



Escuela de Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Valparaíso

La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el Derecho a la Consulta Indígena.

José Daniel Vega Arcos.

Profesor Guía:
Gonzalo Aguilar Cavallo.

Valparaíso, 2013.

Índice.

1.	Introducción.	3
2.	El derecho a la consulta indígena.	4
2.1.	Naturaleza del derecho a consulta.	6
2.2.	Características de la consulta.	7
2.3.	Implementación de la consulta indígena en Chile. Ley Indígena y Decreto Supremo 124.	11
3.	Aplicación del derecho a consulta en Chile. Análisis Jurisprudencial (2009-2013).	14
3.1.	Ámbito de la discusión judicial.	14
3.2.	Primer periodo: Identificación de la consulta indígena con el régimen de participación ciudadana de la ley 19.300.	15
3.3.	Segundo periodo: La consulta indígena como un estándar distinto a la legislación chilena interna.	19
3.4.	Tercer periodo: La afectación como criterio de procedencia de la consulta indígena.	23
4.	Conclusiones.	26
5.	Referencias bibliográficas.	28

1. Introducción.

El reconocimiento de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, y con ello su promoción y protección, encuentra en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo su más importante instrumento internacional.

El Convenio 169 entró en vigencia en nuestro país en septiembre del año 2009, tanto su implementación como su aplicación, especialmente en lo que respecta a uno de los derechos más controvertido e importante de los consagrados en el Convenio, el derecho a la consulta indígena, sigue siendo un desafío para el Estado chileno.

El derecho a consulta indígena es el instrumento a través del cual se busca asegurar la participación de los pueblos indígenas, en un plano de igualdad, en la toma de decisiones estatales que les pudieren afectar, ya que atendida su especificidad cultural no son suficientes los mecanismos normales de participación ciudadana.

En Chile, el derecho a consulta indígena ha sido objeto de consideraciones en diversas sentencias judiciales, las que se han originado mayoritariamente en la resolución de conflictos originados por la aplicación de la Ley de Bases del Medio Ambiente, en torno a la calificación ambiental realizada por las autoridades administrativas respecto de proyectos de inversión en territorios indígenas.

Es el propósito de esta investigación analizar en que consiste el derecho de consulta y, a través del análisis de los fallos relevantes, examinar si la Corte Suprema, al conocer las causas en las que se ha invocado la omisión de los procedimientos de consulta indígena, ha dado cumplimiento a los principios inspiradores y el estándar propugnado por el Convenio 169. Con este objetivo se realizó un examen del Convenio 169, de las guías y manuales que la OIT ha elaborado para la mejor aplicación del Convenio y de fuentes doctrinales, tanto chilenas como extranjeras, respecto del derecho a consulta indígena. Se analizaron los fallos de la Corte Suprema, dictados desde el año 2009 al año 2013, en los cuales se ha tenido en consideración el Convenio 169, seleccionando para este trabajo los que resultan más relevantes para el objeto de estudio.

Se divide este trabajo en dos partes, la primera sección tiene por objeto conceptualizar el derecho a consulta, señalar sus características y examinar su

implementación en Chile. La segunda sección es utilizada para revisar los fallos que, respecto a la consulta ha emitido la Corte Suprema, intentando identificar cuál ha sido la evolución de los criterios jurisdiccionales, cuál es la tendencia y cuáles son los desafíos hacia el futuro.

2. El derecho a la consulta indígena.

El Convenio 169 aborda diversas materias relativas a los pueblos indígenas como los derechos al territorio, recursos naturales y medio ambiente, derechos a la educación, al trabajo, a la seguridad social y salud, derecho a la educación, etc., pero es el derecho a la consulta indígena lo que constituye su piedra angular.

Tal como lo ilustra MEREMINSKAYA “la consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos”¹.

Constituye el deber que se impone sobre los Estados de consultar a los pueblos indígenas afectados por una determinada medida legislativa o administrativa².

El derecho a consulta se vincula directamente con el derecho de participación, ya que el establecimiento de mecanismos apropiados de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que puedan afectar sus intereses. La participación de los pueblos indígenas, en aquellas materias que pueden afectarles, debe asegurarse en todos los niveles de decisión, ya se trate de políticas públicas o de medidas legislativas y administrativas.

Los derechos de participación y consulta se encuentran consagrados en los artículos 6³ y 7⁴ del Convenio 169 “sobre los cuales reposa la aplicación de las demás

1 Elina Mereminskaya. *El convenio 169 de la OIT sobre pueblo indígenas y tribales*, 2011, p. 235.

2 Andrés Fernández Alemany y Cristhian de la Piedra Ravanal. *Implementación y evolución de los Derechos contenido en el Convenio OIT 169*, p. 95.

3 Art.6. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por los menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán 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.

4 Art. 7. 1. 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 a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. 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.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo global de las

disposiciones”⁵.

El artículo 6° establece lo que podemos llamar la obligación general sobre consulta previa, pero además el Convenio contempla este derecho en situaciones específicas, particularmente respecto a los derechos e intereses de los pueblos indígenas a la administración de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, conteniendo normas especiales de participación en los artículos 15.2, 17, 22.3, 28.1.

2.1. Naturaleza del derecho a consulta.

El Convenio 169 es un tratado internacional que consagra derechos fundamentales de carácter colectivo⁶. Los derechos colectivos son “los derechos acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos (y quizás conflictivos) de los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad”⁷. La naturaleza de los derechos que establece el Convenio se desprende de su propio texto, el que se dirige a “los pueblos indígenas y tribales”, y también así lo han sostenido los órganos de control de la OIT, quienes lo han señalado expresamente⁸. Por tanto, la consulta se trata de un derecho cuyo titular es el grupo, el pueblo indígena o tribal y el objeto del derecho es un bien colectivo. Hasta la adopción del Convenio 169 el paradigma de la protección indígena internacional era la promoción de mejores condiciones sociales y económicas para los pueblos indígenas, se concebía en función de los miembros de las poblaciones indígenas, de sus derechos como individuos frente a la sociedad en su conjunto. La colectividad, esto es, los pueblos o grupos indígenas eran beneficiarios de una protección de carácter tan sólo secundario⁹.

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

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

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

5 Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio N°169 de la OIT*, 2009, p.59

6 José Aylwin Oyarzún. *El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas*, 2009, p.22

7 Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural*, 1996, p.71

8 Existiendo críticas a la naturaleza colectiva de los derechos establecidos en el Convenio 169 su análisis excede el objeto de este trabajo, se sugiere ver Lucas Sierra, *La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo*. Centro de Estudios Públicos, 2003.

9 James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho Internacional*, 2005, p 90.

2.2. Características de la consulta.

Según lo dispuesto por el Convenio 169 la consulta a los pueblos indígenas debe tener las siguientes características:

2.2.1. La consulta es obligatoria.

La consulta debe realizarse cada vez que el Estado busque adoptar alguna medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas. Constituye un deber para el estado cada vez que “se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados”¹⁰, no es facultativo del Estado la realización de la consulta respecto de materias que puedan afectar a los pueblos indígenas. La realización de procedimientos de consulta indígena es un deber para el Estado, por lo cual no obliga directamente a los privados, pero “si podrían verse afectados por las normas de participación que establece el Convenio, por vía indirecta, cuando se trate de medidas administrativas y legislativas que les sean aplicables a sus proyectos”¹¹.

La hipótesis de aplicación de la consulta es que la medida legal o administrativa afecte a los pueblos indígenas, pero, la afectación debe ser directa, “la idea que subyace es que determinadas medidas afectan de manera especial a los pueblos indígenas y que son aquellas las que deben ser objeto de consulta”¹².

2.2.2. La consulta debe ser previa.

Si bien es cierto que el artículo 6° del Convenio 169 no indica en que momento debe ser realizada la consulta, su sentido es que permita a los pueblos indígenas hacer valer su opinión frente a las medidas que pudieren afectarles, “su espíritu indica que deben establecerse mecanismos que aseguren la consulta de las medidas legislativas y administrativas con la suficiente antelación para que dicha consulta resulte efectiva y significativa”¹³, por lo que el procedimiento de consulta debe

10 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual*, 2003, p.15.

11 Santiago Montt, Manuel Matta, *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile*, 2011. p.192

12 Jorge Contesse, *El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile*, 2012, p. 194.

13 Mereminskaya, E, Ob.cit., p. 236.

desarrollarse en forma previa a que se tomen las medidas que pueden afectar a los pueblos indígenas, así la consulta debe realizarse lo más temprano posible en el proceso de toma de decisiones; “entre más temprana sea la consulta, mayores serán las posibilidades de los indígenas de participar activa y genuinamente en la toma de decisiones y, en consecuencia, menor la posibilidad de falta de legitimidad de la medida administrativa o legislativa de que se trate”¹⁴.

2.2.3. La consulta debe hacerse de buena fe.

La OIT ha sostenido que la buena fe debe estar presente durante todo el proceso de consulta, siendo el objetivo de la consulta que los pueblos indígenas puedan manifestar su sentir frente a las medidas legislativas o administrativas que pudieren afectarles, “es preciso que los procedimientos de consulta no sean conducidos para cumplir con un formulario, sino para atender razones, ponderarlas y, de ser necesario, cambiar de opinión”¹⁵.

Las consultas deben realizarse en un clima de confianza mutua, los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad¹⁶. Una consulta en la que sea difícil obtener la información relevante o se mantenga oculta; o en caso de que sea entregada se haga de una forma incompleta o en términos de difícil comprensión, no será un proceso conducido con buena fe y conducirá a una decisión errónea por parte de los pueblos indígenas.

No obstante lo anterior, la consulta “no se agota con la mera información”¹⁷, es imprescindible que los pueblos indígenas sean escuchados y sus planteamientos atendidos dándoles razones para rechazarlos o modificando las posturas estatales iniciales¹⁸. Agrega la OIT que los gobiernos deben procurar llegar a un acuerdo, llevar adelante negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, otorgando a los pueblos indígenas el tiempo suficiente para que organicen sus propios

14 Contesse, J. Ob.cit., p. 195.

15 *Ibíd.* p. 196.

16 Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio N°169 de la OIT*, 2009, p.62.

17 James Anaya, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 2009, p.5.

18 Contesse, J. Ob.cit., p. 196.

procesos de toma de decisiones¹⁹.

Corresponde a los pueblos indígenas enfrentarse al proceso de consulta también de buena fe, sobretodo estando dispuestos a modificar sus posturas iniciales; de no existir esta voluntad tampoco existirá el proceso de comunicación que busca el Convenio. La finalidad del proceso consiste en llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, de modo que se requieren verdaderos esfuerzos de ambas partes.

2.2.4. La consulta debe realizarse mediante procedimientos adecuados.

El Convenio establece a la consulta como el medio a través del cual se institucionaliza el diálogo, por lo cual el procedimiento por el que se lleve a cabo debe “generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado”²⁰.

El procedimiento adecuado dependerá “en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de la consulta y de la finalidad de la misma”²¹. Tal como ha señalado la OIT “no hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas”²². No obstante que el Convenio no fija cuales serán los procedimientos apropiados, la Guía sobre el Convenio 169, citando a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones, indica que generalmente los procesos de audiencia pública no resultarán suficientes porque “los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión (con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas) de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso”²³. Debemos destacar que para que el

19 Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio N°169 de la OIT*, 2009, p.62.

20 Mereminskaya, E. Ob.cit., p.235

21 James Anaya, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 2009, p.7.

22 Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C. N°172. Párr. 134.

23 Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio N°169 de la OIT*, 2009, p.62

procedimiento sea apropiado es necesario que se cumpla por parte del gobierno con el deber de adoptar todas las “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”²⁴. Tal como señala CONTESE, este deber que recae en los Estados es crítico toda vez que de no existir una total comprensión de las medidas, o de sus efectos, que son objeto de la consulta “no puede predicarse que el proceso satisface los estándares que vinculan al Estado”²⁵.

2.2.5. La consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

El propio convenio 169 en su artículo 6° dispone que la consulta se debe realizar a través de “instituciones representativas de los pueblos indígenas”. Los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible “dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”²⁶. Si bien corresponde a los indígenas determinar quiénes son sus representantes, “es importante que el Estado arbitre los medios para que puedan determinar libremente esa representación”²⁷, es deber del Estado proporcionar los recursos necesarios para que esas comunidades puedan desarrollar sus propias instituciones e iniciativas²⁸. Siguiendo a ANAYA podemos identificar ciertos criterios mínimos de representatividad: “(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; (iv) y conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género”²⁹. CONTESE

24 Artículo 12 Convenio 169

25 Contesse, J. Ob.cit. p.198.

26 Anaya, J, Ob.cit. p.8 citando Informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Autónomo del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001), Párr.109.

27 Contesse, J. Ob.cit. p. 199.

28 Mereminskaya, E. Ob. cit. p. 236

29 Anaya, J. Ob.cit. p. 8.

vislumbra la posibilidad de conflicto entre las tradiciones de algunos pueblos indígenas con los principios señalados, especialmente en materia de no discriminación; por ejemplo, en materias de liderazgo, que generalmente estarán radicadas exclusivamente en los hombres³⁰. Debemos esperar cómo este tema sigue desarrollándose tanto en la jurisprudencia como en la academia.

2.2.6. El objetivo de la consulta es llegar a acuerdo o lograr el consentimiento.

De acuerdo con el artículo 6° del Convenio, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdo o lograr el consentimiento. “No está diseñada para informar a los indígenas de las medidas administrativas o legislativas que se quieran adoptar, o sólo para recabar sus opiniones”³¹. El proceso de consulta no puede “conducirse como si su objetivo fuera únicamente notificar ciertas decisiones (adoptadas o por adoptarse)”³², los derechos de participación tienen por objeto posibilitar que los pueblos indígenas puedan, al menos, manifestar su pensar en todos los niveles de desarrollo de las medidas que les puedan afectar, ya sea en el desarrollo de las políticas públicas o en la adopción de las medidas legales y administrativas. Los procedimientos de consulta que cumplan los estándares que fija el convenio “deben sentar las bases para la deliberación en un marco de confianza mutua, respeto por las opiniones, tradiciones y posiciones del otro para, con todo ello como telón de fondo, buscar el acuerdo o el consentimiento”³³.

2.3. Implementación de la Consulta indígena en Chile. Ley Indígena y Decreto Supremo 124.

En términos generales, el artículo 2.1³⁴ del Convenio impone a los gobiernos la obligación de desarrollar y proteger los derechos de los pueblos indígenas. Por lo anterior, son aquellos los llamados a adoptar las medidas tendientes a garantizar los derechos consagrados en el Convenio.

30 Contesse, J. Ob.cit. p. 200.

31 *Ibíd.*

32 *Ibíd.* p.201.

33 Contesse, J. Ob. cit. p. 200.

34 Artículo 2.1 Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Respecto al derecho de consulta, tal como se ha señalado con anterioridad, no existe una forma unívoca de consulta, por lo que se deberá tomar en cuenta al momento de implementar los procedimientos de consulta los factores económicos, culturales, sociales y jurídicos del país, teniendo siempre como propósito el dar cumplimiento a los estándares y los objetivos que establece el Convenio 169.

No obstante que el derecho de consulta, según el Tribunal Constitucional, es una norma autoejecutable³⁵, es decir, que no requiere de actos normativos posteriores que la implementen, el Estado de Chile ha estimado que cumple con el deber de consulta a través del artículo 34 de la Ley 19.253 denominada como ley indígena³⁶ y el Decreto n° 124³⁷ del Ministerio de Planificación y Cooperación (Actual Ministerio de Desarrollo Social) que lo reglamenta.

El artículo 34 de la Ley 19.253 impone el deber a los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas reconocidas por el Estado.

Por su parte el decreto supremo en su artículo 1° señala que viene a regular la obligación establecida en el artículo 34 de la ley indígena. Define la consulta como “el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados (...) pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”³⁸. El artículo 12 del decreto supremo señala que la finalidad con la que debe realizarse la consulta “debe ser llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas, lo que implica la voluntad de efectuar las adecuaciones que sean razonables, posibles, necesarias y pertinentes a los pueblos indígenas, sin que ello impida la realización de aquellas”, es decir, el resultado de la consulta, cualquiera que sea, no debe impedir en ningún caso la realización de las medidas que son objeto de ésta.

El Decreto Supremo dispone que la consulta se aplica a ministerios, intendencias, gobiernos regionales y servicios públicos³⁹. Se excluyen a los órganos

35 Tribunal Constitucional, Sentencia rol 309-2000, 4 de agosto de 2000.

36 Artículo 34. Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

37 Ministerio de Planificación, Decreto Supremo 124, publicado el 25 de septiembre de 2009.

38 Ibid. Art 2.

39 Ibid Art. 4.

constitucionalmente autónomos, los que “podrán” sujetarse a las disposiciones del reglamento. Destaca MEZA-LOPEHANDIA a las Municipalidades y a las empresas públicas como entidades que resultan excluidas y cuyas decisiones afectan constantemente a los pueblos indígenas⁴⁰.

Respecto de las medidas administrativas, dispone que deben consultarse “las nuevas políticas, planes y programas (...) elaborados por los órganos de la administración del estado”⁴¹. Dispone el decreto que se entenderá “por afectación directa” solamente cuando el plan o programa tenga “relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígenas establecidas en la ley 19.253, o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables”⁴².

El decreto supremo 124 fija el plazo de 30 días prorrogables hasta 60 días⁴³ para la realización de las observaciones de los pueblos indígenas.

Respecto de los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígenas, el decreto supremo 124 dispone que éstos sean sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las normativas sectoriales⁴⁴. Debemos indicar que, las normas sectoriales, tales como el código de minería, el código de aguas o la ley eléctrica no contemplan mecanismos de consulta y participación, y ha sido por medio de los mecanismos de participación contemplados en la ley de bases del medio ambiente que se le ha dado cumplimiento a esta norma. Siendo la regla general que los proyectos de inversión sean excluidos del ámbito de la consulta, el mismo artículo 5° dispone que el órgano de la administración del Estado competente podrá hacer aplicable el procedimiento de consulta a estos proyectos.

40 Matías Meza-Lopehandía. *EL reglamento sobre la consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos*. 2009. p. 4.

41 Ibid Art. 15.

42 Ibid Art. 7.

43 Ibid Art. 18.

44 Ibid Art. 5.

3. Aplicación del derecho a consulta en Chile. Análisis Jurisprudencial (2009-2013).

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169, el año 2009, diversos fallos de los tribunales superiores de justicia han realizado consideraciones a su respecto, antes de entrar al análisis de los fallos de la Corte Suprema respecto del derecho a consulta es necesario hacer una referencia al ámbito en la cual ha sido invocado el derecho a consulta indígena.

3.1. Ámbito de la discusión judicial.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha sido invocado ante los tribunales superiores de justicia, en su mayoría, solicitando la revocación de las resoluciones de calificación ambiental (RCA) de proyectos de inversión, sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por el hecho de haberse omitido el trámite de consulta.

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental “es un procedimiento administrativo especial, formal y reglado, que se encuentra constituido por una sucesión de actos de trámite, vinculados entre sí, emanados de la Comisión de Evaluación Ambiental o del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según corresponda, y, en su caso de particulares interesados (el titular y quienes formulen observaciones ciudadanas), que tiene por finalidad determinar si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes y que concluye con un acto administrativo terminal representado por la resolución de calificación ambiental pertinente”⁴⁵.

Debemos señalar que la ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente establece dos formas de ingreso de un proyecto al SEIA. Procede la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), cuando el proyecto o actividad que en él se contiene puede generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias que señala el artículo 11 de la ley 19.300. Resultará pertinente la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), cuando no se generen las situaciones que indica el artículo 11. Para los propósitos de este trabajo es necesario destacar una de las diferencias que

45 Rodrigo Guzman Rosen. *Derecho Ambiental Chileno*. p.131.

existen entre estos instrumentos, esto es, el diferente trato que reciben por parte del legislador respecto de las instancias de participación ciudadana.

Si se trata de un EIA “cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones”, ante el organismo competente que corresponda, para lo cual dispondrán un plazo de 60 días. En cambio si se trata de una DIA, “excepcionalmente puede verificarse un proceso de participación ciudadana, en la medida que así lo decrete la Comisión de Evaluación Ambiental o el Director Ejecutivo del SEA, previa petición fundada en que el proyecto genera cargas ambientales para las comunidades próximas, formulada por a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas”⁴⁶, en este caso el proceso de participación ciudadana durará 20 días.

En ambos casos la autoridad administrativa competente debe “considerar las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de estas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución”⁴⁷.

No obstante uno de los principios del SEIA es el principio participativo, hasta antes de dictación la ley 20.417 el año 2010 sólo se contemplaba instancias de participación ciudadana para los EIA, siendo esta ley la que incorporó un proceso de participación ciudadana para las DIA.

3.2 Primer periodo: Identificación de la consulta indígena con el régimen de participación ciudadana de la ley 19.300.

Es la primera etapa de aplicación del Convenio 169 a nivel jurisprudencial, la Corte Suprema, tanto a nivel del criterio de procedencia como en cuanto a los procedimientos de participación, identifica la consulta indígena con el régimen de participación ciudadana de la ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, se destacan los siguientes fallos:

3.2.1. Piscicultura Palguín Bajo.

Representantes de la comunidad indígena de Palguín Bajo y la comunidad indígena Antonio Huenuñanco interpusieron un recurso de protección en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la región de la Araucanía, en el

⁴⁶ Ibid. p. 147.

⁴⁷ Art 29 inc. 3° Ley 19.300.

que se solicitaba se dejara sin efecto la resolución exenta 242 del 9 de octubre de 2009, que calificaba favorablemente la declaración de impacto ambiental (DIA) del proyecto “Piscicultura Palguín”. A juicio de los recurrentes la RCA devenía en un acto arbitrario e ilegal por no haberse realizado un proceso de consulta sobre un proyecto que era susceptible de afectar a los pueblos indígenas. La recurrida sostuvo que no existía infracción al convenio, por cuanto, la legislación chilena que regulaba el derecho a consulta indígena era el Decreto Supremo N° 124 del año 2009, el cual, a su vez, reglamenta el artículo 34 de la ley 19.254, denominada ley indígena. El Decreto 124 señala que las medidas que deben consultarse son las políticas, planes y programas, es decir, instrumentos que tienen por finalidad generar un efecto permanente, y con alcance general sobre la población o un sector de la población, lo que no se condice con la naturaleza de la RCA.

La Corte de Apelaciones de Temuco acoge el recurso en primera instancia el 21 de enero de 2010, declarando ilegal la RCA “por cuanto existiendo como derecho vigente el artículo 6° N°1 letra a) del convenio 169 (...) la autoridad no lo ha aplicado debiendo haberlo hecho”⁴⁸. La Corte de Apelaciones sostuvo que el decreto supremo 124 de 2009 reglamentaba el artículo 34 de la ley 19.254 y no el convenio 169, ya que estas normas eran autoejecutables ⁴⁹.

Además, consideró que “la resolución 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”⁵⁰. Por último, la Corte de Apelaciones señaló, respecto de la consulta, “(...) deben ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas (...) la autoridad (...) debió llamar a la consulta respectiva en los términos que señala el convenio y no a simples actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio 169”⁵¹.

En el fallo de segunda instancia del 27 de mayo de 2010, la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, eliminando los considerandos del

48 Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N°1705-2009 de 21 de enero 2010. Considerando Undécimo.

49 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-2000. Considerando Séptimo.

50 Ibíd. Considerando Noveno.

51 Ibíd. Considerando Décimo.

fallo de primera que daban aplicación y desarrollo al derecho de consulta indígena. La Corte Suprema planteó que la afectación directa a la que se refiere el convenio 169 equivale al literal c) del Art. 11 de la ley 19300, esto es, “el reasentamiento de comunidades humanas o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”⁵². En el caso objeto del fallo, el proyecto fue ingresado al SEIA bajo la forma de una Declaración de Impacto Ambiental porque no provoca ninguno de los efectos del art. 11 de la LBGMA. Sostuvo la Corte Suprema que “en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiere significado de manera indefectible que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación”⁵³. Así, el proyecto, al no generar los efectos del artículo 11 de la LBGMA, no afecta de manera directa a las comunidades indígenas en los términos que exige el convenio 169 para que proceda la consulta.

Lo que realizó la Corte Suprema fue determinar el criterio de afectación que hace procedente la consulta y para esto utiliza el proporcionado por el artículo 11 de la LBGMA. De modo que sólo habrá afectación en los términos del convenio si se producen los efectos referidos en la LBGMA. Así lo relevante será determinar proyecto a proyecto sujeto al SEIA si corresponde realizar una DIA o un EIA y sólo en el caso de los segundos procederá la consulta indígena del Convenio 169.

3.2.2 Ducto Planta Valdivia.

Diversas comunidades indígenas de la comuna de San José de la Mariquina, interpusieron un recurso de protección en contra de la RCA de 24 de febrero de 2010, dictada por la COREMA de los Ríos, que aprobó el EIA “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, de Celulosa Arauco. Se alegaba en el recurso, como uno de los fundamentos de la ilegalidad de la RCA, que ésta fue pronunciada con infracción al Convenio 169 por omitirse la consulta indígena.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, el 26 de mayo 2010, dicta sentencia rechazando el recurso. Señalando, en lo pertinente a este trabajo, que la RCA no tiene el

⁵² Artículo 11 letra c Ley 19.300

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema. Rol N°1525-2010 de 17 de mayo 2010. Considerando Duodécimo.

carácter de una medida administrativa para efectos de la aplicación de las normas de la consulta y participación indígena, contemplada en el artículo 6.1. letra a) del convenio n°169, sino que corresponde a un acto administrativo⁵⁴ respecto del cual no procede la consulta o participación indígena invocada por los recurrentes⁵⁵. Este argumento, se fundamenta principalmente en el Reglamento de Consulta indígena contenido en el D.S. N°124 del año 2009 del Mideplan, que sólo hace exigible la consulta indígena tratándose de “las políticas, planes y programas”.

Fallando la apelación el 14 de octubre 2010, la Corte Suprema, confirma el fallo de primera instancia, pero eliminó los considerandos en los cuales se desarrollaba la idea que la RCA no era una medida administrativa susceptible de ser objeto de la consulta indígena, por lo que, en criterio de la Corte Suprema, los actos administrativos de efectos generales o particulares quedan incorporados dentro de la expresión “medidas administrativas” a que hace referencia el artículo 6° del Convenio 169.

La Corte Suprema funda el rechazo del recurso en el principio de flexibilidad que establece el artículo 34 del Convenio⁵⁶, esto es, que para la aplicación del convenio se deberán tomar en consideración las condiciones y las regulaciones de cada estado, por lo 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 (...) ya se encuentra incorporado a la legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana contemplado en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵⁷. Así, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos al estudio de impacto ambiental de la Ley 19300 “es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el convenio N°169”⁵⁸. Señala también que, en este caso en particular, se realizaron dentro del procedimiento de evaluación ambiental diversas instancias de participación ciudadana con las que se cumplieron las exigencias y propósitos del artículo 6.2. del Convenio 169, esto es, ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada, con la

54 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N°148-2010 del 26 de mayo 2010. Considerando Duodécimo.

55 *Ibíd.* Considerando Décimo Sexto.

56 Artículo 34 Convenio 169.

57 Sentencia de la Corte Suprema. Rol N°4078-2010 del 14 de octubre de 2010. Considerando Séptimo.

58 *Ibíd.* Considerando Undécimo.

finalidad de llegar a un acuerdo en las medidas propuestas⁵⁹.

Se debe destacar que este fallo fue acordado con el voto en contra del Ministro Haroldo Brito, quien fue de parecer de revocar la sentencia impugnada acogiendo el recurso de protección, atendido especialmente que no existe una identificación entre los mecanismos de participación contemplados en la ley 19.300 y el derecho a consulta que establece el convenio 169 debido a que “todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas supone sea ejecutado desde la particularidad (...) ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes”⁶⁰, y no se acreditó que las instancias de participación que se realizaron durante el proceso de evaluación ambiental hayan cumplido con los estándares que establece el convenio, especialmente teniendo en consideración que los procedimientos de participación que se realizaron no superaron un mera etapa informativa, lo que en modo alguno satisface el derecho a consulta.

3.3. Segundo periodo: La consulta indígena como un estándar distinto a la legislación chilena interna.

Se distingue esta segunda etapa en la evolución del criterio de la Corte Suprema respecto al derecho de consulta indígena, por cuanto, se reconoce que el estándar que impone el Convenio 169 no está contemplado por la legislación chilena. Resultan relevantes en este periodo los siguientes fallos:

3.3.1. Estación de transferencia Lanco-Panguipulli.

En este caso se interpuso un recurso de protección por la comunidad indígena Puquiñe en contra de la COREMA de la Región de los Ríos con motivo de haber dictado la RCA que aprobó la DIA “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”. De acuerdo a los recurrentes la RCA, dictada el 5 de abril 2010, devenía en un acto ilegal y arbitrario por no contemplar un proceso de consulta en circunstancias que el proyecto se emplazaría en un sector denominado lof Kilche, centro mapuche del kimun (sabiduría), y que por sus efectos ambientales debió haber ingresado

59 *Ibíd.* Considerando Noveno.

60 *Ibíd.* Voto en contra.

al SEIA por medio de EIA y no una DIA, como había ocurrido.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Valdivia, el 4 de agosto de 2010, acoge el recurso. En criterio de la Corte, se acreditaría que se alterarían las condiciones de vida de las familias indígenas de los sectores aledaños y, además, que “por la vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea” correspondía efectuar un EIA⁶¹. Sobre el proceso de consulta, cuya omisión fue alegada por los recurrentes, el fallo se limita a reproducir el contenido de los derechos de consulta y participación consagrados en el Convenio 169.

Al conocer de la apelación la Corte Suprema confirma el fallo, pero elimina los fundamentos cuarto al sexto del fallo de primera, los que justamente abordaban la consulta indígena. Para la Corte Suprema, en este caso el proyecto sometido al SEIA generaba los efectos de la letra a) del Artículo 11 de la ley 19.300 por lo que era necesario “para su aprobación la existencia de un estudio de impacto ambiental”⁶². De todas formas, es posible encontrar un ligero avance en el considerando tercero del fallo del tribunal ad quem al señalar que “el procedimiento de participación ciudadana debe cumplir con las exigencias de la ley 19.300 y además con el estándar del convenio 169”⁶³, abriendo la puerta a la argumentación que ya se proyectaba en el voto disidente del ministro Brito, esto es, que los estándares que exige el convenio 169 son distintos a los de la ley 19.300, por lo que aun cuando se de cumplimiento a los mecanismos de participación de la ley 19.300 se puede estar en infracción a los estándares del convenio.

3.3.2. Plan Regulador San Pedro de Atacama.

Representantes de la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y de la Comunidad Atacameña Toconao interponen un recurso de protección en contra de la COREMA de la Región de Antofagasta, solicitando se deje sin efecto la RCA dictada el 15 de Septiembre de 2010, que calificó favorablemente el proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, los recurrentes fundamentan el recurso señalando que atendido los efectos que generaría el proyecto este debió ingresar al SEIA por medio

61 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N° 243-2010 del 4 de Agosto de 2010. Considerando Cuarto.

62 Sentencia de la Corte Suprema. Rol N°6062-2010 de 4 de enero 2011. Considerando Segundo.

63 *Ibíd.* Considerando Tercero.

de un EIA y no por medio de una DIA como había ocurrido. Los recurrentes invocan un segundo motivo de ilegalidad de la RCA, consistente en la infracción del deber de consulta del convenio 169 de la OIT, atendido que la modificación del plan regulador afectaba directamente a las comunidades atacameñas presentes en el área.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, rechazó el recurso, dictando sentencia el 21 de diciembre de 2010. En lo que respecta a la omisión de la consulta, la corte señaló que “de existir la afectación que supone la consulta previa, habría significado que concurrían los efectos ambientales del artículo 11”⁶⁴. Además consigna que en la elaboración del proyecto se contó con instancias de participación ciudadana, realizándose varias audiencias y recibiendo observaciones de los interesados, a pesar que no procedía la consulta del convenio 169.

Por su parte, la Corte Suprema al fallar la apelación del recurso el 13 de julio del año 2011, acoge el recurso revocando la sentencia de primera instancia. Respecto a la consulta señaló que se “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 a alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella”⁶⁵. Agrega el fallo que las instancias de participación que se llevaron a cabo durante la elaboración del proyecto fueron meramente informativas y “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”⁶⁶. Termina la Corte señalando que para la aprobación del plan regulador de San Pedro de Atacama es necesario un EIA “que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N°169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho aludido”⁶⁷. Estas consideraciones son

64 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N°782-2010 del 21 de septiembre de 2010.
Considerando Décimo.

65 Sentencia Corte Suprema. Rol N°258-2011 del 13 de julio 2011. Considerando Quinto.

66 *Ibíd.* Considerando Octavo.

67 *Ibíd.* Considerando décimo.

importantes por cuanto, por primera vez, la Corte Suprema, asume la importancia y particularidad de la consulta, dejando de lado lo que hasta ese momento era la tendencia que limitaba la consulta previa a la participación ciudadana de la ley 19.300.

3.3.3 Sondaje Prospección Paguanta.

Respecto del proyecto “Sondaje Prospección Paguanta” se interpuso un recurso de protección por los comuneros de la quebrada de Tarapacá en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Tarapacá, con el objeto que se dejara sin efecto la RCA dictada por el servicio el 29 de agosto de 2011 que calificaba favorablemente la DIA del proyecto. Se fundaba el recurso en que por los efectos que generaría el proyecto debió realizarse un EIA, además argumentaron los recurrentes que debido a la omisión de la consulta prevista en el convenio 169 se afectaba su derecho a la igualdad ante la ley.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Tarapacá el 8 de noviembre del año 2011, rechaza el recurso, atendido que a juicio de la corte no se aprecian fundamentos para que correspondiera un EIA⁶⁸. Señaló la corte además, que no obstante el titular del proyecto no debía presentar el EIA, de todas formas se realizaron instancias de participación ciudadana, advierte el fallo que “han existido diversas consultas y comunicaciones con las comunidades indígenas involucradas resultando injustificada la alegación del recurrente en orden a que de esta forma se estaría vulnerando el convenio antes citado (el Convenio 169), especialmente su artículo 6.1. que declara que deben existir mecanismos de consulta a los pueblos interesados, cuando provean, entre otros, medidas administrativas que puedan afectarles directamente”.

Al conocer de la apelación, la Corte Suprema revocó el fallo de primera instancia, acogiendo el recurso en la sentencia del 30 de marzo de 2012. Señaló la Corte que el proyecto debía ingresar al SEIA vía un EIA, toda vez que el proyecto se encuentra emplazado en una zona de desarrollo indígena. Más importante, para el objeto de estudio, a juicio de la corte las instancias de participación realizadas “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha”⁶⁹. Así, la

68 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N°472-2011 de 8 de noviembre de 2011. Considerando Décimo tercero.

69 Sentencia de la Corte Suprema. Rol 11.040-2011 de 30 de marzo del 2012. Considerando Noveno.

Corte Suprema consideró que la RCA incumplía la obligación de fundamentación de los actos administrativos “porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vida de las comunidades originarias interesadas”⁷⁰.

3.3.4. Proyecto minero “El Morro”.

La comunidad agrícola Los Huasco Altinos interpuso un recurso de protección contra la Comisión Evaluación Ambiental de la Región de Atacama con motivo de la RCA de fecha 14 de marzo de 2011, la que calificaba favorablemente el EIA del “Proyecto Minero El Morro”. Se solicitaba la realización de un nuevo EIA en el cual se reconocieran a los recurrentes los derechos territoriales y participación tanto de la ley indígena como del Convenio 169. Este caso ilustra un punto importante, por cuanto los recurrentes, a la fecha de la elaboración del proyecto, no contaban con el reconocimiento como comunidad indígena⁷¹. La Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió que no obstante no estar reconocidos por el Estado como comunidad indígena les era aplicable la normativa nacional e internacional en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sentencia que fue confirmada con posterioridad por la Corte suprema⁷².

3.3. Tercer periodo: La afectación como criterio de procedencia de la consulta indígena.

En esta tercera etapa la Corte Suprema impone la afectación como criterio de procedencia estricto de la consulta indígena. Se destacan de este periodo los siguientes fallos:

3.3.1 Línea de Transmisión Melipeuco Freire.

Diversas comunidades de la comuna de Freire impugnaron, mediante el recurso de protección, la RCA dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía que calificaba favorablemente la DIA del proyecto “Línea de Transmisión en poste de hormigón 110 kv Melipeuco-Freire”. Según los recurrentes la

70 *Ibíd.* Considerando Décimo.

71 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol 618-2011 de 17 de febrero 2011. Considerando Undécimo.

72 Sentencia de la Corte Suprema. Rol 2211-2012 de 27 de abril 2012.

RCA sería ilegal y arbitraria, vulneraba la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Indicaron las comunidades indígenas que el trazado de la línea atravesaría once comunidades y además colindaba con otras veintiuno, por lo que era necesaria la realización de un EIA y además se debía realizar la consulta del convenio 169.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Temuco acoge el recurso, por cuanto, no se controvertió el hecho que las comunidades recurrentes colindaban con el trazado de la línea del proyecto y que, por tanto, en virtud de los literales c)⁷³ y f)⁷⁴ del artículo 11 de la ley 19300 se debía realizar un EIA y “corresponde efectuar la consulta pertinente”⁷⁵ establecida en el convenio 169 de la OIT. Es importante además comentar que los terrenos en los que se emplazaría el proyecto habían sido calificados como indígenas.

La Corte Suprema al conocer de la apelación del recurso revoca la sentencia del tribunal a quo. Consideró la Corte que el tendido eléctrico no provocaría “una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres”⁷⁶ de los recurrentes, por cuanto el trazado, en la comuna de Freire, corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario”. Señala la Corte “que la alegación de proximidad o población protegida tampoco es un criterio suficiente por sí mismo si no se ha justificado algún grado de afectación a aquélla. En la especie, no se ha explicitado ningún impacto concreto a las comunidades aledañas que pueda generar este proyecto”⁷⁷. Además, señala el fallo “que la instalación eléctrica a la cual sólo se oponen seis de las casi treinta comunidades indígenas a las que el propio recurso alude, no sólo no presentan evidencias de generar las consecuencias invocadas por los recurrentes sino que éstos como pueblo originario no siquiera han justificado alguna afectación a sus derechos en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar”⁷⁸. Respecto de la consulta la Corte sostuvo que “los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el

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

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

75 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 349-2011 de 20 de enero 2012. Considerando Segundo.

76 Sentencia de la Corte Suprema. Rol 1602-2012 de junio de 2012. Considerando Quinto.

77 *Ibíd.* Considerando Sexto.

78 *Ibíd.* Considerando Séptimo.

proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida”⁷⁹.

3.3.2. Central Hidroeléctrica Panguí.

Diversas comunidades indígenas de la comuna de Purrahue interponen un recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, solicitando se deje sin efecto la RCA dictada el 15 de abril 2013 que calificaba favorablemente el proyecto “Central Hidroeléctrica Panguí”.

A juicio de los recurrentes la RCA devenía en un acto ilegal y arbitrario por cuanto no cumplía con la normativa legal y constitucional, vulneraba sus garantías constitucionales establecidas en los numerales 2, 8, 21, 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Sostenían, además, que atendido los efectos, características y circunstancias del proyecto debía ingresar al SEIA por medio de un EIA y se debía imponer a los órganos del estado vinculados la obligación de materializar el deber de consulta a los pueblos indígenas del artículo 6° del convenio 169.

La Corte de Apelaciones de Temuco, no acoge el recurso, dictando sentencia el 16 de septiembre de 2013. La Corte Suprema confirmó el fallo el 21 de octubre de 2013⁸⁰.

La Corte de Apelaciones sostuvo que la alegación de proximidad a una población protegida, tampoco es criterio suficiente por sí mismo si no se ha justificado algún grado de afectación a aquella. Indicó que los recurrentes no especificaron determinadamente los efectos perniciosos del proyecto y cómo afectaba en el caso concreto a las comunidades aledañas⁸¹. Respecto de la consulta señaló que al no probar los recurrentes la afectación no procede consulta alguna⁸².

79 *Ibíd.* Considerando Octavo.

80 Sentencia de la Corte Suprema. Rol 8616-2013 de 21 de octubre de 2013.

81 Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1377-2013 de 16 de septiembre de 2013. Considerando Undécimo.

82 *Ibíd.* Considerando Decimotercero.

4. Conclusiones.

A partir de la entrada en vigencia del Convenio 169, la Corte Suprema fue reticente a dar aplicación a las normas referentes a la consulta que contempla el convenio. Los primeros fallos referentes al derecho de consulta indígena provinieron de las Cortes de Apelaciones que, acogiendo recursos de protección que se fundaban en la omisión de la consulta, posteriormente fueron revocados por la Corte Suprema, o incluso de ser confirmados, se eliminaban los considerandos relativos a la consulta.

A juicio de la Corte Suprema, la aplicación del convenio no era necesaria para asegurar los derechos de participación de los pueblos indígenas, bastaba con la aplicación de los mecanismos de participación de la ley 19.300.

Aplicando este criterio, la Corte Suprema no daba cumplimiento a los estándares ni a los principios que inspiran el Convenio 169. Los mecanismos de participación de la ley 19.300 están lejos de cumplir con los estándares del convenio. Debemos considerar además que la especificidad cultural de los pueblos indígenas requiere procedimientos especiales de participación.

Esta tendencia se revierte positivamente a partir del fallo de la Corte Suprema respecto del Plan Regulador de San Pedro de Atacama. La Corte Suprema reconoce que el Convenio 169 consagra a los pueblos indígenas derechos de participación no comprendidos en la legislación interna chilena.

Debido al escaso desarrollo de implementación de la consulta indígena a nivel legal, se hizo necesaria la exigencia de los estándares que impone el convenio respecto de la consulta en los procedimientos del SEIA. Si el ámbito del SEIA es el más apropiado para la aplicación de la consulta excede, por mucho, el objeto de este estudio, pero la mínima acción legislativa para crear otros estadios de consulta hace que este espacio sea el único donde es posible la participación de los pueblos indígenas.

A partir del fallo de la Corte Suprema referido a la línea de transmisión Melipeuco-Freire se hace notable la aplicación estricta del criterio de afectación, correspondiéndole al recurrente probar cómo la medida lo afecta directamente.

Aun cuando a nivel jurisprudencial se ha avanzado en cuanto a la aplicación de la consulta, el rigor en la utilización del criterio de afectación podría ocasionar que se restrinja en demasía el derecho a consulta por lo que se debe estar

atento a que por este medio no se haga finalmente inexistente la participación de los pueblos indígenas.

De los fallos analizados podemos desprender ciertas tendencias hacia el futuro de las resoluciones de los tribunales superiores de justicia así:

1. Atendido la autoejecutabilidad de las normas referidas a la consulta del Convenio 169, las comunidades indígenas pueden reclamar directamente ante las Cortes de Apelaciones la omisión de la consulta cuando se dicten medidas que los afecten directamente.

2. Se reconoce la calidad de comunidad indígena con independencia del estatuto jurídico del grupo humano afectado, se termina asentando el criterio que las comunidades indígenas de hecho deben igualmente ser reconocidas y consultadas aun cuando no se encuentren constituidas como tales conforme al derecho chileno.

3. El presupuesto de procedencia de la consulta es la “afectación” de pueblos indígenas. Se aprecia una asimilación entre la susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas con las causales de ingreso al SEIA mediante un EIA. Corresponderá al recurrente explicitar razonablemente cómo la medida le afecta directamente

4. Las RCA constituyen una medida objeto de consulta, por lo que no importa si la medida tiene un carácter general o particular.

5. Los proyectos de inversión sometidos al SEIA deberán cumplir tanto con el estándar de la participación ciudadana en el SEIA, como con los de la consulta del Convenio 169. El proceso de participación ciudadana es insuficiente por sí mismo por lo que debe ajustarse a los estándares del Convenio 169.

5. Referencias Bibliográficas.

Referencias Doctrinales.

- Anaya, James. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el relator anterior, 2009.
- Anaya, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Editorial Trotta, 2005.
- Anaya, James. Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 2009.
- Astorga Jorquera, Eduardo. Derecho Ambiental Chileno: parte general. Legal Publishing, 2012
- Aylwin Oyarzún, José. El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas en Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile, Heinrich Böll Stiftung, 2009.
- Contesse Singh, Jorge. El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile en El Convenio 169 de la OIT y el Derecho chileno. Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.
- Donoso Rodríguez, Sebastián. Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro en Temas de la Agenda Pública, año 3, N°16, abril, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.
- Fernández, Andrés y de la Piedra, Cristhian. Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169 en Centro de Estudios Públicos, Núm. 121. Chile. 2011.
- Guzmán Rosen, Rodrigo. Derecho Ambiental Chileno. Principios, Instituciones, Instrumentos de gestión. Planeta Sostenible, 2012.
- Kymlicka, Will. Ciudadanía Multicultural. Editorial Paidós, 1996.
- Mereminskaya, Elina. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas en Centro de Estudios Públicos, Núm. 121. Chile. 2011.

- Meza-Lopehandía, Matías. El reglamento sobre la consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos, 2009.
- Montt, Santiago y Matta, Manuel. Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile en Centro de Estudios Públicos, Núm. 121, Chile, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio N° 169 de la OIT, 2009.
- Organización Internacional del Trabajo. Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual, 2003.

Jurisprudencia.

- Sentencia Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco de 21 de enero 2010, rol 1705-2009.
- Sentencia Corte Suprema de 27 de mayo 2010, rol 1525-2010.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N°148-2010 del 26 de mayo 2010.
- Sentencia de la Corte Suprema. Rol N° 4078-2010 del 14 de octubre de 2010.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N° 243-2010 del 4 de Agosto de 2010
- Sentencia de la Corte Suprema. Rol N°6062-2010 de 4 de enero 2011.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N°782-2010 del 21 de septiembre de 2010.
- Sentencia Corte Suprema. Rol N°258-2011 del 13 de julio 2011.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N°472-2011 de 8 de noviembre de 2011.
- Sentencia de la Corte Suprema. Rol 11.040-2011 de 30 de marzo del 2012.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol 618-2011 de 17 de febrero 2011.
- Sentencia de la Corte Suprema. Rol 2211-2012 de 27 de abril 2012.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 349-2011 de 20 de enero 2012.
- Sentencia de la Corte Suprema. Rol 1602-2012 de junio de 2012.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1377-2013 de 16 de septiembre de 2013.
- Sentencia de la Corte Suprema. Rol 8616-2013 de 21 de octubre de 2013.