

DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA EN CHILE SOBRE LA CONSULTA INDÍGENA: LOS CASOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA

*Sergio Fuenzalida B.**

Cet article propose une analyse critique de la jurisprudence développée par la Cour constitutionnelle et la Cour suprême du Chili en lien avec l'obligation de consultation des peuples autochtones consacrée dans la *Convention 169* de l'Organisation internationale du travail. Dans le cas de la Cour constitutionnelle, l'auteur note des failles quant aux références à la nature et à la portée de la consultation autochtone, obligation qui fut définie en deçà des standards internationaux, essentiellement en tant que simple procédure pour recueillir des opinions. Quant à la Cour suprême, cet article présente les décisions pertinentes produites par la plus haute cour chilienne, qui a interprété l'obligation de consultation d'une façon très différente. À certains moments, le tribunal a assimilé la consultation à des mécanismes généraux de participation citoyenne, et à d'autres, il lui a reconnu une conception autonome plus proche des standards internationaux.

This article offers a critical analysis of the jurisprudence developed by the Constitutional Court and the Supreme Court of Chile in relation to the duty to consult with aboriginal groups enshrined in the International Labour Organization's *Convention 169*. In the case of the Constitutional Court, the author notes that there exist certain flaws where the Court has referred to the nature and scope of aboriginal consultation, which has been defined below international standards, basically as a simple procedure to gather opinions. In the case of the Supreme Court, this article presents the relevant decisions of the highest Chilean Court, which has interpreted the duty to consult in a very different manner. On certain occasions, the tribunal has assimilated this duty to general mechanisms of citizen participation, and on others, it has recognized its autonomous nature in a manner closer to international standards.

Este artículo realiza un análisis crítico de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Chile en relación con el derecho a la consulta de los pueblos indígenas consagrado en el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo. En el caso de la Corte Constitucional se notan ciertas deficiencias con respecto a la naturaleza y el alcance de la consulta de los pueblos indígenas, caracterizando este derecho por debajo de los estándares internacionales, limitándolo básicamente a un proceso recopilatorio de opiniones. En el caso de la Corte Suprema, el artículo describe las decisiones del máximo tribunal chileno, quien ha interpretado el derecho a la consulta de manera muy diferente. En varias ocasiones, este tribunal ha asimilado la consulta a mecanismos de participación ciudadana y en otras este ha reconocido un proceso autónomo, en este sentido más apegado a los estándares internacionales.

* Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile.

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda realizada en el año 2002 la población indígena en Chile es de 692 192 personas correspondiente al 4,6% del total nacional. El pueblo mapuche, cuyo territorio ancestral está ubicado en la zona sur de Chile, corresponde a aproximadamente al 87,3% de la población indígena chilena¹. Hasta el siglo XIX ese pueblo conservó la autonomía política y territorial sobre sus territorios. Sólo la invasión militar emprendida por el Ejército de la República de Chile puso término a esa soberanía. Los otros pueblos indígenas que le siguen en población son los pueblos aymaras (7%) y atacameños (3%), situados al norte del país².

Los pueblos indígenas en Chile, como en otras partes del mundo, están sometidos a una fuerte presión en relación a sus tierras y recursos naturales. La expansión de la industria forestal en el sur del país, por ejemplo, ha implicado un permanente conflicto entre las empresas forestales con las comunidades mapuches, “generándose la disputa en torno a la propiedad de las tierras, el control sobre los recursos naturales existentes en el territorio y la sustentabilidad del hábitat indígena”³. En el norte de Chile, por su parte, la importantísima actividad minera que se desarrolla en regiones de clima desértico o semiárido, en ecosistemas extremadamente frágiles, ha derivado en una disputa palmo a palmo por el recurso hídrico con los pueblos indígenas, poniendo en peligro supervivencia.⁴

Por otra parte, Chile es uno de los pocos países que en Latinoamérica no han reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas y, asimismo, posee una de las legislaciones nacionales menos avanzadas en la materia⁵. Debido a esa circunstancia, el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo⁶ constituye un cuerpo normativo de primera importancia para garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas en el país.

El Estado de Chile el 15 de Septiembre de 2008 ratificó el *Convenio 169*, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, incorporando las prescripciones de ese tratado internacional

¹ Instituto Nacional de Estadísticas - Comisión Nacional del XVII Censo de Población Nacional y VI de Vivienda, *Censo 2002: Síntesis de Resultados*, 2003, en línea: INE Chile <<http://www.ine.cl/cd2002/sintesisencensal.pdf>>.

² *Ibid.*

³ José Aylwin, Nancy Yáñez y Rubén Sánchez, *Pueblo mapuche y recursos forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica*, 2013, en línea: Observatorio de los derechos de los Pueblos Indígenas y IWGIA <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/pueblo_mapuche_y_recursos_forestales_en_chile_devastacion_y_conservacion_en_un_contexto_de_globalizacion_economica.pdf>.

⁴ Respeto de los pueblos aymara y atacameños, Nancy Yáñez Fuenzalida, “Impacto de la Gran Minería en los Territorios Ancestrales de los Pueblos Indígenas Andinos del Norte de Chile” (9 de abril de 2009), en línea: Observatorio de los derechos de los Pueblos Indígenas <<http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/el-observador-3.pdf>>.

⁵ Cletus Gregor Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, México, 2ª ed, 2003.

⁶ *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 junio 1989, en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>> (entrada en vigor: 5 septiembre 1991) [*Convenio 169, Convenio N°169 o Convenio*].

al ordenamiento jurídico nacional. El proyecto de acuerdo para la aprobación del tratado había ingresado al Congreso Nacional el 8 de enero de 1991, y fue aprobado tras 17 años de tramitación, el 4 de marzo de 2008.

Durante la aprobación legislativa del *Convenio* éste fue objeto de un requerimiento por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por parte de treinta y un diputados pertenecientes a la coalición política de derecha Alianza por Chile. El requerimiento fue ingresado el 7 de julio del año 2000 y la sentencia respectiva fue dictada con fecha 4 de agosto de ese mismo año. Tiempo después, el tratado fue objeto de control obligatorio de constitucionalidad respecto de sus artículos 6º, Nº 1, letra a), y Nº 2, y 7º, Nº 1, oración segunda, dictándose sentencia sobre el asunto el 3 de abril de 2008. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los alcances del derecho de consulta incorporado en el respectivo instrumento internacional en sentencias de los años 2011 y 2013.

Por su parte, la Corte Suprema se ha pronunciado en 23 ocasiones en relación a la aplicación del derecho de consulta indígena integrado en la referida convención internacional, específicamente en ocasión de “recursos de protección”⁷ interpuestos por personas y comunidades indígenas que reclamaban que respecto de decisiones administrativas, relativas a proyectos de desarrollo que afectaban sus tierras o hábitat, no se había implementado la consulta indígena.

El presente trabajo hará una revisión crítica de la evolución de la jurisprudencia tanto en sede de revisión constitucional como en relación a los recursos de protección resueltos en última instancia por la Corte Suprema. Como se desarrollará acá, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición más o menos uniforme en su interpretación sobre la naturaleza del derecho de consulta indígena, fijando su sentido y alcance muy por debajo de los estándares internacionales en la materia. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena ha seguido un derrotero distinto y pendular. En un principio sus fallos se asentaron sobre la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, asimilando la consulta indígena a los mecanismos que contempla la legislación ambiental en materia de participación ciudadana. Luego, en los últimos dos años fue exigiendo para aquellos proyectos económicos susceptibles de afectar las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas llevar adelante un proceso de consulta de conformidad con las exigencias propias del *Convenio 169* de la OIT. Pero, en su último fallo, como veremos más adelante, ha tenido una involución dramática y sin precedentes en la materia, que de consolidarse pone en grave riesgo la efectividad del derecho a la consulta indígena.

⁷ Los recursos de protección son acciones constitucionales de amparo de derechos fundamentales de acuerdo lo prescribe el artículo 20 de la *Constitución Política de Chile*.

I. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la consulta indígena

La primera oportunidad que le tocó al Tribunal Constitucional pronunciarse en relación a *Convenio 169* de la OIT fue a raíz de un requerimiento por inconstitucionalidad que fue presentado por un grupo de diputados en el año 2000 mientras el tratado estaba en el Congreso en trámite de aprobación parlamentaria⁸. Al Tribunal le tocó resolver sobre la constitucionalidad del tratado, cuestión que dividía la opinión de las partes en el proceso. Por un lado los diputados requirentes sustentaban su inconstitucionalidad y, por otro lado, el Presidente de la República, defendía la constitucionalidad del *Convenio*. Como veremos inmediatamente, parte de la discusión versó sobre la autoejecutabilidad o no de las normas del tratado y sobre su modo de aplicación dentro del marco jurídico nacional. Esas dos cuestiones van a resultar fundamentales en la evolución de la jurisprudencia en Chile sobre el derecho de consulta indígena.

Para lo requirentes, el *Convenio* tenía un carácter indiscutiblemente vinculante para el Estado chileno, lo que agregado a su contenido (que de acuerdo a su interpretación alteraba la estructura del Estado y el ejercicio de la soberanía, afectaba la igualdad ante la ley y autorizaba el ejercicio de derechos colectivos), hacían del instrumento internacional un conjunto normativo directamente contrario a la *Constitución*. En su presentación señalaban que el tratado constituía un instrumento internacional que “ratificado por las partes, obliga al cumplimiento de sus disposiciones de buena fe” y que por lo mismo “consagra derechos y obligaciones en el campo del Derecho Internacional como en el del Derecho Interno y no es un mero acuerdo político-programático carente de fuerza vinculante”⁹. El *Convenio* no podía ser considerado como un mero “acuerdo político” que contemplara “disposiciones programáticas”, como lo había querido presentar el gobierno durante la tramitación parlamentaria. Por lo mismo, de aprobarse el tratado, junto con ingresar su preceptiva al ordenamiento jurídico nacional, el Estado de Chile quedaba obligado “a modificar sus normativas internas y a desarrollar acciones para implementar los compromisos asumidos”¹⁰.

La posición del Ejecutivo, por el contrario, procuró desconocer o escamotear la aplicación y el alcance del tratado en el orden jurídico nacional. Alegó que todas las normas contenidas en el *Convenio 169* tenían un carácter no autoejecutable y que por esa misma razón, aun cuando fuera ratificado, sus cláusulas carecerían de vigencia dentro del ordenamiento jurídico interno¹¹. Sostuvo también que en virtud de

⁸ Expediente en versión digitalizada disponible en la web, ver *Rol N° 309* [2000], Tribunal Constitucional de Chile, en línea: Tribunal Constitucional Chile <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=309-00>> [*Rol N° 309*].

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ A juicio del Ejecutivo, todas las normas contenidas en el *Convenio 169*, *supra* nota 6, eran cláusulas *non-self-executing*, es decir, estaría integrado por “cláusulas sujetas a la condición de ser desarrolladas por el Estado”. Ese carácter no autoejecutable del *Convenio* se manifestaría por un lado por los términos utilizados en sus mismas disposiciones ya que utilizaría recurrentemente expresiones tales como “en la medida de lo posible”, o “en la medida que”, o “siempre que”, pero, por otro lado, en

lo dispuesto por el artículo 34 del *Convenio*, la aplicación de las normas del tratado debía ajustarse a la realidad local, incluyendo en esa realidad el ordenamiento jurídico interno. Asimismo, señaló que las normas del *Convenio* ya estaban recogidas y desarrolladas en la legislación nacional a través de la *Ley 19.253* (llamada *Ley Indígena*), lo cual implicaba que el *Convenio* no innova en nada en el sistema jurídico nacional y que el Estado no estaba en la obligación de implementarlo por cuanto el tratado ya estaba incorporado en la legislación interna.

La sentencia del Tribunal Constitucional en parte acogió los argumentos de una y otra parte. Si bien no admitió la posición que caracterizaba a todo el tratado como norma meramente programática, si atribuyó esa cualidad a algunas de sus normas y recogió e hizo suyo alguno de los planteamientos sostenidos por el gobierno. En relación al derecho de consulta, le reconoció empero un carácter autoejecutable. Para el órgano judicial de revisión constitucional, el artículo 6º, N° 1º, letra a)¹², del tratado tenía el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, “por los términos perentorios en que se encuentra redactada”¹³. Además el deber de consulta que establecía el *Convenio* no encontraba su implementación en los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la *Ley Indígena*¹⁴, como sostenía la Presidencia en su defensa.

virtud de lo dispuesto por el artículo 34 del *Convenio* de la OIT, el cual resultaría “esencial para la correcta interpretación de las demás cláusulas que le anteceden”. Dicho artículo, según la posición de la Presidencia, prescribe que “[I]a naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. La norma recogería el principio de flexibilidad que inspira el *Convenio* y su importancia capital no podría ser minimizada, y supone que “las cláusulas del Convenio requieren para ser aplicadas que se adopten medidas, las que pueden ser legales o reglamentarias, e incluso administrativas”, lo cual, para la Presidencia, implicaba que ninguna de las normas del *Convenio* era autoejecutable. El instrumento internacional sólo tendría efecto desde el momento que el Estado efectivamente adoptara las medidas del caso, y sólo ahí. No estaríamos en presencia de disposiciones que tengan ejecución inmediata. Por sí mismo el *Convenio* en el plano interno no disponía directamente de nada. Las disposiciones del tratado no producirían efectos jurídicos. Tampoco los tribunales de justicia, por eso mismo, podrían aplicar tales cláusulas desde el momento que “ellas no constituyen textos normativos precisos y aplicables sobre los cuales fundar las sentencias”.

¹² El *Convenio 169*, *supra* nota 6 de la OIT dispone en su artículo 6 N° 1 a) que “(a) 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”.

¹³ Además, en relación a *Ley 18.918* [1990], Ministerio del Interior de Chile, en línea: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30289>> [*Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*], señaló el Tribunal que “la norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que si bien, por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental, si está modificando las disposiciones de la ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional” (*Rol N° 309*, *supra* nota 8). Modificación que refieren a la tramitación de la ley, “ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para la comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere [consultar a los indígenas en los casos de leyes susceptibles de afectarles directamente], una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender” (*Ibid*).

¹⁴ El artículo 34 de la *Ley 19.253* [1993], Ministerio de Planificación y Cooperación de Chile, en línea: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>> [*Ley 19.253* o *Ley Indígena*], dispone que: “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

Ello por cuanto a juicio de los jueces existe una diferencia esencial entre lo dispuesto por el tratado y las normas que consagran el actual ordenamiento positivo en cuanto al alcance de la obligación de consulta. Si bien es cierto “que la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu”¹⁵, señalaba la sentencia, el derecho “tiene una connotación jurídica especial” que es la precisada el N° 2° del mismo artículo 6°, en cuanto la consulta debe “efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”¹⁶ (C 7°).

Pero en la misma sentencia, unas páginas más adelante, los jueces van a entrar en contradicción. No obstante el alcance directamente obligatorio que le atribuía el tribunal a la consulta consagrada en el tratado internacional, va a negar esa autoejecutabilidad al derecho de consulta en relación a la explotación o exploración de recursos estatales en tierras indígena. Ello en relación a su artículo 15, numeral segundo, que ordena establecer o mantener procedimientos de consulta antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras indígenas, para el caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras indígenas. Esa disposición, según el Tribunal, debía considerarse como programática. Junto con ello, en otra declaración difícilmente compatible con lo señalado anteriormente sobre la naturaleza especial de la consulta indígena, agregó que los procedimientos de consulta para el caso de recursos estatales, ya se encontraban incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26 al 31 de la *Ley N° 19.300*¹⁷, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10, 11 y 34 de la *Ley Indígena*¹⁸. El Código de Minería contemplaría asimismo “un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los

reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”. Su artículo 39 letra j) dispone que: “La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. Además le corresponderán las siguientes funciones: [...] j) Sugerir al Presidente de la República los proyectos de reformas legales y administrativas necesarios para proteger los derechos de los indígenas [...]”. Y, por último, su artículo 48 dispone una cuestión meramente administrativa sin relevancia para lo que aquí se analiza.

¹⁵ Cfr. *Rol N° 309*, *supra* nota 8.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ley 19.300* [1994], Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en línea: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>> [*Ley 19.300 o Ley Ambiental*]. Estas normas disponen de mecanismos para asegurar la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones de Impacto Ambiental cuando en éstas últimas correspondan. Comprende una etapa de publicidad, plazos para la recepción de las observaciones por parte de la comunidad, la obligación por parte de la autoridad ambiental de considerar esas observaciones como parte del proceso de calificación y hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución de calificación ambiental.

¹⁸ Los artículos 10 y 11 refieren a la constitución de las comunidades indígenas y no se advierte la relación directa con el derecho a la consulta. *Ley Indígena*, *supra* nota 14.

interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos”¹⁹ (C 71°).

Por otro lado, el Tribunal sí va a recoger el planteamiento gubernamental en relación a la necesidad de adaptar el tratado al ordenamiento local. En su sentencia del año 2000 va a señalar que “para la aplicación de sus disposiciones [del *Convenio*], deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones”²⁰. Este principio constituía, según los magistrados,

una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual (C 49°)²¹.

En las sentencias de los años 2008 (*Rol N° 1050*), 2011 (*Rol N° 1988*) y 2013 (*Rol N° 2387*)²², el Tribunal va a precisar el alcance de la consulta y las exigencias que derivan de ella. En el año 2008 señaló que de acuerdo al tratado internacional “la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas”²³ pero que ello “no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”²⁴ (C 14°). Y en el año 2013 destacó la necesidad de regular apropiadamente y mediante una ley el procedimiento de consulta, especialmente en lo relativo a proyectos de ley que fueran susceptibles de afectarles directamente. El hecho de que la consulta fuera autoejecutable “no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele”²⁵. Para el Tribunal debía ser “el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento”²⁶ (C 23°). Regulación que debía

¹⁹ *Rol N° 309, supra* nota 8.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.* Siguiendo esta misma lógica, el Tribunal va a señalar en su sentencia que la decisión sobre el requerimiento estará “inspirada en el contexto de lo que el Ejecutivo señala en el Mensaje, de 21 de diciembre de 1990, por el cual propone al Congreso Nacional el texto del *Convenio N° 169*, en orden a que por la vía de las declaraciones se podrán precisar las condiciones en que una determinada norma convencional deberá ser interpretada o aplicada [...] [en normas] relativas, entre otras, a las tierras, al régimen de salud y las que disponen de regulaciones en materia penal, de modo de obtener a través de ellas una compatibilización entre las normas establecidas en nuestro derecho interno y las disposiciones convencionales”. [Nuestra cursiva.]

²² *Rol N° 1050-08* [2008], Tribunal Constitucional de Chile, en línea: Tribunal Constitucional Chile <<http://www.tribunalconstitucional.cl/>> [*Rol N° 1050*]; *Rol N° 1988-11* [2011], Tribunal Constitucional de Chile, en línea: Tribunal Constitucional Chile <<http://www.tribunalconstitucional.cl/>> [*Rol N° 1988*]; *Rol N° 2387-13* [2013], Tribunal Constitucional de Chile, en línea: Tribunal Constitucional Chile <<http://www.tribunalconstitucional.cl/>> [*Rol N° 2387*].

²³ *Rol N° 1050, supra* nota 22.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Rol N° 2387, supra* nota 22.

²⁶ *Ibid.*

hacerse “en el marco de los claros criterios establecidos”²⁷ en relación a la vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características de la consulta, fijados por el mismo Tribunal en sus sentencias pasadas, donde

se precisó que se trata de una consulta diversa a la prevista en la *Ley Indígena*; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales²⁸ (C 24°). [Nuestra cursiva.]

A. Observaciones críticas a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sobre la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional caben diversas observaciones críticas. En primer lugar se asoma la contradicción en que incurre en relación a la consulta que establece su artículo 6 con el derecho que establece en su artículo 15. En la primera se indica que es directamente aplicable y en la segunda la consulta es relegada como norma meramente programática. Sin embargo, en la redacción de una u otra no aparece que exista una diferencia de la cual se pueda concluir una diferente condición de aplicabilidad.

Eduardo Jiménez de Aréchaga²⁹, ex-presidente de la Corte Internacional de Justicia, hace una serie de precisiones interesantes al respecto y que revisaremos a este propósito. A nivel general coincide en que el derecho internacional público a través de la distinción entre norma autoejecutable y no autoejecutable ha elaborado un concepto clave a la hora de decidir cuándo una norma contenida en un tratado es de incorporación automática y cuando no lo es. En el caso de las normas no autoejecutables se requeriría una “transformación” de las disposiciones internacionales en derecho interno, sea mediante leyes o medidas administrativas, a objeto de que sean aplicables dentro del país. Mientras ello no ocurra, la norma sólo obligaría al Estado a nivel internacional pero no a nivel interno. En el caso de normas autoejecutables, en cambio, no es necesaria esa transformación. Según ese autor, “la estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad”³⁰.

Una norma es autoejecutable, siguiendo al autor uruguayo, cuando “ha sido redactada en tal forma que de ella se sigue una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado”³¹. Para ello deben reunirse dos requisitos: primero, “debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Cfr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno” (1988) 7 *Revista IIDH* 25. [Jiménez de Aréchaga]

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación”³²; y, segundo, “la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medida administrativa subsiguientes”³³. Se debe tener especialmente en cuenta también, a fin de determinar la clase de norma en cuestión, la intención de la partes contratantes, es decir si ellos “han tenido la intención de conceder un derecho definitivo y exigible al individuo que solicita ante el Juez la aplicación de esa norma en su favor”³⁴.

Estas son las consideraciones generales que corren en relación a los tratados internacionales. En el caso de las convenciones de derechos humanos, sin embargo, la situación es especial. Todas sus disposiciones son en principio autoejecutables. Desde el momento que el “objeto y razón de ser de una Convención de Derechos Humanos, así como la intención de sus autores es reconocer a favor de los individuos, como de terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes”³⁵, esos instrumentos ordenan materias que por su propia naturaleza se prestan por si misma a ser autoejecutable. Sólo por excepción sus disposiciones carecerían de ese carácter, aclara el mismo autor³⁶.

Esa conclusión también es suscrita por el jurista venezolano Carlos Araya Corao quien señala que “la doctrina ha concluido a favor de la admisión de una presunción a favor de la autoejecución o autoaplicabilidad (*self-executing*) de las normas sustantivas contenidas en los tratados respectivos, excepto si contienen una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes subsecuentes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas”³⁷.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ De acuerdo a la tesis de Jiménez de Aréchaga no serían autoejecutables las normas de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, en línea: OEA <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_Sobre_Derechos_Humanos.htm> [*Convención Americana o Pacto de San José*] que hacen referencia a la necesidad de una Ley que lo adopte como norma interna. Por ejemplo, cuando se dice en el artículo 13 (5) de 1 *Convención Americana* que “estará prohibida por la Ley toda propaganda en favor de la Guerra”, o por ejemplo el 17 (5) en el sentido cuando dice “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos del matrimonio como los nacidos dentro del mismo”. También tendrían este carácter no autoejecutables los artículos 17 (5), 19, y 21 (3). Cfr. Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 29, pág 32.

³⁷ Cfr. Carlos M Araya Corao, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en Francisco Fernández Segado, coord, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2003, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pág 85. Lo mismo opina el profesor chileno José Luis Cea Egaña quien expresa “que no creo en las disposiciones programáticas de las Constituciones ni en los tratados internacionales. Acepto, excepcionalmente y para efectos muy limitados, que pueda haber cláusulas programáticas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales. Pero parto del supuesto, de la premisa, que las disposiciones de las Constituciones y de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen que ser autoaplicativas y que si no lo están en este instante, en cumplimiento por ejemplo del art 2º del *Pacto de San José de Costa Rica*, los Estados tienen que adoptar las medidas legales o de otro carácter – y entre esas medidas de *otro carácter* están las sentencias judiciales – que permitan infundir realidad a esas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte ha abordado esta cuestión en la aplicación de la *Convención Americana de Derechos Humanos* en su *Opinión Consultiva OC-7/86*³⁸ del 29 de agosto de 1986 (párrafo 29), en relación al artículo 14.1 del *Pacto*³⁹. Ahí la Corte desestimó la posición de quienes postulaban la inejecutabilidad de aquellas normas que hacían referencia a la ley y que en razón de ello, se argumentaba, sólo podían ser exigibles una vez que se emitiera una ley formal que estableciera las condiciones en que el derecho podía ser concretamente ejercido. Señaló la Corte al respecto:

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos⁴⁰.

Por eso, retomando las palabras de Aréchaga, “no es suficiente que un artículo haga referencia a la ley para que pierda autoejecutividad”. “Para que ello ocurra – agrega – es necesario que la realidad y vigencia del derecho quede expresamente encomendada por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias”⁴¹. Cuestión que no ocurre a propósito del inciso segundo del artículo 15 del *Convenio 169* que dispone, en lo pertinente, que:

los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de

declaraciones, las cuales se siguen llamando cierta doctrina programática(s)”. [Nuestra cursiva.] Cfr. José Luis Cea Egaña, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República” (1997) 2:2 *Ius et Praxis* 81.

³⁸ *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Costa Rica)* (1986), Opinión Consultiva OC-7/86, Corte IDH (Ser A) N° 7, párr 24, en línea: Corte IDH <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf> [*Opinión Consultiva OC-7/86*].

³⁹ El artículo 14.1 de la *Convención Americana*, *supra* nota 36 señala “Derecho de Rectificación o Respuesta 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.”

⁴⁰ *Ibid.*, el párrafo 24 por su parte señala “El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”. Cfr. *Opinión Consultiva OC-7/86*, *supra* nota 38.

⁴¹ Cfr. Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 29. Pero aún en el caso de que estemos frente a una disposición programática, la doctrina señala que es posible distinguir “distintos supuestos de programaticidad, según el grado de precisión de la descripción hecha por la norma, o los condicionamientos por ella misma establecidos para su vigencia”.

esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.⁴²

A lo dicho, se agrega otra razón para entender una norma de un tratado, como es la que estamos revisando, como una obligación directamente aplicable. Ello en virtud de la regla *pro homine* de interpretación de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos, que obliga a optar por la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos. A la hora de decidir si una determinada norma en un tratado tiene o no el carácter de autoejecutable, y por tanto, si debe aplicarse directamente por los estados ratificantes en un caso en que estén en juego derechos humanos, el principio referido obliga a la interpretación que permita la aplicación directa de éstos.

Asimismo, a esa norma de interpretación general, se suma el imperativo de los estados de asumir la interpretación que le han dado los propios organismos de supervisión a las normas convencionales en cuanto a su aplicabilidad. Ello en virtud del principio de buena fe, principio que lógicamente implica reconocer autoridad a las decisiones de los órganos de supervigilancia dispuestos en los mismos instrumentos suscritos por los estados. Y en ello, tanto la propia OIT, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no han dudado en entender como de cumplimiento inmediato la exigencia de la consulta indígena⁴³. La misma OIT ha señalado expresamente que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del Gobierno de consultar previamente con los pueblos interesados, nace directamente del *Convenio* y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional⁴⁴.

En segundo lugar, cabe hacer algunas observaciones a lo referente a la afirmación del Tribunal Constitucional chileno en relación a que la consulta “no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión”⁴⁵. Esta caracterización del derecho de consulta, sin embargo, echa por tierra su importancia central en el *Convenio 169* de la OIT y es directamente contraria a los estándares internacionales sobre la materia. Como ha señalado la OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del *Convenio*, el espíritu de consulta y participación constituye la verdadera piedra de toque o angular del *Convenio*. Ella fundamenta todas las disposiciones del mismo⁴⁶.

⁴² *Convenio 169*, *supra* nota 6.

⁴³ Ver, OEA, Comisión IDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Cap IX, en línea: Comisión IDH <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm>>.

⁴⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)*, párr 72, en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>> [*Informe sobre pueblos indígenas y tribales en virtud del art 24 de la Constitución de la OIT por la CUT*].

⁴⁵ Rol N° 2387, *supra* 22.

⁴⁶ Cfr. Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos*

Por su parte, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, ha señalado que “el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia”⁴⁷. Así, aun cuando “los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público” ellos están orientados “a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”⁴⁸. Y la Corte Interamericana ha caracterizado el mismo derecho como “un principio general del Derecho Internacional”⁴⁹, el cual está “cimentado, entre otros, en el respecto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”⁵⁰.

Todo ello hace evidente que el derecho de consulta configura un estatuto mucho más exigente que un simple procedimiento para recabar la opinión. La OIT lo ha dicho expresamente en relación a la finalidad de la consulta, cual es llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Esa finalidad exige un esfuerzo positivo por obtenerlo y comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Por lo mismo, no satisface la consulta la existencia de una reunión de mera información⁵¹ o una audiencia en la cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas no pudieron instaurar un intercambio auténtico con continuidad y tiempo para hacer posible alcanzar acuerdos⁵².

indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuusutissarsiteqartut Kattuffiat SIK), en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>>. También, Organización Internacional del Trabajo, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>>.

⁴⁷ Cfr. James Anaya, Relator Especial, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Doc off Consejo de Derechos Humanos, 12^a ses, Doc A/HRC/12/34 (2009), en línea: Asamblea General ONU <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf>.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Cfr. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador* (2012), Corte IDH (Ser C) No 245, párr 164 [*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*].

⁵⁰ *Ibid.*, párr 159.

⁵¹ Cfr. *Informe sobre pueblos indígenas y tribales en virtud del art 24 de la Constitución de la OIT por la CUT*, *supra* nota 44, párr 90.

⁵² Cfr. Organización Internacional del Trabajo, *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 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR)*, párr 94, en línea: OIT

Lo cual hace evidente también que la legislación de origen nacional que el Tribunal cita como ajustada a la exigencia de la consulta (legislación indígena, ambiental y minera) está muy por debajo del estándar internacional⁵³. Además, no se entiende por qué el Tribunal está consciente de esa brecha en relación a la consulta en general pero lo niega en relación a la consulta en el caso de exploración y explotación de recursos estatales.

II. La jurisprudencia de la Corte Suprema: El primer período: desconocimiento de los alcances de la consulta indígena

Como se indicó en la introducción, la Corte Suprema pasó de una jurisprudencia coincidente con algunos de los criterios entregados por el Tribunal Constitucional que en parte asumía que la consulta indígena debía ajustarse a la legislación nacional, como por ejemplo la legislación ambiental, a una en donde se llegó a identificar claramente la naturaleza autónoma del derecho y sus exigencias propias, separada de la legislación ambiental o de cualquiera otra.

A partir de septiembre de 2009 hasta el año siguiente las sentencias dictadas por la Corte al afecto invariablemente no dieron eficacia a la consulta indígena contemplado en el *Convenio 169* de la OIT. La resolución más paradigmática de las que se dictaron ese año fue la referida al “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”⁵⁴, cuyo titular era la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A., que aprobó la instalación y operación de un sistema de conducción terrestre y submarino de desechos industriales de una planta de celulosa para su disposición final en el mar. El trazado del sistema de conducción de efluentes tratados en Planta Valdivia concluía en la Bahía Maiquillahue, específicamente, en el sector de Mehuín, habitada ancestralmente por comunidades indígenas lafkenches.

<<http://www.ilo.org/>> [Informe en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el STUNAM y el SITRAJOR].

⁵³ El artículo 34 de la *Ley Indígena*, supra nota 14 establece que “[l]os 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”. La exigencia legal se limita a una simple recepción de la opinión indígena sobre las materias tratadas y a una indeterminada obligación de considerar esa misma opinión. No se plantean la necesidad de un dialogo intercultural, adecuado a las circunstancias, sobre la medida o política a decidir, ni define como objetivo alcanzar el acuerdo o consentimiento del pueblo concernido. Tampoco la legislación ambiental nacional, como reiteraremos más adelante, cumple con los estándares convencionales sobre la materia. La *Ley General de Bases del Medio Ambiente* establece mecanismos de participación ciudadana en relación al proceso de generación de normas, planes y regulaciones de carácter ambiental y en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Tales mecanismos de participación, sin embargo, están dirigidos a la ciudadanía en general, sin contemplar procedimientos culturalmente adecuados a los pueblos indígenas. El objetivo de tales procedimientos, además, es asegurar la participación de la ciudadanía a objeto de recepcionar y ponderar sus observaciones, y no persiguen alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento de los participantes.

⁵⁴ Cfr. *Rol N° 4078-2010* [2009], Cortes Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl/> [Rol N° 4078-2010].

Las comunidades indígenas afectadas por el proyecto recurrieron de protección frente a la autorización ambiental y la acción constitucional fue rechazada en ambas instancias. El fallo de la Corte Suprema contiene varias consideraciones que están en plena sintonía con el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional. Como primera cuestión, la sentencia advertía que la consulta nunca debía entenderse como un mecanismo de participación vinculante, ni su implementación “afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina”, lo cual implicaba “que los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía”⁵⁵. Cuestión que quedaba por lo demás corroborada por lo dispuesto en el numeral de 2 del artículo 8 del citado *Convenio* y los artículos 9 y 11 del mismo tratado, según indicaron los magistrados en esa ocasión.

Asimismo, se argumentó por la Corte que el artículo 34 del *Convenio N°169* “contiene una norma que flexibiliza la incorporación de dicho tratado internacional al derecho interno” lo cual necesariamente suponía “que para el cumplimiento de sus normas cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones, tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el *Convenio* a fin de lograr la adecuada materialización de éstos”⁵⁶. Por lo cual resultaba natural concluir que “el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la *Ley N° 19.300* y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada establecen”⁵⁷, y que en la especie la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto en cuestión cumplía con “las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del *Convenio* les otorga a las consultas, esto es, 'de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas’”⁵⁸. Es decir, el procedimiento de “participación ciudadana” que disponía la *ley ambiental* era un procedimiento que satisfacía las exigencias de la consulta indígena.

Como se destacaba en la sentencia, las exigencias de la consulta se habían cumplido con el procedimiento de participación que contemplaba la *ley ambiental*, la que incluía la posibilidad para las personas y las organizaciones ciudadanas afectadas de imponerse del contenido del Estudio de Impacto Ambiental previa a la decisión que lo aprueba o rechaza, formular observaciones ante el órgano ambiental correspondiente –el cual debía ponderar explícitamente las observaciones planteadas– y el derecho a interponer un recurso de reclamación ante la autoridad superior ambiental (Dirección Ejecutiva de la Corporación Nacional del Medio Ambiente) si se estimaba que las observaciones no habían sido debidamente

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

ponderadas⁵⁹. Por lo mismo, razonaba la sentencia,

el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental –previsto en el artículo 26 de la *Ley N°19.300*– es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el *Convenio N°169*, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente.⁶⁰

Y terminaba por concluir que

la integración armónica del *Convenio N°169* en nuestro ordenamiento jurídico interno a que deben propender todos los órganos de la Administración del Estado en las áreas de sus respectivas competencias ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa sectorial que la rige, las cuales son enteramente conciliables con los estándares que orientan el *Convenio*. [Nuestra cursiva.]⁶¹

Esta interpretación del *Convenio*, como veremos ahora, presenta varias dificultades. La primera de ellas dice relación con la aplicación del tratado en relación a las normas de origen nacional, o dicho para el caso que nos ocupa, la posibilidad de subsumir la obligación de la consulta indígena en una norma nacional que establece un estándar menos exigente que el estándar internacional, como es el caso de la normativa de carácter ambiental. Desde el momento de que el Estado de Chile suscribe un tratado internacional de derechos humanos se obliga aplicar sus disposiciones en virtud del principio de inexcusabilidad consagrado del artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*⁶² (que dispone los estados no pueden invocar sus disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado) y teniendo presente el objeto y fin del instrumento internacional que en este caso es el respeto de los derechos ahí consagrados. Por lo mismo, cualquier contradicción entre un tratado y una ley interna debiera ser resuelta dándole una aplicación preferente a la norma internacional que consagra un estándar más elevado de derechos, y no viceversa.

Todo lo cual resulta contradictorio con la pretensión de la jurisprudencia revisada (incluida en este punto la del Tribunal Constitucional) de que el *Convenio 169* debe integrarse o incluso adaptarse al orden jurídico nacional. Cuando el tratado que estamos analizando dispone que el Estado tiene el deber de adoptar medidas para dar efecto al *Convenio*, según señala su artículo 34, lo que se ordena precisamente es darle aplicación material a sus disposiciones. Dicho artículo hay que relacionarlo

⁵⁹ En la especie, según consignaba el fallo, habían tenido lugar seis talleres de información ambiental y tres “casas abiertas” o exposiciones con el mismo objetivo de dar cuenta a la comunidad de los alcances del proyecto, se habían recepcionado ciento ochenta observaciones ciudadanas y se había escuchado a diversas organizaciones, algunas indígenas.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, 1155 CTNU 331 (entrada en vigor: 27 de enero de 1980).

necesariamente con lo dispuesto en el artículo 19.5.d de la *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*⁶³ que prescribe que los Estados Partes una vez comunicada la ratificación de un tratado “adoptará[n] las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”⁶⁴, y ese “hacer efectivo” incluye decisiones jurisdiccionales y administrativas concretas que aseguren su aplicación y el ejercicio de los derechos que consagra. Ello en ningún caso puede ser interpretado como que está condicionando su entrada en vigencia mientras no se dicten las normas locales correspondientes, ni tampoco que deba sujetarse a los procedimientos que ya establece la legislación vigente⁶⁵.

A mayor abundamiento, cuando el referido artículo 34 ordena adoptar “medidas” para dar efecto a las normas del *Convenio 169*, la norma consagra, en realidad, una obligación concurrente a la de cumplir inmediatamente las disposiciones del instrumento, en función de mejorar su operatividad, pero que en ningún caso tiene la virtualidad de suspender su ejecución. La suspensión del ejercicio de cualquier derecho del tratado, por lo demás, atentaría directamente con lo dispuesto en el artículo 2 del *Convenio* que dispone que “[l]os 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” y también con lo dispuesto en el artículo 12 del tratado que dispone que “[l]os pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el *respeto efectivo* de tales derechos”⁶⁶. [Nuestra cursiva.] Asimismo, un interpretación que suspenda o que subsuma su aplicación a la legislación interna no sería coherente con lo dispuesto en su artículo 35 desde el momento que esa norma consagra la aplicación preferente de cualquier derecho o ventaja que garantice un estándar más alto a los pueblos indígenas, ya sea consignado en un instrumento internacional o norma local. Si eso es así, es decir, si siempre se debe aplicar la norma más favorable, local o

⁶³ *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*, 2010, en línea: OIT <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf>>.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, *mutatis mutandis*, ha establecido el mismo principio de aplicación inmediata a propósito de las obligaciones que derivan de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, *supra* nota 36. Aun cuando el artículo 2 del *Pacto de San José* le señala a los estados la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa *Convención*, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagradas en el *Pacto de San José*, en el caso de que el ejercicio ellos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, de ello no se deriva la suspensión de la ejecutabilidad y plena vigencia de esos derechos. Se trata, en realidad, de una obligación adicional dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades reconocidos. Obligación, añadida, que de ninguna manera sustituye o suple a la obligación general, y no condicionada, de respetar y garantizar los derechos ya reconocidos. Ver, Jeannette Irigoien Barrenne, “La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno Chileno” (1996) 23:2-3 *Revista Chilena de Derecho* 299, en línea: *Revista Chilena de Derecho* <dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2649955&orden=0>. También, *Opinión Consultiva OC-7/86*, *supra* nota 38; *Opinión separada del juez Héctor Gros Espiell*, en *Opinión Consultiva OC-7/86*, *supra* nota 38, párrs 6 y 7.

⁶⁶ *Convenio N° 169*, *supra* nota 6.

internacional, sería absurdo que el *Convenio*, garantizando aquello, deba adaptarse a la legislación de cada país cuando la misma establece estándares de menor protección.

El llamado que hace el *Convenio* a determinar de manera flexible las medidas para darle efecto, en consecuencia, no busca naturalmente abortar la eficacia del tratado bajo la legislación local, sino que lo hace, especialmente, en función de los diversos modos de organización, cultura, formas sociales y jurídicas de los pueblos indígenas titulares de los derechos que reconoce el tratado⁶⁷, lo cual resulta imprescindible tener en cuenta a la hora de implementar el *Convenio*. También el llamado a la flexibilidad se hace atendiendo a las diversas medidas legislativas o administrativas que pueden surgir como fruto de los procesos de participación y consulta con los pueblos indígenas sobre las políticas, programas y medidas que les conciernan⁶⁸. Ello supone un margen importante de flexibilidad ya que si estamos frente a un tratado que consagra el derecho de los indígenas a definir sus propias prioridades de desarrollo y a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades”⁶⁹, las decisiones autónomas que ellos adopten en los procesos participativos van a definir buena parte de la implementación del *Convenio*. Pero nunca la “flexibilidad” puede servir de excusa para la inaplicación del tratado en atención a las “condiciones” que marca la legislación local. La norma de flexibilidad está establecida a favor de los titulares de los derechos consagrados en el tratado y no en favor de los estados partes, y de tomarse en serio el precepto constitucional de que la soberanía del Estado está limitada por los derechos humanos⁷⁰, no puede pretenderse que la soberanía legislativa pueda establecer libremente el modo de ejercicio de esos derechos humanos.

Y esto tiene importancia a raíz de los requisitos dispuestos por el *Convenio* 169 para que la consulta sea válida, los que implican satisfacer requisitos más exigentes que los establecidos para la participación ciudadana en la legislación ambiental chilena. Como se vio atrás esta legislación comprendía básicamente la obligación de difundir el Estudio de Impacto Ambiental que daba inicio al procedimiento de autorización en la materia, la posibilidad de hacer observaciones

⁶⁷ Cfr. Comisión Económica para América y el Caribe, “Pueblos indígenas de América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI” (2006), Panorama Social de América Latina 143, en línea: CEPAL <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/27480/PSE2006_Cap3_PueblosIndigenas.pdf>.

⁶⁸ Cfr. Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio núm 169 de la OIT*, pág 184, en línea: OIT <http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/lang--es/docName--WCMS_113014/index.htm> [Guía sobre el Convenio núm 169]. La *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Res AG 61/295, Doc off AG NU, 107ª ses, supp n° 53, Doc NU A/Res/61/295 (2007), apoya su normativa en ese principio. Señala en su preámbulo que “Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía [según las regiones y los países] y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales, [...]”.

⁶⁹ *Convenio N° 169*, *supra* nota 6.

⁷⁰ La *Constitución Política de Chile* dispone en su artículo 5, inciso 2°, que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

por parte de quienes puedan resultar afectados por el proyecto, que esas observaciones sean ponderadas y respondidas en la resolución final del proceso de autorización ambiental, y la posibilidad de recurrir a la máxima autoridad ambiental para la reconsideración de la primera decisión administrativa. Lo cual dista mucho de las exigencias del *Convenio* en materia de consulta indígena.

Este derecho exige a los Estados “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”, consulta que deben ser llevadas a cabo “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”⁷¹. Los requisitos para que una consulta sea válida, en consecuencia, según se desprende del *Convenio* y lo ha expresado los órganos de control de la OIT requiere satisfacer las siguientes condiciones: 1) que sea hecha en forma *previa*, estos es, desde las primeras etapas de la formulación de la medida⁷²; 2) mediante *procedimientos adecuados*, es decir, ajustándose a las exigencias propias de cada situación y siendo útil, sincera y transparente⁷³; 3) a sus *instituciones representativas*, representatividad que debe ser el resultado de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas⁷⁴; 4) de *buena fe*, lo que implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad⁷⁵; 5) de modo *apropiado a las circunstancias*, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado,⁷⁶ y; 6) con la *finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas*, lo que comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común⁷⁷.

⁷¹ Cfr. *Convenio 169*, *supra* nota 6, art 6.

⁷² Cfr. *Informe sobre pueblos indígenas y tribales en virtud del art 24 de la Constitución de la OIT por la CUT*, *supra* nota 44, párr 78. También, Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS)*, párr 61, en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>>.

⁷³ Cfr. OIT, *Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*, Francia, Dumas-Titoule, 2003 pág 17.

⁷⁴ Cfr. *Informe en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el STUNAM y el SITRAJOR*, *supra* nota 52.

⁷⁵ Cfr. *Guía sobre el Convenio núm 169*, *supra* nota 68.

⁷⁶ Cfr. *Informe sobre pueblos indígenas y tribales en virtud del art 24 de la Constitución de la OIT por la CUT*, *supra* nota 44, párr 72.

⁷⁷ *Ibid.*, párr 103. A estos requisitos, la Corte Interamericana, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 7.3 del *Convenio 169* de la OIT, agregó la obligación estatal de realizar estudios de impacto ambiental como “una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo” y como una forma de “evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión” y asegurar que las comunidades indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si

De ahí entonces, que la jurisprudencia del Corte Suprema, desde el momento que entendió que el mecanismo de participación ciudadana contemplado en la legislación ambiental satisfacía los estándares de la consulta indígena, violó las disposiciones del tratado en un elemento central de él como es la consulta indígena.

III. Jurisprudencia del año 2011: ¿hacia dónde van las decisiones de la Corte?

En enero del año 2011 se dictó una sentencia por la Corte Suprema donde se hizo una distinción entre el mecanismo de participación ciudadana contemplado en la legislación ambiental del procedimiento específico de la consulta indígena que dispone el *Convenio 169* de la OIT⁷⁸. Ello constituye un punto crucial para la eficacia de la consulta indígena y, como veremos, es un aspecto básico que no ha encontrado un reconocimiento firme en la Corte Suprema.

La primera sentencia que asume esta distinción fue dictada en el primer mes del 2011. Se trató de un recurso de protección interpuesto frente a la autorización ambiental otorgada al proyecto “Estación de Transferencias de Residuos Sólidos Laco-Panguipulli”, presentado por la I. Municipalidad de Lanco, y que tenía por objetivo la construcción y operación de un sitio destinado a la disposición intermedia de residuos sólidos urbanos para las comunas de Lanco y Panguipulli⁷⁹, antes de su disposición final en un relleno sanitario en otro lugar más lejano. El proyecto había sido sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental presentando una Declaración de Impacto Ambiental⁸⁰. La estación de transferencias de residuos se

aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria”. Cfr. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, *supra* nota 49, párr 205

⁷⁸ Cfr. *Rol N° 6062/2010* [2011], Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

⁷⁹ Para el gobierno y administración interior del Estado, Chile se divide en quince unidades territoriales llamadas Regiones, y cada uno de ellas está a cargo de un intendente los cuales son designados por el Presidente de la República. Las regiones se dividen, a su vez, en provincias los cuales están a cargo de un gobernador, y éstas finalmente se dividen en comunas las que son dirigidas por un alcalde, el cual es electo por votación popular (Capítulo XIV de la *Constitución Política de Chile*). Más información, Sistema Integrado de Información Territorial, *División Política-Administrativa*, en línea: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <http://siit2.bcn.cl/siit/nuestropais/div_pol-adm.htm>.

⁸⁰ El titular de un proyecto o actividad que se somete al Sistema de Impacto Ambiental lo hace presentando una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), salvo que dicho proyecto genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley, caso en el cual deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Por Estudio de Impacto Ambiental se entiende: “El documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos” (*Ley 19.300*, *supra* nota 17, art 2, letra i.) La Declaración, por su parte, corresponde a un “documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes”. La Declaración no contempla necesariamente una etapa de participación ciudadana y está configurada básicamente para acreditar el cumplimiento de la normativa ambiental respectiva. En el caso de los Estudios de Impacto Ambiental,

emplazaba en un sector reconocido por los mapuches como centro del kimun (sabiduría) y era aledaño a ocho comunidades indígenas mapuches.

Para la Corte el proyecto había sido sometido a un tipo de procedimiento de evaluación ambiental, menos exigente como es una Declaración de Impacto Ambiental, que no correspondía de acuerdo con las características del proyecto. Señaló el tribunal que la resolución ambiental

calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, en circunstancia que la existencia de una estación de transferencia de esa naturaleza desde luego genera riesgo para la salud de la población aledaña, de manera que, atento con lo dispuesto en la *Ley Ambiental* (artículo 10 en relación con el 11 letra a)), tal proyecto requería para su aprobación de la existencia de un Estudio de Impacto Ambiental (C 2º).⁸¹ [Nuestra cursiva.]

Lo cual importaba que la autoridad ambiental debía en esa ocasión “considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la *Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*” [nuestra cursiva]⁸², y su omisión convertía a la autorización ambiental en una actuación ilegal. Decía en su último considerando la Corte:

Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la *resolución N° 041* por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, pese a que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la *Ley 19.300*, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la *Ley 19.300* y el *Convenio 169*, incurrió en un actuación ilegal afectando con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental.⁸³ [Nuestra cursiva.]

Un segundo caso parecido en sus conclusiones lo constituye la sentencia dictada en Julio de 2011 por la Corte Suprema, la cual dejó sin efecto la resolución ambiental que calificó favorablemente el proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”. El caso refería a la actualización del instrumento de regulación urbana del poblado de San Pedro de Atacama que alberga a una importante población indígena atacameña y que en las últimas décadas ha vivido un importante desarrollo turístico y comercial, lo que hacía que para el municipio fuere necesario “actualizar el instrumento de planificación territorial con la finalidad de actualizarlo a los nuevos

permite además determinar si el proyecto o actividad se hace cargo de los efectos ambientales que genera, mediante la aplicación de medidas de mitigación, reparación y/o compensación adecuadas, e incluye necesariamente un procedimiento de participación ciudadana.

⁸¹ *Rol N° 6062-2010* [2011], Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

requerimientos”⁸⁴. El recurso de protección lo habían interpuesto la “Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao” y en primera instancia lo habían perdido.

Tal como en el caso anterior, el mecanismo elegido para la evaluación ambiental del proyecto por parte de la municipalidad había sido una Declaración de Impacto Ambiental, en circunstancias que para los recurrentes debió haberse presentado un Estudio de Impacto Ambiental y, asimismo, implementado una consulta indígena en conformidad al artículo 6 del *Convenio 169* de la OIT. Reclamaciones que van a ser debidamente recepcionadas por la Corte Suprema.

Para la sentencia dictada por ese alto tribunal el *Convenio N° 169* establece para los pueblos indígenas un mecanismo de participación determinado y a pesar de que en la propia Declaración Ambiental presentado por el municipio se señalaba que la planificación territorial tenía como objeto

el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del *Convenio N°169* de la OIT, cuyo artículo 4° previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.⁸⁵

Consulta que no se satisfacía con las instancias de participación contempladas en la legislación sobre urbanismo y construcción implementadas en el caso, y que consistieron en informar a los vecinos, en realizar audiencias públicas en los barrios más afectados y en consultar la opinión del Consejo Económico y Social de la comuna⁸⁶. Ello por cuanto, indicaba el fallo,

desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.⁸⁷

La autoridad municipal incurría en una contradicción: por un lado declaraba que pretendía “allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que

⁸⁴ Ver Gobierno de Chile, *Ficha del Proyecto: Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama*, en línea: Gobierno de Chile <http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=450255>.

⁸⁵ *Recurso 258/2011* [2011], Res 29806, Corte Suprema de Chile. [*Recurso 258/2011*].

⁸⁶ Los “consejos económicos y sociales” constituían hasta el año 2011 las instancias de participación ciudadana integrado por representantes de las actividades y organizaciones comunales importantes. Actualmente es reemplazado por el “consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil” (artículo 33 de la *Ley 20.550* [2011], Ministerio de Educación de Chile, en línea: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>>).

⁸⁷ *Recurso 258/2011*, *supra* nota 85.

les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama”⁸⁸, pero, por otro lado prescindía “de la participación y cooperación de éstas” y no atendía los “elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”⁸⁹ (C 8°).

Por lo mismo, para la Corte Suprema la autorización ambiental 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 vidas de las comunidades originarias interesadas”⁹⁰ (C 9°) y por lo mismo se lesionaba la garantía de igualdad ante la ley. En consecuencia, el tribunal concedía la cautela requerida “en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, *que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla*, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido”⁹¹ (CI 10°). [Nuestra cursiva.]

Pero esas decisiones no asentaron durante ese año una jurisprudencia definitiva ni segura. Junto con las sentencias revisadas atrás, favorables a las comunidades indígenas y a la implementación del *Convenio 169* de la OIT, en el mes de junio de 2011, la Corte va a resolver otro caso de una manera muy diferente⁹². Se trataba de la autorización ambiental de un proyecto minero, individualizado bajo la designación “Exploración Minera Proyecto Catanave”, y que implicaba “una campaña de perforación con dinamita”. Según el recurso interpuesto por el alcalde de la localidad de Putre, el proyecto afectaba un territorio ancestral de pastoreo de varias comunidades indígenas aymaras por lo que debía implementarse el procedimiento de consulta indígena.

El recurso sin embargo va a ser rechazado en primera instancia por la Corte Apelaciones de Arica y esa decisión va a ser confirmada íntegramente por la Corte Suprema. En la sentencia ad quo, que cita la sentencia ya referida del caso “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, va a resolver que

la participación de las comunidades indígenas en el marco de la *ley 19.300 (Ley Ambiental)*, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el *Convenio N°169* sobre pueblos indígenas, *se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental* (C 24°).⁹³ [Nuestra cursiva.]

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Cfr. Rol N° 226-2011* [2011], “Exploración Minera Proyecto Catanave”, Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

⁹³ *Rol N° 4078-2010*, *supra* nota 55.

IV. Jurisprudencia 2012 y 2013: ¿hacia la consolidación definitiva de los estándares convencionales?

Posteriormente, durante los años 2012 y 2013 se va a desarrollar una jurisprudencia favorable a la consulta indígena, en el sentido señalado en los primeros fallos analizados del año anterior.

Durante el año 2012 se va a declarar sin efecto la autorización ambiental efectuada sobre un proyecto de generación eléctrica “Parque Eólico Chiloé”⁹⁴, por cuanto, afectando 18 sitios arqueológicos de significación cultural de comunidades indígenas huilliches, no se había sometido la autorización ambiental al procedimiento de un Estudio de Impacto Ambiental y no se había efectuado una consulta indígena. La Corte expresamente señaló que no constituía una consulta indígena las

reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto [...] por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad⁹⁵ (C 8°).

Así, la Corte, siguiendo su doctrina anterior, dispuso que para la aprobación del proyecto era necesario un Estudio de Impacto Ambiental “que como tal comprende un proceso de participación ciudadana, *que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido* [derecho de consulta]”⁹⁶ (C 10°) [Nuestra cursiva.]

Casi en idénticos términos la Corte acogió un recurso de protección en favor de comunidades indígenas aymaras y quechuas, el norte de Chile, afectados por un proyecto minero “Sondaje de Prospección Paguanta”⁹⁷, que implicaba la instalación de 63 plataformas de perforación, dos piscinas por cada plataforma para contener el lodo, la construcción de 5 km. de caminos de acceso y la mantención de campamento de hasta 40 trabajadores. El proyecto además se asentaba en un Área de Desarrollo Indígena⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. Rol N° 10.090-2011 [2012], “Parque Eólico Chiloé”, Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Recurso 258/2011, *supra* nota 85.

⁹⁷ Cfr. Rol N° 11.040-2011 [2012], “Sondaje de Prospección Paguanta”, Corte Suprema de Chile, en línea : Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>. En virtud de este proyecto se proyectaba la ejecución de un programa de prospección geológica consistente en la realización de 63 sondajes que completan 14.000 metros de perforación, de los cuales 3.000 m se realizaría por método de aire reverso y 11.000 m por método diamantina. Se habilitarían además 13 plataformas de perforación y 1 km de caminos de acceso a ellas. En forma complementaria, se construirían 53 piscinas impermeabilizadas de decantación de lodos de perforación.

⁹⁸ Las Áreas de Desarrollo Indígena (ADIs) constituyen espacios territoriales en los cuales los órganos de la Administración del Estado deben focalizar su acción para el mejoramiento de la calidad de vida de

Otro caso destacado lo conformó la sentencia dictada por la Corte Suprema en abril de 2012 que acogió un recurso de protección interpuesto por indígenas diaguitas, en contra de una resolución que había calificado favorablemente el “Estudio de Impacto Ambiental Proyecto el Morro”, que aborda un proyecto minero de producción de concentrado de cobre de inmensas proporciones y que entraña una inversión de 2.500 millones de dólares⁹⁹. Los efectos del proyecto más evidentes en materia indígena (cuya autorización ambiental definitiva sigue pendiente) son la ocupación de terrenos de propiedad de una comunidad agrícola e indígena diaguita, el reasentamiento de familias de crianceros de ganado y la alteración de antiguos ciclos de trashumancia. Por lo mismo, los recurrentes exigían que el proceso de autorización ambiental implementara un proceso de consulta e, incluso, que se obtuviera el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad indígena dada la magnitud de los efectos del proyecto en sus vidas.

La Corte va a acoger el recurso y va a dejar sin efecto la autorización ambiental en tanto no se subsanaran las deficiencias observadas en la sentencia de primera instancia (Corte de Antofagasta) en relación al proceso de autorización ambiental. Esas deficiencias decían relación con el hecho de que Estudio de Impacto Ambiental sólo había considerado algunas familias del total de integrantes de la comunidad indígena y agrícola, en circunstancias que la normativa relativa a la protección de los pueblos indígenas, especialmente el deber de consulta indígena, debía aplicarse a toda la comunidad. Asimismo, no se habían evaluado los efectos del proyecto en relación a todos los integrantes de la comunidad como dueños en común de los terrenos que resultarían afectados por el proyecto minero. El Estudios de Impacto Ambiental, en consecuencia, debía evaluar el impacto cultural, social y económico que implicaba el proyecto respecto de todos quienes integraban la comunidad indígena, y no sólo de una parte de ellos, y por lo mismo debían comprometerse las medidas de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones en favor de todos ellos. Para la sentencia, confirmada por la Corte Suprema, la exclusión de buena parte de los comuneros indígenas en la evaluación de los efectos del proyecto y la reducción de las medidas de mitigación y reparación para sólo algunos de ellos, implicaba desconocer el derecho de propiedad comunal indígena de que eran titulares todos los comuneros diaguitas y una violación al derecho a la igualdad (C 11). Todo lo cual implicó en la práctica dejar sin efecto la autorización ambiental del proyecto y realizar, entre otras obligaciones, un proceso de consulta indígena a la comunidad diaguita afectada.

las personas de origen indígena que habitan en dichos territorios. Surgen a partir de la aplicación del art 26° de la *Ley N° 19.253*, *supra* nota 14.

⁹⁹ Las obras e instalaciones previstas en el Proyecto cubren un área de aproximadamente 2.463 hectáreas. 362 hectáreas destinadas a la mina a rajo abierto, 595 hectáreas para el depósito de estéril, 470 hectáreas destinadas al depósito de relaves y 1.036 hectáreas destinadas a la construcción de obras de infraestructura para la mina.

En enero de 2013, asimismo, se dictaron dos sentencias¹⁰⁰ que se pronunciaron de modo idéntico en relación a concesiones de exploración de energía geotérmica¹⁰¹. En ambos casos los recursos de protección fueron interpuestos por comunidades indígenas mapuches que reclamaba que las decisiones administrativas de concesión no le habían sido consultadas. Los dos recursos fueron rechazados en primera y segunda instancia en atención – en lo que aquí interesa – a que, como señalaron las sentencias *ad quo* (confirmadas por la Corte Suprema), la

etapa de concesión de la exploración geotérmica, esto es, reconocer, registrar, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo – en el área concesionada de un máximo teórico de cien mil hectáreas de extensión – es imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas, lo cual de producirse será en una etapa posterior del proyecto en que será necesario realizar la evaluación medioambiental del proyecto¹⁰².

Pero, no obstante el rechazo, la Corte prevenía que

debe darse cumplimiento al proceso de consulta y participación de comunidades originarias que puedan ser afectadas por la *realización* de proyectos como los de energía geotérmica en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales; especialmente a lo referido a la evaluación ambiental de los proyectos y a la participación de estas comunidades en la toma de decisiones que afecten los territorios donde éstas habitan¹⁰³. (C 9º y 10º) [Nuestra cursiva.]

Otra sentencia destacada fue la dictada en el año 2013¹⁰⁴ a propósito de un recurso de protección interpuesto en contra de un proyecto inmobiliario que se desarrollaba a escasos 35 metros de un cementerio indígena que alberga restos arqueológicos del período preincaico y que se ubica en al área de emplazamientos de dos comunidades indígenas atacameñas. Para la Corte, además de las infracciones relativas a las leyes que regulan la conservación del patrimonio arqueológico (desde

¹⁰⁰ Cfr. *Rol N° 495-2013* [2013], “Newen”, Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>; *Rol N° 9526-2012* [2013], “Sollipulli”, Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

¹⁰¹ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6º de la *Ley N° 19.657* [2000], “Sobre concesiones de energía geotérmica”, Ministerio de Minería de Chile, en línea: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30289>>, la concesión de “exploración consiste en el conjunto de operaciones que tienen el objetivo de determinar la potencialidad de la energía geotérmica, considerando entre ellas la perforación y medición de pozos de gradiente y los pozos exploratorios profundos. En consecuencia, la concesión de exploración confiere el derecho a realizar los estudios, mediciones y demás investigaciones tendientes a determinar la existencia de fuentes de recursos geotérmicos, sus características físicas y químicas, su extensión geográfica y sus aptitudes y condiciones para su aprovechamiento”.

¹⁰² Cfr. *Rol N° 9.431-2012* [2012], “Sollipulli”, Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>; *Rol N° 12.652-2012* [2012], Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Cfr. *Rol N° 3010-2013* [2013], “Cementerio Topater”, Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

el momento que no se había hecho la denuncia a que están obligados quienes encuentran restos de este tipo), el proyecto inmobiliario había violentado las normas de protección de los pueblos indígenas recogidas en el *Convenio 169* de la OIT, especialmente la “idea central” que articula el tratado internacional, cual es “la incorporación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones relativa a aquellos aspectos del desarrollo social que pueden afectarles”¹⁰⁵, lo cual constituía una violación al derecho de quienes habían interpuesto la acción judicial al “libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados”¹⁰⁶ y al derecho a la igualdad y no discriminación. Por eso la Corte acogió el recurso y suspendió la autorización dada para la construcción del proyecto inmobiliario hasta que no se subsanaren las infracciones legales.

V. Primera sentencia del año 2014: un retroceso sin precedentes en el cumplimiento del *Convenio 169* de la OIT

La evolución que había venido perfilando la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena en materia del derecho que estamos revisando, consagrando en términos generales la obligación de consultar a los pueblos indígenas en relación a decisiones administrativas relativas a proyectos susceptibles de afectarlos directamente, en el marco de Estudios de Impacto Ambiental, ha sufrido un grave embate en la primera sentencia que se dicta sobre la materia en este año. En efecto, y contradiciendo dos años de decisiones a favor de la implementación del derecho de consulta indígena, la Corte el día 22 de abril de 2014 dictó una sentencia¹⁰⁷, que de asentarse como jurisprudencia, acarreará la completa ineficacia del derecho.

El recurso, presentado por una comunidad indígena mapuche, reclamaba que en el diseño y elaboración de un proyecto de instalación de agua potable rural en su comunidad, ellos no se habían sido participes a través de un proceso de consulta previa, libre, informada y realizada de buena fe. El proyecto se implementa en sus propias tierras y afecta a la comunidad al modificar las condiciones del terreno, las cercas y el suelo en los sectores de alta pendiente por reblandecimiento. En la elaboración del proyecto si bien formalmente se había llevado adelante una consulta, de acuerdo a los recurrentes el procedimiento no se había ajustado a las exigencias del *Convenio 169* de la OIT.

La sentencia va a rechazar el recurso interpuesto por los indígenas esgrimiendo un argumento que resulta cuestionable por donde se le mire. Desconociendo su propia jurisprudencia, que había insistido por más de dos años que la consulta indígena debía ajustarse a los términos del *Convenio N° 169* de la OIT, la Corte ahora va a evaluar el cumplimiento del procedimiento de consulta de acuerdo a lo dispuesto en un decreto emitido por el Poder Ejecutivo en el año 2009, decreto que

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Cfr. Rol N° 1515-2014* [2014], “Proyecto de Agua Potable Rural Ko Winkul Pocura”, Corte Suprema de Chile, en línea: Poder Judicial República de Chile <www.pjud.cl>.

reglamentaba la obligación establecida en la ley local para los servicios estatales y que se reduce sólo a escuchar y considerar la opinión de las comunidades indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con "cuestiones indígenas"¹⁰⁸. Y, en conformidad a ese decreto, va a entender la Corte que la consulta establece un mecanismo que supone únicamente "información de los pueblos indígenas y la recepción de observaciones respecto del proyecto"¹⁰⁹ (C 8°), requisitos que en la especie se habían cumplido.

De este modo la Corte entiende ahora satisfecha la consulta indígena. Es decir, entrando ahora al análisis de esa decisión, va a sujetar el cumplimiento de un derecho consagrado en un tratado internacional a una norma administrativa interna desatendiendo las obligaciones internacionales comprometidas por Chile. Ello con infracción al artículo 5° de la *Constitución Política de la República de Chile* que ordena al Estado respetar y promover los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados y vigentes, como es el caso del *Convenio 169* de la OIT, y en contravención a al artículo 6° de la misma Constitución que dispone que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, además de garantizar el orden institucional de la República.

La Corte Suprema con su decisión va a profanar un principio básico del derecho internacional, ya señalado atrás, cual es que los tratados vigentes deben ser cumplidos de buena fe y que ningún Estado Parte puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, principios que constituyen la condición de posibilidad del derecho de origen internacional y que han tenido un amplio reconocimiento en la jurisprudencia del mismo máximo tribunal¹¹⁰. La utilización del *Decreto N° 124* que refiere la Corte como parámetro para determinar si se ha satisfecho el derecho de consulta, constituye una abierta contravención del tratado internacional que exige que ésta sea previa, mediante procedimientos adecuados, hecha a sus instituciones representativas, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo. Todo lo cual guarda escasa relación con reducir la consulta al deber de informar y recabar las observaciones indígenas.

A mayor abundamiento, el decreto en que apoya su decisión la Corte, que fue dictado de manera inconsulta – como su misma normativa lo reconoce en su artículo transitorio¹¹¹ – contiene una regulación que escasamente puede compararse a los estándares exigidos para implementar el derecho analizado aquí. Entre otros defectos,

¹⁰⁸ Cfr. *Decreto 124* [2009], "Reglamenta el artículo 34 de la ley n°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas", Ministerio de Planificación de Chile, en línea: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486>>.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Cfr. Miriam Lorena Henríquez Viñas, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos" (2008), 6:2 Estudios Constitucionales 73, en línea: SciELO Chile <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100004>>.

¹¹¹ Que dispone que "[una] vez que entre en vigencia el presente reglamento, se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y participación, en conformidad a lo establecido en el artículo 34 de la ley N° 19.253 y en los artículos 6 N° 1 letra a; N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo".

el *Decreto* subsume la obligación de consulta del *Convenio* bajo el deber de escuchar y considerar que establece la ley nacional (art 1º), limita el procedimiento a la entrega de información, la recepción de observaciones de las organizaciones indígenas y su ponderación por las autoridades (art 2º y 17), reduce la consulta a los mecanismos de participación establecidos en las leyes sectoriales en lo relativo a los proyectos de inversión (art 5), limita el concepto de “afectación directa” a cuestiones relativas a tierras indígenas o a las Áreas de Desarrollo Indígena (art 7º), considera consultables sólo a las organizaciones reconocidas por la ley (art 9), circunscribe las medidas a ser consultadas a los nuevos planes, planes y programas impulsados por determinados órganos públicos (art 14) y deja en manos del mismo órgano estatal evaluar la pertinencia o no de la consulta (art 16). Con ello, a pesar de que el respectivo decreto recoge formalmente los principios que articulan la consulta de acuerdo al *Convenio 169* (representatividad, procedimientos apropiados, buena fe y finalidad), la consulta bajo estas condiciones, extraordinariamente restrictivas, queda vacía de contenido y pierde su eficacia.

Llama la atención que la Corte Suprema en sus decisiones nunca había aplicado al *Decreto N° 124* a los casos que le tocó conocer sobre consulta indígena. Simplemente lo había omitido en todos sus considerandos. Lo más restrictivo en su comprensión de la naturaleza de la consulta había sido asimilarla al mecanismo de participación establecida en la legislación ambiental. Pero ahora a despecho de aquello, en su última sentencia se deja guiar para la aplicación del *Convenio* por lo dispuesto por un decreto administrativo cuyo contenido encima aborta la eficacia del derecho. Lo cual no sólo implica una inconsistencia difícilmente presentable, con la consiguiente violación al principio de igualdad en relación a las otras sentencias que fijaron un estándar distinto y muy superior en la materia, sino que también un lamentable desacato al deber de cumplimiento del *Convenio*.

Asimismo, el fallo constituye una decisión políticamente difícil de comprender. El referido *Decreto N° 124* concitó el rechazo unánime de las organizaciones indígenas desde su promulgación, tanto por ser inconsulta como por lo que ella disponía, y desde el primer momento se tuvo conciencia por las autoridades políticas de la necesidad de derogarla (lo cual sucedió efectivamente este año). Ahora, en una decisión que puede tener un costo muy alto para la frágil y difícil relación con los pueblos indígenas, la Corte Suprema resucita una norma que con toda razón había quedado sepultada entre los trastos olvidados de la legislación.

El derecho de consulta indígena es una pieza central del *Convenio 169* de la OIT que efectivamente implementado podría servir para modificar la relación histórica de sometimiento entre el Estado chileno y los pueblos indígenas que se encuentran en su territorio. Ello podría constituir un elemento clave en la superación de una violencia contenida y muchas veces explícita entre dos mundos que no se reconocen. Para ello es necesario ir dando pasos consistentes que permitan ir

generando un diálogo inédito entre civilizaciones que ocupando un mismo espacio territorial tienen aproximaciones tan diferentes respecto de su uso y habitabilidad.

Nada pregona, empero, un próximo entendimiento bajo las actuales condiciones de mutua sordera y de movimientos puramente estratégicos. Lo que aparece hoy como un avance mañana resulta ser un ardid; el que hoy es un amigo al día siguiente es un traidor.

Los diálogos son entre dos o más. Cada uno tiene que honestamente aportar su compromiso y una cuota de esfuerzo. Pero siempre el principal responsable es el que tiene el poder. El que decide, el que siempre ha decidido y que ahora debiera ceder frente al Derecho. Sin su aporte todo es en vano. Es pura táctica, nada más que astucia, y de ahí no nace la confianza. De nada vale un avance hoy si existe la sospecha de que mañana habrá una movida para un jaque final. Los avances en la implementación de los derechos deben ser como el escalamiento de una montaña, aun cuando pueda resultar muy empinada. Nada de piruetas y mascaradas de arlequín. A esta altura ya no estamos para bromas.

Como se puede ver de estas páginas las autoridades chilenas no se han tomado en serio una pieza clave en el fino engranaje que requiere un pacto con los pueblos indígenas. Ni el ejecutivo a través de decisiones administrativas inconsultas ni los tribunales encargados de garantizar las reglas de derecho. Así todo continúa más o menos igual: más solapado, más cauteloso, pero siempre idéntico a sí mismo. Pero, por otro lado, aún peor: a la inveterada violencia institucional se agrega ahora la incertidumbre. Ya nadie sabe cuáles son las reglas del juego: ni indígenas, ni funcionarios, ni tampoco inversionistas. Todo queda entregado a mayorías ocasionales de ministros judiciales, a coyunturas, a temperaturas políticas. Nada que haga honor a una idea de integridad institucional; de un “orden institucional de la República” como reza nuestra *Constitución*.

Si no se supera esto, todo indica que la desconfianza y la violencia continuarán: se seguirá recurriendo a la vía penal para hacer frente a las explosiones de fuerza, se aumentará el número de presos mapuches y también de abusos policiales, se continuarán enfrentando huelgas de hambre cada tanto, se lamentarán más quemaduras, muertes y daños tanto a agricultores como a personas indígenas. Se seguirá acumulado el odio, se profundizarán las incomprensiones, las demandas legítimas seguirán sin encontrar cauces institucionales.

Nada avizora un cambio profundo. Pero queda tal vez una esperanza. La esperanza de que junto con ratificar los tratados de derechos humanos nos decidamos de una vez a implementarlos, nos decidamos de una vez a cumplir nuestra palabra.