, sino también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural¹⁴. Sólo si lo hacen desde el comienzo hasta el fin de un proyecto o programa, podrán ser responsables del mismo, y contribuir activamente al establecimiento y consolidación de su propia autosuficiencia socioeconómica¹⁵.

¹¹ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2010): El significado y los alcances de la consulta indígena. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011 pp.860.<http://bcn.cl/3y17>. FECHA ÚLTIMA CONSULTA 22 DE JUNIO DE 2013.

¹² Olea Rodríguez, Helena. (2013) *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*. Centro de derechos humanos UDP. Santiago, Chile. Página 229.

¹³ González Quiroga, Paulina. Gordillo Corvalán, Felipe. Orrego Sánchez, Jorge. Rojas Novoa, Rocío. (2012): “Aspectos jurídicos del derecho a consulta a las comunidades indígenas del convenio 169 OIT, en *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 5, Pagina 215.

¹⁴OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*. Primera edición 2009. Página 60.

¹⁵OIT. *Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales*. Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: (2003). Página 18.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA CONSULTA.

A partir de lo contenido fundamentalmente en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de La Declaración, tenemos una consulta que puede ser interpretada ampliamente, puesto que no señala el proceso mismo de la consulta¹⁶. Por lo que los estándares desarrollados desde la creación del convenio a pesar de estar en instrumentos jurídicos de distinta naturaleza, han cumplido la labor de limitar la dispersión con la que se interpreta y ejerce el derecho a la consulta a los pueblos indígenas,¹⁷ particularmente en aquella realizada en el marco de proyectos de inversión. Es más, en la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas, el artículo 32 habla especialmente de una consulta realizada de buena fe, en todo lo relativo a los proyectos de inversión realizados en sus territorios u otros recursos¹⁸.

3.1 la consulta debe realizarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas.

La consulta es un derecho que el Estado está obligado a realizar, puesto que es él, quien va a tomar la decisión respecto de una medida administrativa o legislativa como seria la concesión otorgada a una empresa de faenas mineras o la dictación de leyes que los afecten directa o indirectamente, como la polémica ley Monsanto¹⁹. Ahora bien, debe tratarse de medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas y no de aquellas cuya posibilidad de afectarles sea remota o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado. La idea que subyace de este estándar, es que determinadas medidas afectan de manera especial a los pueblos indígenas y que son aquellas las que deben ser objeto de consulta²⁰.

¹⁶ Meghan Morris, Cesar Rodríguez, Natalia Orduz y Paula Burítica, "La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional", Bogotá, Universidad de los Andes, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Documento 2, 2010, pp. 11-13.

¹⁷ Sanhueza Cubillos, Cristián. (2013): "la consulta previa en Chile. Del dicho al hecho", en *Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión*, Olea Rodríguez, Helena (ed.), Centro de derechos humanos, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. Páginas 227-229.

¹⁸ Asamblea General de la Naciones Unidas

¹⁹ Raquel Yrigoyen Fajardo "declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, hacia un mundo intercultural y sostenible. Página 360.

²⁰ González Quiroga, Paulina. Gordillo Corvalán, Felipe. Orrego Sánchez, Jorge. Rojas Novoa, Rocío. (2012): "Aspectos jurídicos del derecho a consulta a las comunidades indígenas del convenio 169 OIT, en *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 5, Pagina 219.

Ambas medidas no deben ser consideradas o interpretadas de manera restrictiva, toda vez que el sentido y fin del tratado internacional es aumentar, no restringir, la participación de los indígenas en los asuntos que le afecten²¹. Por ejemplo, en cuanto a una medida legislativa, estas no quedan limitadas, sino que también incluyen las reformas a la Constitución Política de la Republica. En el mismo sentido, cuando se vean afectados los derechos e intereses de los pueblos indígenas, en virtud del espíritu del convenio y la declaración, es menester el propender a la mayor participación indígena y favorecer la consulta e interacción²².

3.2 - la consulta debe ser previa.

Históricamente los pueblos indígenas han estado por regla general excluidos de los procesos públicos de toma de decisiones, de manera que el objetivo de la consulta es que se permita a los pueblos indígenas hacer valer su opinión respecto de todas aquellas materias que les atañen, para que así de esta forma, puedan de manera libre y sin presiones, colocar en la balanza las ventajas y desventajas, por ejemplo, de un posible proyecto de inversión²³. Cuanto antes se realice la consulta de la medida a adoptar, así lo ha declarado la CIDH en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam, mayor será el tiempo y la concurrencia en la cual las comunidades puedan discutir y ofrecer una respuesta concreta al estado²⁴, estableciendo que *“los pueblos indígenas deben ser consultados en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”*.²⁵ Sobre esta misma idea el Convenio recalca que mientras

²¹ CEACR (2012): Observación general Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 81° Reunión 2010, Santiago Mayo 2012. Pag 9.

²²- Bermúdez Tapia Manuel (2013) "La ley de consulta previa en el Perú" en Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente, Progresos y retrocesos a la luz de la evolución nacional e internacional. Coordinado Gonzalo Aguilar Cavallo Librotecnia Santiago de Chile. 587-596.

²³ Rodríguez, Gloria Amparo. (2011). "Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa" en opinión jurídica, edición especial. Página 65.

²⁴ Sanhueza Cubillos, Cristián. (2013): "la consulta previa en Chile. Del dicho al hecho", en Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión, Olea Rodríguez, Helena (ed.), Centro de derechos humanos, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. Op cit. Página

²⁵Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Saramaka vs Surinam.. Párrafo 133.

más temprana sea la consulta, mayores serán las posibilidades de los indígenas de participar activa y genuinamente en la toma de decisiones²⁶.

La Declaración por su parte, enfatiza en que las consultas deben ser negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no que sean consultas de mera información, sin participación ni discusión sobre decisiones que ya se han adoptado o que están en fase terminal de aplicación, sin permitirles de manera alguna influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones²⁷.

Es por eso que la consulta no debe agotarse con la mera información. Lamentablemente los gobiernos realizan constantemente esta mala práctica de información, la cual debiese estar erradicada, dando paso a un diálogo genuino entre comunidades y Estado, basados en el entendimiento, respeto mutuo y buena fe²⁸.

3.3 - la consulta debe hacerse de buena fe:

Este principio del derecho constituye un estándar de cómo se debe realizar la consulta. Este parámetro internacional se relaciona directamente con el anterior, puesto que es en ese momento en que los pueblos indígenas dan su opinión respecto de todos aquellos puntos que resulten como consecuencia de los proyectos de inversión²⁹.

De la consulta nace un diálogo, que tiene como protagonistas por un lado al Estado, a las instituciones privadas y a las comunidades indígenas, y que tiene como objetivo principal crear un ambiente de confianza y respeto. Actuar de buena fe, supone ofrecer todas las

²⁶ Galvis Patiño María Clara, Ramírez Rincón Ángela María (2013) Digesto de jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Fundación para el debido proceso Washington DC Estado Unidos. Pág. 118.

²⁷ Naciones Unidas (NU), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. - See more at: http://www.observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=article&id=777&Itemid=221#sthash.SaA4QZSz.dpuf

²⁸ ²⁸ González Quiroga, Paulina. Gordillo Corvalán, Felipe. Orrego Sánchez, Jorge. Rojas Novoa, Rocío. (2012): "Aspectos jurídicos del derecho a consulta a las comunidades indígenas del convenio 169 OIT, en Revista de Estudios Ius Novum, N° 5, Pagina

²⁹ Contesse Singh, Jorge (2012): El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Página 196

condiciones en donde se desarrolle un verdadero diálogo y negociación, en un clima de confianza mutua.³⁰ La ley se refiere a que el Estado, a través de sus instituciones, garantiza un derecho a la consulta al implementar procedimientos que busquen llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos respecto de las propuestas³¹. Deber del Estado es también, fiscalizar que las instituciones no hagan ejercicio abusivo de su posición, con actos en donde se ejerza algún tipo de coerción en contra de las comunidades indígenas, viciando el proceso de consulta y el consentimiento³².

Respecto a este estándar, la OIT ha señalado en numerosas ocasiones, que la consulta no solamente hay que entenderla como un trámite meramente formal, sino que también como un instrumento de participación, en el que tanto las autoridades del Estado, como los privados y las comunidades indígenas, deben colocar todo su mayor esfuerzo en la generación de un ambiente de respeto y confianza³³, en el que florezca un consentimiento libre.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado señalando que es necesario que los pueblos consultados, tengan conocimiento de los posibles riesgos (como podrían ser las de faenas extractivas) a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria³⁴.

El relator James Anaya no solo se conforma con la información: “la consulta no se agota con la mera información”, sino que a esta se le suma, con carácter de necesario, que los pueblos indígenas y tribales sean escuchados y atendidos. Entonces, la información y la atención a lo manifestado por las comunidades, crearían un ambiente propicio para dialogar

³⁰ Sanhueza Cubillos, Cristián. (2013): “la consulta previa en Chile. Del dicho al hecho”, en *Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión*, Olea Rodríguez, Helena (ed.), Centro de derechos humanos, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. Op cit. Página 232.

³¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Pág. 358

³² - Dirección General de Obras Públicas (2012): Guía de antecedentes territoriales y culturales en los pueblos indígenas de Chile. Santiago De Chile Enero 2012. Pág. 70.

³³ González Quiroga, Paulina. Gordillo Corvalán, Felipe. Orrego Sánchez, Jorge. Rojas Novoa, Rocío. (2012): “Aspectos jurídicos del derecho a consulta a las comunidades indígenas del convenio 169 OIT, en *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 5, Pagina 221.

³⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso *Saramaka vs Surinam*.

con respeto y confianza, en donde las partes concurren voluntariamente, negocien y cedan posiciones, para llegar a un acuerdo³⁵.

El principio de buena fe debe inspirar todos los aspectos y todas las etapas y momentos del proceso de consulta. Ello implica que los procesos de consulta deben ser iniciados lo antes posible, que la información debe circular en dos sentidos, es decir, que se debe brindar y recibir e información, que debe ser completa y comprensible, que no exista ningún tipo de coerción, interferencia, presión o violencia que pueda alterar la expresión libre de las posiciones y opiniones de los pueblos indígenas³⁶.

3.4 - la consulta debe realizarse mediante procedimientos adecuados

Es fundamental en la consulta, que esta se desarrolle bajo un clima de confianza y respeto mutuo, en el cual se establezcan y apliquen procedimientos adecuados. Es necesario que los Estados reconozcan a las organizaciones representativas procurando siempre llegar a un acuerdo, efectuar negociaciones genuinas y constructivas, dentro de plazos razonables y donde esté presente, en todo momento, la buena fe de las partes³⁷.

El convenio 169 no define los procedimientos, de manera que esta labor recae, como lo señala el artículo 12 del Convenio, sobre los Estados, los que deben crear una normativa interna, con disposiciones que concreten este estándar: “deberán adoptar 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”³⁸. Esto requiere que los Estados dialoguen con las comunidades y den a conocer las consecuencias de las medidas que se pretenden adoptar, así como también reconocer los propios mecanismos de organización indígena, sus costumbres, y proporcionando la asesoría que fuere necesaria. De este diálogo intercultural los Estados deben desarrollar una

³⁵Contesse Singh, Jorge (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Página 196.

³⁶ Galvis Patiño María Clara, Ramírez Rincón Ángela María (2013) *Digesto de jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Fundación para el debido proceso Washington DC Estado Unidos. Pág. 127.

³⁷ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Pág. 16

³⁸ Artículo 12 del convenio.

acción coordinada y sistemática con el objetivo de proteger los derechos y garantizar el respeto por su integridad³⁹.

El principio del derecho internacional sobre la consulta, contempla como requisitos de esta, la sistematización y la transparencia, por lo que los Estados deben tener procedimientos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Con esto además, cumplirían con dotar de certeza jurídica a la figura de la consulta⁴⁰.

El objetivo de los procedimientos es lograr que las comunidades comprendan efectivamente y a cabalidad, los aspectos que comprenden las medidas administrativas o legislativas, discutidas durante el proceso, de lo contrario de ninguna manera se estaría dando cumplimiento a los estándares. Es importante la comprensión de lo sometido a la consulta, la cual requiere un tiempo suficiente donde las comunidades puedan organizarse internamente, logrando establecer el proceso de toma de decisiones y la forma de participación con miras a dar una respuesta discutida previa y plenamente.⁴¹ Se pone énfasis en que es el Estado, él que a través de los procedimientos adecuados, genere las condiciones propicias para arribar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas discutidas, independientemente del resultado logrado⁴².

3.5- la consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 y la Declaración han resaltado que los pueblos indígenas deben ser consultados en particular a través de sus instituciones representativas⁴³. Pero esta

³⁹ Anaya, James (2005): "*Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*" segunda edición Editorial Trotta Universidad Internacional de Andalucía. Madrid. traducción de la segunda edición de indigenous peoples international law originalmente publicada en inglés 2004

⁴⁰ González Quiroga, Paulina. Gordillo Corvalán, Felipe. Orrego Sánchez, Jorge. Rojas Novoa, Rocío. (2012): "Aspectos jurídicos del derecho a consulta a las comunidades indígenas del convenio 169 OIT, en *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 5, Pagina 223.

⁴¹ Contesse Singh, Jorge (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Página 197.

⁴² Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT pág 16.

⁴³ - Dirección General de Obras Públicas (2012): *Guía de antecedentes territoriales y culturales en los pueblos indígenas de Chile*. Santiago De Chile Enero 2012. Pág. 67.

representatividad no debe entenderse restrictivamente, ya que los órganos de la OIT han señalado que las instituciones representativas sean el fruto de un proceso propio, por esta razón lo más importante de la consulta es respetar las tradiciones de las comunidades en la toma de decisiones, no correspondiéndole al Estado determinar a personas o grupos. Es común estudiar situaciones en que los Estados han querido extender sus estructuras jurídicas, las cuales en la mayoría de los casos distan mucho de la organización interna de los pueblos tribales⁴⁴.

Son los indígenas quienes nombrarán a sus representantes, y es el Estado, el que debe colocar a disposición de los pueblos, los medios para que libremente las comunidades designen a sus representantes, y para que durante la consulta se asegure a los afectados, que las decisiones que se tomen, tendrán la legitimidad para ser la voz autorizada del pueblo consultado. Ante una posible falta de representatividad, esta se puede impugnar de manera que perdería toda legitimidad⁴⁵.

Con todo es posible identificar un problema, el cual se suscita a partir de la pugna entre la organización y tradición interna de las comunidades, con los principios del derecho internacional de los Derechos Humanos. Esto se debe a que muchas veces las comunidades indígenas tienen formas de discriminación que son culturalmente aceptadas, como la falta de participación de las mujeres, de los menores o personas con discapacidad. Esto dista mucho de los derechos que promueven los Estados dentro de su territorio y a nivel internacional. Con todo, el convenio se ha esmerado en dar una solución respecto de este tema al prescribir “el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía” el cual se extiende a las comunidades que no pueden sufrir ningún menoscabo como consecuencia de la adopción de las medidas administrativas o legislativas⁴⁶.

Es medular es, que los Estados incentiven una participación efectiva a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, lo cual ha sido recalcado por la Corte

⁴⁴ Meghan Morris, Cesar Rodríguez, Natalia Orduz y Paula Burítica, "La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional", Bogotá, Universidad de los Andes, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Documento 2, 2010, pp 69

⁴⁵ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. página 15.

⁴⁶ Contesse Singh, Jorge (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Página 198.

Interamericana en la sentencia ya vista del pueblo Saramaka en los siguientes términos: “...los Saramakas deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuales miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas (y reconoció que) el pueblo de Saramaka, y no el Estado quien el que debe decidir sobre quien o quienes representaran al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el tribunal”⁴⁷.

3.6- el objetivo de la consulta es llegar a acuerdo o lograr el consentimiento.

Todo lo que hemos visto y analizado respecto de los estándares tiene un fin muy claro, todo el proceso de consulta se hace con miras a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. La correcta aplicación del derecho a la consulta, implica un proceso íntegro de negociaciones y diálogo de buena fe, por medio del cual sea posible arribar a un acuerdo⁴⁸. Ahora bien, los organismos de la OIT, han sido enfáticos en señalar que se mira con desconfianza la imposición de plazos para el desarrollo de la consulta. Ante tales medidas de presión, es difícil que las comunidades puedan prestar su consentimiento con libertad y convencimiento. Tampoco la idea es que la consulta se prolongue indefinidamente, sino que, siempre bajo los principios de la razonabilidad, se realice un proceso de consulta adecuada a las circunstancias y costumbres propias de la población indígena.⁴⁹

El acuerdo o consentimiento adquiere suma importancia, cuando las medidas a tomar conlleven severas consecuencias para los pueblos afectados. No es lo mismo cuando un pueblo se ve afectado por problemas ambientales que afecten en menor medida la calidad de vida, a cuando se ponga en riesgo la salud y la existencia de pueblos asentados en un lugar por cientos de años⁵⁰. Es rol fundamental del Estado el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con los pueblos de buena fe, y con el

⁴⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso *Saramaka vs Surinam*. Párrs 15 y 18.

⁴⁸ Galvis Patiño María Clara, Ramírez Rincón Ángela María (2013) *Digesto de jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Fundación para el debido proceso Washington DC Estado Unidos. Pág. 139.

⁴⁹ Contesse Singh, Jorge (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Página 198

⁵⁰ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. página 17.

objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible⁵¹

Como se ha afirmado, esta exigencia no significa un "poder de veto" a los pueblos, sino que más bien, comprende la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. El relator James Anaya, critica el hecho de que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas donde se preste un consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden ejercer para detener los proyectos de desarrollo. Anaya considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.⁵²

CAPITULO II

ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN EN CHILE DEL DERECHO A LA CONSULTA.

En el poco tiempo que lleva de vigencia en Chile el Convenio 169, se han dictado varias sentencias judiciales que se pronuncian sobre su valor normativo, así como sobre su conexión con otras normas del ordenamiento jurídico nacional. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco fue el primer tribunal superior en hacer un pronunciamiento judicial respecto de la obligación de consulta previa del convenio N° 169 de la OIT⁵³

⁵¹ CIDH Saramanka Surinam Sentencia Interpretativa agosto 2008

⁵² Naciones Unidas (NU), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. - See more at: http://www.observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=article&id=777&Itemid=221#sthash.SaA4QZSz.dpuf

⁵³ Las implicancias de la rarificación del convenio N° 169 de la OIT en Chile

En esta parte del trabajo veremos la evolución que han tenido los Tribunales Superiores de Justicia en cuanto, si bien han existido algunos fallos teniendo, no solo en consideración sino que aplicando el convenio en sus fallos a las demandas presentadas por diversas comunidades indígenas, este no ha sido la regla general y apreciamos como los criterios para resolver de los jueces distan de los estándares propuestos principalmente por el Convenio y la Declaración.⁵⁴

1. APLICACIÓN DE LA LEY 19.300 POR SOBRE EL CONVENIO.

Cabe hacer la observación, para entender el análisis jurisprudencial, de que las Cortes de Apelaciones tienden a acoger los recursos de protección presentados por individuos o comunidades indígenas, aplicando el convenio; a diferencia de la Corte Suprema, la cual en varias ocasiones confirma los fallos de la Corte de Apelaciones pero aplicando la ley interna por sobre el convenio.

El primer fallo en el cual se aplicó expresamente el convenio 169, se dictó en la Corte de Apelaciones de Temuco en enero de 2010 acogiendo un recurso de protección interpuesto por las comunidades mapuche Palgún Bajo y Antonio Huenuñanco⁵⁵, que impugnaron la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía, que calificó positivamente el proyecto de inversión de piscicultura en el sector de Palgún, cercano a Villarrica.⁵⁶

La importancia de este fallo radica, en que la Corte entendió que el Estado de Chile no puede incumplir las obligaciones internacionales (que se desprenden de la autoejecutabilidad de los art 6 y 7 del Convenio 169 que se refieren al derecho a la consulta),⁵⁷ prefiriendo la aplicación del derecho interno, es por eso que la Corte de Apelaciones de

⁵⁴ derecho y pueblo mapuche aportes para la discusión pág. 242- 254

⁵⁵ Rol 1705 Corte Apelaciones Valdivia 21 de enero del 2010 /Corte Suprema rol 1525-2010 17 de mayo del 2010

⁵⁶ Sanhueza Cristian, Saver Daniel, Cavallaro James (2013) "*No nos toman en cuenta, Pueblos Indígenas y Consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía*" Ediciones Universidad Diego Portales Santiago De Chile. Página 100,101.

⁵⁷ Corte Apelaciones de Temuco rol 1705-2009 sentencia de 21 de enero de 2010 considerando 7, este considerando luego fue eliminado por la corte suprema

Temuco señaló, que la resolución de calificación ambiental(en adelante RCA) era ilegal, puesto que no se realizó la consulta previa a los pueblos indígenas: "*deviene inexorablemente en el rechazo de la declaración de impacto ambiental presentada por el titular y su sustitución por un impacto ambiental*"⁵⁸. Asimismo también, entendió que la RCA es un acto administrativo, el cual según el convenio 169 debe ser consultado⁵⁹. El tribunal Supremo revocó el fallo de la Corte de Apelaciones, sosteniendo que la consulta previa significa una aplicación de las normas sobre participación ambiental contemplada en el artículo 11 de la ley 19.300, por lo que no se hace necesaria la realización de una consulta previa, ya que se trataba de una DIA, y no de un EIA. Es evidente que en la declaración de la excelentísima Corte, hay una tendencia clara a aplicar la ley Chilena por sobre el Convenio 169, dejando fuera la realización de la consulta previa.⁶⁰

Una situación similar es la del caso conocido como "ducto Celco"⁶¹ el que se originó a propósito de la aprobación por parte de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región de Los Ríos, del "Sistema de conducción y descarga al mar de efluentes tratados de planta Valdivia". Después de que la Comisión calificara favorablemente el proyecto, mediante la aprobación de un EIA, múltiples comunidades indígenas manifestaron su rechazo y presentaron una acción de protección en contra de la resolución.⁶² Los recurrentes reclamaban la vulneración del derecho de consulta consagrado en el Convenio 169, y que el respectivo EIA no contempló las variables antropológicas relativas al uso consuetudinario del espacio costero por parte de los pueblos indígenas y no se había considerado la magnitud del impacto ambiental.⁶³

⁵⁸ Corte apelaciones de Temuco rol 1705-2009 sentencia de 21 de enero de 2010 considerando 11 este considerando luego fue eliminado por la corte Suprema

⁵⁹ Corte apelaciones de Temuco rol 1705-2009 sentencia de 21 de enero de 2010 considerando 9 este considerando luego fue eliminado por la Corte Suprema

⁶⁰ Fernández Alemany, Andrés. (2011): Jurisprudencia Judicial y otras fuentes relacionadas con el convenio OIT N° 169, en especial sobre la evolución del Derecho de la Consulta Indígena en "*Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias Destacadas 2010, Una mirada desde las perspectivas de las políticas Públicas*" Primera Edición octubre 2011 Ediciones LYD pág. 279

⁶¹ corte apelaciones Valdivia rol 148-2010 sentencia 26 de mayo del 2010/ corte Suprema 4078-2010 sentencia 14 de octubre 2010

⁶² Corte apelaciones Valdivia rol 148-2010 sentencia 26 de mayo del 2010

⁶³ Fernández Alemany, Andrés. (2011): Jurisprudencia Judicial y otras fuentes relacionadas con el convenio OIT N° 169, en especial sobre la evolución del Derecho de la Consulta Indígena en "*Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias Destacadas 2010, Una mirada desde las perspectivas de las políticas Públicas*" Primera Edición octubre 2011 Ediciones LYD pág 283 y 284

En este caso la Corte Suprema ratifica lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Valdivia. Entre las aclaraciones realizadas por el máximo tribunal, destacamos la referencia que hace al artículo 34 del convenio 169, como resultado del principio de flexibilidad⁶⁴, que establece que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio, deberán determinarse teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, por lo que de esta forma se reconoce que el Convenio, no debiera de forma alguna, modificar la legislación Chilena, sino que es el convenio es el que debe adaptarse a la realidad jurídica y social de cada país.⁶⁵

En cuanto al fundamento mismo de la resolución de la Suprema Corte⁶⁶, este se basa en que la participación ciudadana consagrada en la ley 19.300⁶⁷ es compatible y suficiente para canalizar la consulta indígena. Aquí el Tribunal Supremo va inclusive más allá, al creer que la participación ciudadana, resulta un instrumento perfectamente compatible con los estándares internacionales de la consulta indígena como el de la buena fe y el de la utilización de procedimientos adecuados⁶⁸, así lo señala el considerando décimo: "se realizaron seis talleres de información ambiental en diferentes juntas de vecinos y comunidades indígenas del sector, también se realizaron tres casas abiertas o exposiciones , Adicionalmente se recepcionaron ciento ochenta observaciones ciudadanas, de las cuales cincuenta y nueve cumplían los requisitos legales y de las que se hizo cargo la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto."⁶⁹

Es digno destacar el voto disidente del ministro Haroldo Brito, que en su argumentación señala, que la información (a través de los talleres de información) no constituye la consulta del convenio 169, ya que las comunidades indígenas no tendrían en ningún caso poder de decisión en los proyectos de inversión. Agrega además, que en todo diálogo, debe cumplirse con el estándar de la buena fe, con el propósito de llegar a un acuerdo en donde

⁶⁴ Corte apelaciones Valdivia rol 148-2010 sentencia 26 de mayo del 2010 considerando 6

⁶⁵ Carrasco Quiroga, Edesio. (2013): "Razonabilidad y Proporcionalidad: Criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de Inversión en el marco del convenio N°169 de la OIT" en *Revista Chilena de Derecho PUC* vol. 40 N°1 pp 309 y 312

⁶⁶ Sentencia de la Corte Suprema (2010) Rol 4078-2010.

⁶⁷ artículos 26 a 31 ley 19300 regulan participación ciudadana

⁶⁸ Corte apelaciones Valdivia rol 148-2010 sentencia 26 de mayo del 2010 considerando 9

⁶⁹ Corte apelaciones Valdivia rol 148-2010 sentencia 26 de mayo del 2010 considerando 10

ambas partes cedan posturas para lograr de esta forma consensos positivos, opinión que apunta a dar cumplimiento a los estándares internacionales de la consulta indígena.⁷⁰

De la misma forma sentenciaron las Cortes de Apelaciones y Corte suprema respectivamente el año 2010, ante la demanda que objetó la calificación ambiental favorable de la Comisión Regional del Medio Ambiente a un proyecto de inversión, que comprendía la instalación de una estación de transferencia de residuos sólidos para las comunas de Lanco y Panguipulli⁷¹, antes de su disposición final en un relleno sanitario. La calificación se realizó sin cumplir los estándares de la consulta a las comunidades indígenas afectadas, por lo cual la Corte estimó dejar sin efecto la calificación ambiental, aplicando así, no solo lo dispuesto en el convenio 169, sino también a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, documento que si bien no tiene la fuerza vinculante del convenio 169, es el más reciente y establece directrices o estándares más exigentes respecto del derecho y procesos de consulta.⁷²

La Corte de Valdivia a partir de los hechos, comprende que el proyecto de inversión es de gran impacto, y que por esa misma razón debió haber sido objeto de un EIA y no de una RCA ⁷³, lo que lleva a seguir la lógica de los fallos analizados anteriormente por las Cortes de Apelaciones, resolviendo que los estándares internacionales sobre la consulta son subsumidas por la legislación chilena y por ende, que basta con la sola aplicación del derecho interno por sobre estos estándares internacionales.

En este juicio la Corte Suprema ratifica lo fallado por la Corte de Apelaciones de Valdivia. Es preciso señalar, que si bien ratifica lo de la Corte de Valdivia, elimina dos considerandos⁷⁴, dejando fuera los fundamentos dado por la de Apelaciones, en donde hacía referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas⁷⁵. Además sentenció la Corte, que la autoridad administrativa, es decir la COREMA, debió tener en

⁷⁰ Contesse Singh, Jorge (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. pág 218

⁷¹ Corte apelaciones de Valdivia, Rol N° 243-2010. Sentencia de 4 de agosto 2010

⁷² Contesse Singh, Jorge (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

⁷³ Corte Apelaciones de Valdivia, Rol N° 243-2010. Sentencia de 4 de agosto 2010 considerando 4

⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema (2011) Rol N° 6062-2010. Considerando eliminados 4 y 6

⁷⁵ Sentencia de la Corte Apelaciones Valdivia (2010). Rol N° 243. Considerando 4

cuenta el procedimiento de la participación ciudadana que se encuentran en los artículos 26 al 31 de la ley 19.300, contemplando además, los estándares del convenio 169⁷⁶. De esta manera la Corte Suprema mantiene el criterio del sometimiento de la consulta previa al ordenamiento jurídico interno.

Dentro de la misma línea de fallos encontramos el caso del recurso de protección interpuesto por la comunidad de “Pepiukëlen” de la región de Los Lagos, contra la COREMA⁷⁷ al calificar positivamente la DÍA en favor de la pesquera “Los Fiordos” perteneciente a Agrosuper, empresa que inicio la construcción de una piscina con el propósito de contener agua contaminada, muy cerca de donde vive la comunidad y del lugar donde realizan rituales religiosos. En esta demanda se impugnaba la resolución en favor de la empresa pesquera, ya que a juicio de la comunidad esta debía pasar por el trámite de EIA. La Corte Apelaciones de Puerto Montt acogió el recurso de protección teniendo presente que el convenio 169 no puede estar supeditado al derecho interno chileno, ya que se trata de una norma internacional, que viene a corregir el débil proceso participativo contemplado en la legislación nacional, refiriéndose en estos términos: *“ya sea una declaración o estudio o impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el convenio consagra el derecho a la participación,....El tribunal constitucional chileno, señala que el convenio es una norma autoejecutable,....El hecho es que tal consulta no solo 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”*⁷⁸.

La Corte Suprema coherente con el criterio empleado en fallos anteriores, de la mano del ministro Pedro Pierry, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, pero eliminó cualquier referencia que se hiciera al convenio 169 y su artículo 6, logrando así evadir las obligaciones contraídas en el tratado. Se destaca el voto minoritario del ministro Sergio Muñoz que le da cabida plena a la aplicación del convenio 169.

⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6062-2010 4 de enero 2011 considerando 3

⁷⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2010): Rol 36-2010. Pepiukëlen vs CORAMA

⁷⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2010): Rol 36-2010. Pepiukëlen vs CORAMA. Considerando 9

Voto minoritario y en los mismos términos, es también el que dio el ministro Haroldo Brito, en el caso de la construcción de un aeropuerto en la región de la Araucanía, donde un conjunto de comunidades mapuches interpusieron un recurso de protección en contra del MOP por la concesión de la ejecución del aeropuerto, por vulnerar garantías constitucionales y el deber de consulta contemplado en el artículo 6 del convenio, el cual fue rechazado por la Corte⁷⁹, argumentando que el convenio es una herramienta que debe conciliarse con la ley de bases del medio ambiente y la ley indígena⁸⁰. Señaló también, siguiendo la línea del caso “Ducto Celco” que el convenio no tiene fuerza vinculante y que su aplicación es flexible⁸¹. Así han razonado gran parte de nuestros tribunales, consideran al convenio como facultativo y no vinculante. La Corte Suprema ratificó el fallo de la de Apelaciones, nuevamente eliminando los considerandos que se referían al deber de consulta del Convenio⁸².

Hasta ahora todos los recursos vistos han sido acogidos por las Cortes de Apelaciones, pero una situación diferente es la que se dio en el caso de la minicentral Cayupil, en la región del Bío Bío⁸³. Entre los argumentos dados por la Corte al rechazar el recurso de apelación está en primer lugar, el de que no se entiende que el convenio haya modificado las disposiciones de la ley 19.300⁸⁴. En segundo lugar, afirma que el convenio 169 debe enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico chileno⁸⁵. Y en tercer lugar que no debe entenderse que el derecho de consulta del artículo 6 del Convenio es un requisito exigible a la declaración de impacto ambiental.

Estas sentencias analizadas, demuestran la visión restringida de los jueces respecto de la aplicación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, supeditando siempre este mandato internacional a la legislación chilena, la cual está lejos de cumplir cabalmente los estándares de la consulta.

⁷⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2011): Rol 1794-2010.

⁸⁰ Fernández Alemany, Andrés. (2011): Jurisprudencia Judicial y otras fuentes relacionadas con el convenio OIT N° 169, en especial sobre la evolución del Derecho de la Consulta Indígena en "*Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias Destacadas 2010, Una mirada desde las perspectivas de las políticas Públicas*" Primera Edición octubre 2011 Ediciones LYD pág. 291

⁸¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2011): Rol 1794-2010, considerando 7

⁸² Sentencia de la Corte Suprema (2011) Rol 1608-2011.

⁸³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (2010): Rol 401-2010.

⁸⁴ Op cit. Considerando 8.

⁸⁵ Op cit. Considerando 9.

2. APLICACIÓN DEL CONVENIO.

A diferencia de los fallos analizados en el punto anterior, nos encontramos con un panorama muy distinto, puesto que acá es la corte de apelaciones la que rechaza el recurso de protección que presentaron comunidades y organizaciones de pueblos atacameños en contra de la COREMA Región de Antofagasta⁸⁶, por haber emitido una RCA calificando favorablemente la DIA del Proyecto "actualización del plano regulador San Pedro de Atacama", señalando que el proyecto de actualización del plano regulador debió ingresar vía EIA, y que se omitió el procedimiento de consulta indígena que dispone el artículo 6 del convenio. Estas circunstancias transgredirían los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica de los recurrentes. La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso, sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión acogiendo el recurso presentado por los recurrentes.⁸⁷

En este caso tenemos una sentencia del Tribunal Supremo revocando lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en un sentido favorable a la aplicación de los estándares internacionales del derecho a la consulta. Por una parte, tenemos a la corte de apelaciones afirmando en su sentencia, que la modificación del plano regulador es realizable mediante una RCA, y que se dio cumplimiento a los procedimientos de participación de la ordenanza general de urbanismo y construcciones, criterios que difieren totalmente con los dados por la Corte Suprema⁸⁸. En primero lugar porque considera que el plano regulador debe someterse a un EIA y no una DIA y con una participación ajustada en los términos del convenio 169, ya que a su criterio la consulta previa debe existir desde el momento que comienzan a afectarse los derechos de los interesados, y que por lo tanto es menester el EIA⁸⁹. Y en segundo lugar, porque considera que la participación regulada en la

⁸⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. (2010) Rol 782-2010.

⁸⁷ Fernández Alemany, Andrés. (2011): Jurisprudencia Judicial y otras fuentes relacionadas con el convenio OIT N° 169, en especial sobre la evolución del Derecho de la Consulta Indígena en "*Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias Destacadas 2010, Una mirada desde las perspectivas de las políticas Públicas*" Primera Edición octubre 2011 Ediciones LYD

⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema (2011). Rol 258-2011.

⁸⁹ Op cit. Considerando 7.

ordenanza general de urbanismo, dista de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha⁹⁰.

Este fallo de la Excelentísima da entender una nueva forma de aplicar el derecho a la consulta, por cuanto ya no resulta satisfactorio la aplicación de los procedimientos de consulta consagrados en la legislación interna, si no que se hace necesario el cumplimiento de la exigencias emanadas del convenio 169 y de la declaración de los derechos de los pueblos indígenas⁹¹.

En el caso del parque eólico de Chiloé y en el proyecto de sondajes de prospección Paguanta, la Suprema Corte estimó que se había vulnerado el artículo 11 de la ley N°19.300 y la ley indígena, resaltando de manera especial la infracción del artículo 6 del Convenio⁹².

En resumen, en atención respecto el derecho a la consulta, la corte suprema ha estimado:

- 1- Lo contenido en el convenio no constituye una consulta popular vinculante, y no puede contravenir las atribuciones exclusivas de las autoridades, emanadas de la constitución⁹³.
- 2- En los proyectos de inversión que son sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental que generen alguna de las situaciones contempladas en el Artículo 11 de la ley 19.300, deben ser evaluados por un Estudio de impacto ambiental y la consecuente instancia de participación, y no ser sometida a una declaración de impacto ambiental⁹⁴.
- 3- Como se sostuvo en el fallo de San Pedro de Atacama, las acciones de información contempladas en la ordenanza general de urbanismo y construcción, no son

⁹⁰ Op cit. Considerando 8.

⁹¹ Carrasco, Edsio, Moreno, José Adolfo (2013) " Indigenous Consultation and Participation under Chilean Environmental Impact Assessment" en Conference Proceedings' Impact Assessment the Next Generation 33rd Annual Meeting of the International Association for Impact Assessment 13 – 16 May 2013, Calgary Stampede BMO Centre | Calgary, Alberta, Canada (www.iaia.org).

⁹² Espinosa, Álvaro (2013) "Naturaleza, Jerarquía y Aplicación del Convenio 169 de la OIT en la reciente Jurisprudencia de la Corte Suprema en *Derecho Corporativo jurisprudencia Comentada* 1era edición julio 2013 Legal Publishing Santiago de Chile. Pagina 146,147.

⁹³ Sentencia de la Corte Suprema (2011) Rol 1608-2011. Caso aeropuerto Araucanía Maquehue.

⁹⁴ Aguilar Cavallo Gonzalo (2013) "Gobierno Ambiental por consentimiento, participación y evaluación de impacto" en *Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente, Progresos y retrocesos a la luz de la evolución nacional e internacional*. Coordinado Gonzalo Aguilar Cavallo Librotecnia Santiago de Chile. pp. 101-208

instancias de participación y menos de consulta según los estándares internacionales⁹⁵.

- 4- La Corte comprende que la participación ciudadana de la ley 19.300 es compatible con los estándares de la consulta indígena, pero que estos están supeditados a la legislación nacional, prefiriendo la aplicación de la participación contenida en la ley 19.300⁹⁶.

⁹⁵ Sentencia de la Corte Suprema (2011). Rol 258-2011. Caso plano regulador de San Pedro de Atacama.

⁹⁶ Caso ducto Celco. Caso minicentral Cayupil. Caso Pepiukelen. Caso Lof Palguin.

CONCLUSIONES.

A partir de los fallos emanados de las Cortes de Apelaciones y la Excelentísima Corte Suprema, podemos concluir que los criterios de los jueces son variados, pero que tienen una clara línea a seguir: que las reglas y estándares sobre el derecho a la consulta deben ser interpretados armónicamente con las normas del ordenamiento interno como lo es la ley N°19.300. Es más, el propio convenio 169 en su artículo 34 contiene un criterio de flexibilidad en cuanto a su aplicación, el que debe tener siempre en cuenta la realidad social y jurídica de los pueblos, por lo que lleva a que los jueces decidan aplicar la legislación interna por sobre los convenios internacionales⁹⁷.

El problema radica principalmente en que los tribunales equiparan la consulta con el proceso de participación consagrado en la ley 19.300 la que opera de modo general hacia la ciudadanía. Es decir, los tribunales chilenos están lejos de aplicar los estándares internacionales de la consulta previa, porque los procesos en los cuales se pretende realizar la consulta, ya están determinados por la participación regulada en la legislación interna, así como también los plazos y las situaciones en que se realiza. En otras palabras la aplicación del estándar de consulta, sigue sujeta a los supuestos vigentes en la institucionalidad ambiental chilena.

La consulta previa, no encuentra desarrollo en la jurisprudencia chilena, puesto que ella ha interpretado de forma muy restrictiva este estándar internacional, el que tiene como objetivo entre otros, mejorar la calidad de vida y lograr una real defensa de los derechos de los pueblos indígenas, lo que lleva a Chile y sus instituciones a un incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas libremente por el estado.

⁹⁷ Carrasco, Edsio, Moreno, José Adolfo (2013) " Indigenous Consultation and Participation under Chilean Environmental Impact Assessment" en Conference Proceedings' Impact Assessment the Next Generation 33rd Annual Meeting of the International Association for Impact Assessment 13 – 16 May 2013, Calgary Stampede BMO Centre | Calgary, Alberta, Canada (www.iaia.org). Página 3.

BIBLOGRAFÍA

LIBROS:

- Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier, Lafosse, Sandra, Rojas, Hugo, et al.(2011): *Justicia Constitucional y modelo de reconocimiento de los pueblos Indígenas* Porrúa Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional México D.F.
- Anaya, James (2005): *"Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional"* segunda edición Editorial Trotta Universidad Internacional de Andalucía. Madrid. traducción de la segunda edición de indigenous peoples international law originalmente publicada en inglés 2004.
- Aylwin, José O et. al. (2009): *Las Implicancias de la ratificación del convenio 169 de la OIT* segunda edición Heinrich Böll Stiftung Santiago de Chile
- Contesse Singh, Jorge (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Galvis Patiño María Clara, Ramírez Rincón Ángela María (2013) *Digesto de jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Fundación para el debido proceso Washington DC Estado Unidos
- Sanhueza Cristian, Saver Daniel, Cavallaro James (2013) *"No nos toman en cuenta, Pueblos Indígenas y Consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía"* Ediciones Universidad Diego Portales Santiago De Chile.

ARTÍCULOS:

- Amparo Rodríguez, Gloria. (2011) "Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa" en *Revista Opinión Jurídica edición especial Universidad de Medellín*. pp. 57-72
- Carrasco, Edsio, Moreno, José Adolfo (2013) " Indigenous Consultation and Participation under Chilean Environmental Impact Assessment" en *Conference Proceedings' Impact*

Assessment the Next Generation 33rd Annual Meeting of the International Association for Impact Assessment 13 – 16 May 2013, Calgary Stampede BMO Centre | Calgary, Alberta, Canada (www.iaia.org).

- Carrasco Quiroga, Edesio. (2013): "Razonabilidad y Proporcionalidad: Criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de Inversión en el marco del convenio N°169 de la OIT" en *Revista Chilena de Derecho PUC* vol. 40 N°1 pp. 299-314

- Contesse, Jorge, Lovera, Domingo (2011) " El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia Chilena: Prologo del incumplimiento" en *Anuario de Derecho público UDP* pp.127-151.

- Espinosa, Álvaro (2013) "Naturaleza, Jerarquía y Aplicación del Convenio 169 de la OIT en la reciente Jurisprudencia de la Corte Suprema en *Derecho Corporativo jurisprudencia Comentada* 1era edición julio 2013 Legal Publishing Santiago de Chile

-Fernández Alemany, Andrés. (2011): Jurisprudencia Judicial y otras fuentes relacionadas con el convenio OIT N° 169, en especial sobre la evolución del Derecho de la Consulta Indígena en "*Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias Destacadas 2010, Una mirada desde las perspectivas de las políticas Públicas*" Primera Edición octubre 2011 Ediciones LYD pp. 269-304

-Fernández, Andrés, De la Piedra, Cristhian (2011) "Implementación y evolución de los Derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronostico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias en *Estudios Públicos, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales* N°121 Verano del 2011 pp. 71-132.

- Mereminskaya, Elina (2011) "El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho Internacional y experiencia comparadas en *Estudios Públicos, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales* N°121 Verano del 2011 pp 213-276.

- Montt Santiago, Matta Manuel (2011) " Una visión panorámica al convenio OIT 169 y su implementación en Chile. pp 133-214.

- Quiroga González, Paulina, Gordillo Corvalán, Felipe, Orrego Sánchez Jorge, Rojas Novoa, Rocío. (2012) " Aspectos Jurídicos del Derecho a consulta a las comunidades indígenas del convenio 169 OIT" en *Revista de Estudios Ius Novum* N°5 pp213-250
- Salinas Alvarado, Carlos Eduardo (2011):" La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia" en *Revista Derecho del Estado* n° 27. Julio-Diciembre pp. 235-259
- Ríos Angulo, Marcos Javier. (2011) "Implementación del Derecho de consulta de los pueblos indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio 169 de la OIT" en *Revista Catalana de Dret ambiental* Vol. II Núm. 2 pp. 1-41
- Valdivia, José Migue (2012) "Alcances Jurídicos del Convenio 169" en *Estudios Públicos, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales* N°121 Verano del 2011. 35-70.

COLABORACIÓN EN OBRAS COLECTIVAS:

- Aguilar Cavallo Gonzalo (2013) "Gobierno Ambiental por consentimiento, participación y evaluación de impacto" en *Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente, Progresos y retrocesos a la luz de la evolución nacional e internacional*. Coordinado Gonzalo Aguilar Cavallo Librotecnia Santiago de Chile. pp. 101-208
- Bermúdez Tapia Manuel (2013) "La ley de consulta previa en el Perú" en *Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente, Progresos y retrocesos a la luz de la evolución nacional e internacional*. Coordinado Gonzalo Aguilar Cavallo Librotecnia Santiago de Chile. 587-596.
- Sanhueza Cubillos, Cristián (2013) "La Consulta Previa en Chile: Del Dicho al Hecho" en *Derecho y Pueblo Mapuche, aportes para la Discusión*" Helena Olea Rodríguez [ed.]Centro de Derechos Humanos, Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago de Chile pp. 217-256

-Yrigoyen Fajard, Raquel (2009) "Integración y complementariedad de los Derechos de Participación" en *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, hacia un mundo intercultural y sostenible* Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva Martínez, Nieves Zuñiga Gracia-Falces [eds] Los libros de la Catarata. Madrid pp. 326-368

DOCUMENTOS:

- CEACR (2012): Observación general Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 81° Reunión 2010, Santiago Mayo 2012
- Consejo de Derechos Humanos (2009): Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, "la situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior" James Anaya.
- Dirección General de Obras Públicas (2012): Guía de antecedentes territoriales y culturales en los pueblos indígenas de Chile. Santiago De Chile Enero 2012
- Oficina Internacional del Trabajo Ginebra (2013) Manual para los Mandantes tripartitos "OIT; Comprender el convenio sobre los pueblos indígenas y tribales"

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia Corte Suprema rol 1525-2010 17 de mayo del 2010.
- Sentencia Corte Apelaciones de Temuco rol 1705-2009 sentencia de 21 de enero de 2010.
- Sentencia de la Corte Suprema (2011) Rol 1608-2011. Caso aeropuerto Araucanía Maquehue.
- Sentencia de la Corte Suprema (2010) Rol 4078-2010. Caso Ducto Celco.
- Sentencia de la Corte Suprema (2011). Rol 258-2011. Caso plano regulador de San Pedro de Atacama.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2010): Rol 36-2010. Pepiukëlen vs CORAMA.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2011): Rol 1794-2010.
- Sentencia de Corte Apelaciones de Valdivia, Rol N° 243-2010. 4 de agosto 2010.
- Sentencia Corte Suprema Rol N° 6062-2010 4 de enero 2011.
- Sentencia Corte apelaciones Valdivia rol 148-2010 26 de mayo del 2010.
- Sentencia Corte Suprema 4078-2010 sentencia 14 de octubre 2010.