

## JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y OTRAS FUENTES RELACIONADAS CON EL CONVENIO OIT N°169, EN ESPECIAL SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA INDÍGENA

ANDRÉS FERNÁNDEZ ALEMANY

**RESUMEN:** Transcurridos más de 2 años desde la entrada en vigencia del Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, se constata que la aplicación de sus disposiciones se ha concentrado justamente en uno de los derechos contenidos de dicho instrumento internacional, declarado como autoejecutable por nuestro Tribunal Constitucional. Nos referimos al deber de consulta consagrado en su artículo 6(1)(a). Al respecto, han sido mayoritariamente los Tribunales Ordinarios de Justicia, básicamente por medio de fallos de nuestras Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, que paulatinamente han ido reconduciendo este derecho al estatus de participación aplicable a todos los chilenos, sin distinción de origen étnico. En efecto, si bien el reconocimiento de derechos especiales a los pueblos indígenas supone el respeto de la dignidad de los mismos, no implica el reconocimiento a la “autodeterminación”, en el sentido que se les haya conferido poderes públicos o soberanos, sino que tales derechos deben ser ejercidos en forma igualitaria con los demás grupos que forman parte de la sociedad. Sin embargo, dentro de la institucionalidad del Convenio, ha existido un intercambio de ideas entre el Estado de Chile y organismos internacionales relacionados a la OIT, que podrían resultar en algunas adecuaciones normativas destinadas a perfeccionar el cumplimiento del citado deber de consulta indígena.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El deber de consulta: obligación del Estado y principio de flexibilidad. 3. Prohibición de menoscabar los derechos y ventajas garantizados en otros instrumentos internacionales. 4. Aplicación del derecho de consulta consagrado en el convenio por parte de los tribunales chilenos. 4.1. Recurso de protección contra una resolución de calificación ambiental de un proyecto de piscicultura. a) Antecedentes. b) Implicancias. 4.2. Recursos de protección contra una resolución de calificación ambiental de un proyecto de conducción y descarga al mar de efluentes tratados. a) Antecedentes. b) Implicancias. 4.3 Recursos de protección contra RCA que aprobó favorablemente la “estación de transferencia de residuos sólidos Lanco-Panguipulli”. a) Antecedentes. b) Implicancias. 4.4 Recurso de protección contra resolución de calificación ambiental que aprobó la

actualización de plan regulador de la comuna de San Pedro de Atacama. a) Antecedentes. b) Implicancias. 4.5 Recurso de protección contra decreto que adjudica contrato de concesión para la construcción del nuevo aeropuerto de la Región de La Araucanía. a) Antecedentes. b) Implicancias. 4.6 Resumen de la jurisprudencia de la Corte Suprema. 5. Aplicación del derecho de consulta por los órganos de la administración del Estado dentro del SEIA. 6. Memorias del convenio y solicitud directa del consejo de expertos de la OIT. 6.1 Memorial oficial. 6.2 Memorias alternativas. 6.3 Solicitud directa de la comisión de expertos de la OIT. 7. Comentarios finales. 8. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

A casi dos años de la entrada en vigencia<sup>2</sup> del Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio) resulta interesante analizar cómo los tribunales de justicia del país, y en especial la Corte Suprema, han interpretado que este debe ser aplicado, especialmente respecto del deber de consulta consagrado en su artículo 6(1)(a). La jurisprudencia se ha generado principalmente al resolver recursos de protección, por lo que si bien existe una gran diversidad a nivel de Cortes de Apelaciones, poco a poco se han ido uniformando los criterios de aplicación en virtud de lo resuelto por la Corte Suprema al resolver los recursos de apelación correspondientes.

Como la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado, el deber de consulta consagrado en el artículo 6(1)(a) del Convenio constituye la piedra angular del mismo, toda vez que establece la obligación del Estado de “*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*”.

En consideración a lo anterior, esta disposición cuenta dentro del ordenamiento jurídico nacional con una regulación expresa contenida en el Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación<sup>3</sup>, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de

<sup>1</sup> Quisiera reconocer y agradecer el valioso aporte de la abogada Beatriz Recart Apfelbeck en la realización de este trabajo.

<sup>2</sup> El Convenio entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009, esto es, 12 meses después de la fecha en que fue registrada su ratificación, según lo dispone el artículo 38 párrafo tercero del Convenio.

<sup>3</sup> Publicado en el *Diario Oficial* el 25 de septiembre de 2009.

regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas (Reglamento de Consulta Indígena)<sup>4</sup>.

Asimismo, el artículo 6(1)(a) y (2)<sup>5</sup>, junto con el Artículo 7(1) oración segunda<sup>6</sup> del Convenio, fueron las únicas normas declaradas como autoejecutables por el Tribunal Constitucional (TC) y que por tanto resultan inmediatamente aplicables al ordenamiento nacional.

Lo anteriormente expuesto explica por qué el deber de consulta ha sido el gran tema del Convenio que ha sido sometido a consideración de los tribunales de justicia, especialmente mediante la vía de la interposición de recursos de protección, en virtud de lo cual se ha desarrollado una jurisprudencia que, en definitiva, ha ido estableciendo las bases en virtud de las cuales se debe aplicar el deber de consulta.

Adicionalmente, es necesario tener presente que el Convenio no se limita a establecer esta obligación de consultar, sino que establece ciertos estándares para la misma. En este sentido, de acuerdo al artículo 6(2) del Convenio, la consulta debe realizarse (i) de buena fe, (ii) de una manera apropiada a las circunstancias, y (iii) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Los tribunales de justicia se han pronunciado tanto respecto de la procedencia del deber de consulta en sí, como sobre el respeto de los estándares fijados en el Convenio.

Previo a analizar la jurisprudencia existente, estimamos pertinente referirnos brevemente al deber de consulta en cuanto obligación del Estado y su relación con el principio de flexibilidad en la implementación del Convenio, consagrado en el artículo 34 del mismo. Asimismo, incluimos un breve análisis de la prohibición de menoscabar los derechos y ventajas garantizadas en otros instrumentos internacionales, establecida en el artículo 35 del Convenio. Ambas disposiciones deben ser consideradas al estudiar la naturaleza y al-

<sup>4</sup> Los Considerandos 3, 8, 10 y 11 del Reglamento de Consulta Indígena se refieren expresamente a la aplicación del artículo 6(1)(a) del Convenio.

<sup>5</sup> Se refiere a los estándares que debe cumplir el deber de consulta, los que se analizan más adelante.

<sup>6</sup> El Artículo 7(1) oración segunda del Convenio señala que “*Además dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”.

cance del deber de consulta ante medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a los pueblos interesados directamente.

Adicionalmente, incluimos una breve reseña respecto de la interpretación que han dado diversos órganos de la Administración del Estado al deber de consulta, en relación a proyectos sometidos a evaluación ambiental.

Para finalizar, nos referiremos a la Memoria emitida por el Gobierno de Chile respecto de la aplicación del Convenio en nuestro país, así como a las observaciones y recomendaciones generadas por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT respecto de lo anterior.

## 2. EL DEBER DE CONSULTA: OBLIGACIÓN DEL ESTADO Y PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

Como es sabido, el Convenio es un tratado internacional que establece obligaciones para los Estados que lo ratifican<sup>7</sup>. Así, por ejemplo, el artículo 2(1) señala que “*Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*”<sup>8</sup>.

De acuerdo a lo expresado, la responsabilidad directa en garantizar los derechos contemplados en el Convenio corresponde al Estado, el cual deberá adoptar una serie de medidas tendientes a darle efec-

<sup>7</sup> El Convenio fue aprobado por la Cámara de Diputados en el año 2000, con un quórum de 72 diputados, y día 4 de marzo de 2008 por el Senado, con un quórum de 36 Senadores, siendo promulgado mediante DS N° 236 de 2 de octubre de 2008 y publicado en el *Diario Oficial* el 14 de octubre de 2008.

<sup>8</sup> Como consecuencia de esta obligación general que recae sobre los Estados, el Convenio se encarga de precisar obligaciones específicas con el objeto de lograr el mayor desarrollo de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, tales como las establecidas en el artículo 6 donde se establece el deber de implementar los procedimientos adecuados con el objeto de consultar a los pueblos indígenas; artículo 7 (3) en relación al deber de efectuar estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio ambiente que las actividades económicas puedan tener sobre dichos pueblos; artículo 14 (2) en cuanto al deber de determinar las tierras que ocupan tradicionalmente y garantizar su derecho de propiedad y posesión; artículo 15 (2) relativo al deber de consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de los pueblos se podrían ver perjudicados, tratándose de la prospección o explotación de recursos naturales minerales u otros del subsuelo que pertenezcan al Estado, etc.

to. En el cumplimiento de este deber, el artículo 34 del Convenio contempla una regla o principio de flexibilidad al establecer que “*La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país*”.

Lo anterior tiene especial relevancia en cuanto a la exigibilidad directa de los derechos reconocidos en el Convenio y a los medios que el Estado puede emplear para dar efecto al Convenio, por cuanto dichas medidas deben adoptarse considerando las condiciones económicas, jurídicas, sociales y culturales de cada país.

El establecimiento de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio, también suponen algún margen de flexibilidad en cuanto a su “naturaleza y alcance”.

Lo anterior estaría indicando que los Estados no están sujetos a normas estrictas al momento de definir aquellas medidas que consideren como más adecuadas y pertinentes para dar efecto a los derechos que se reconocen en el Convenio. En este sentido, los Estados podrían recurrir a los procedimientos que consideren más idóneos, con la única limitación de dar cumplimiento con los objetivos o estándares que establece el Convenio. Esto resulta relevante de considerar en relación a la forma de dar cumplimiento a los derechos de consulta y participación respecto de los cuales, los Estados, invocando el principio de flexibilidad, podrían estimar que las medidas para dar efecto a dichos derechos ya se encuentran recogidos en el ordenamiento jurídico nacional.

Tal como se ha expresado, el Convenio solo contempla obligaciones para los Estados de establecer medidas para dar efecto al Convenio<sup>9</sup>. Sin embargo, cabe señalar que la falta o insuficiencia de dichas medidas podría acarrear impactos jurídicos para los administrados.

<sup>9</sup> El Tribunal Constitucional expresó esta visión calificando la mayoría de las disposiciones del Convenio como programáticas (no autoejecutables), por lo que para que produzcan efecto podrían requerir de la dictación de normativa. Al respecto el TC indicó “*Las segundas (no autoejecutables), son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.* (Tribunal Constitucional. Sentencias Rol N° 309 del 4 de agosto de 2000, Considerando 48.)

Esta situación puede producirse cuando el Estado falla en dar cumplimiento a las exigencias impuestas en el Convenio. Por ejemplo, otorgando autorizaciones o permisos, sin contemplar un procedimiento de consulta previa en los casos que establece el Convenio, o cuando habiendo dado cumplimiento a las exigencias contempladas en el Convenio, por ejemplo implementando un procedimiento de consulta previa al otorgamiento de un permiso, se declare por un tribunal de justicia que dicho procedimiento no cumple con los estándares o exigencias contemplados en el Convenio.

En estas circunstancias, la omisión por parte del Estado de garantizar la adecuada protección de los derechos reconocidos en el Convenio, especialmente el de consulta previa, podría llegar a afectar las autorizaciones o permisos y demás actos administrativos que se hayan otorgado a los administrados, toda vez, que dichos actos habrían sido dictados con infracción a la normativa vigente. En efecto, en virtud del principio de juridicidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y la contravención a estos principios puede acarrear la nulidad del acto.

Esta situación impone la exigencia legal sobre el Estado de establecer reglas claras sobre la procedencia y formalidad de la consulta indígena. Por otro lado, ante la necesidad de evitar los riesgos de impugnaciones judiciales de sus autorizaciones o permisos, se impone sobre los administrados la exigencia práctica de asumir una estrategia proactiva con el objeto de tomar las prevenciones o resguardos para minimizar dichos riesgos<sup>10</sup>.

### 3. PROHIBICIÓN DE MENOSCABAR LOS DERECHOS Y VENTAJAS GARANTIZADOS EN OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Una de las principales dificultades que existen al momento de comprender los alcances del Convenio, se presenta en relación a los derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales que se

<sup>10</sup> World Bank Group. International Finance Corporation, “*ILO Convention 169 and the Private Sector. Questions and Answers for IFC Clients*” (marzo, 2007).

vinculan con materias indígenas. Sobre este punto, el artículo 35 establece que las disposiciones del Convenio “no deberán menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

Esta disposición tiene su origen en el artículo 29 del Convenio N° 107 de la OIT<sup>11</sup> el cual establecía que “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no menoscabarán las ventajas garantizadas a las poblaciones en cuestión en virtud de las disposiciones de otros convenios o recomendaciones”. A su vez esta disposición se basa en el artículo 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT, el cual dispone “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación de la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

Durante la discusión parlamentaria para la ratificación del Convenio en Chile, surgió la petición de establecer una cláusula interpretativa del artículo 35, en el sentido de que este sea solo aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, excluyéndose de esta forma, a las recomendaciones. Lo anterior, se debía a que el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de la ONU aprobó la *Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, la que contó con el voto favorable del Gobierno de Chile<sup>12</sup>.

Frente a la alegada amplitud y vaguedad de los derechos reconocidos en la Declaración de la ONU (que adopta la forma jurídica de una Recomendación), y con el objeto de evitar una contradicción con los derechos reconocidos en el Convenio, se solicitó por parte de los parlamentarios incorporar una cláusula a fin de excluir a las “re-

<sup>11</sup> El Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribunales, de año 1957, es el antecesor del Convenio 169 en esta materia.

<sup>12</sup> ONU, Asamblea General. Sesión N° 61 del 13 de septiembre de 2007 que aprueba *Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. En la Asamblea General votaron a favor 143 países, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y hubo 11 abstenciones (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); y 34 Estados que no votaron por estar ausentes en la sesión. Para ver las posiciones de los países que concurrieron a dicha sesión Ver. <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>

comendaciones”. Sin embargo, el Convenio fue aprobado sin dicha cláusula, solicitándose en cambio por parte de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, que el Gobierno efectuara una consulta a la Secretaría de la OIT sobre el alcance jurídico de dicho artículo<sup>13</sup>.

La importancia de esta materia radica en que la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas establece una serie de derechos que no estarían comprendidos en el Convenio, como es el caso del Derecho a la libre determinación (Art. 3); Derecho a ser consultados para alcanzar el Libre Consentimiento Previo e Informado (Art. 19); Derecho a la Autonomía y Gobierno (Art. 4); Derecho a pertenecer a una comunidad (Art. 9 y 33); Derecho a propiedad intelectual (Art. 31), entre otros<sup>14</sup>.

De acuerdo a lo informado por la Oficina Subregional de la OIT, se señaló que *“el Convenio tiene el objetivo de establecer normas mínimas que no deberían perjudicar el goce de normas más favorables que puedan existir a nivel nacional. De acuerdo con el artículo 35, la aplicación del Convenio no debería menoscabar los derechos o ventajas más favorables garantizados a nivel nacional, incluidos aquellos garantizados a nivel nacional como consecuencia de la ratificación por un país de cualquier otro instrumento internacional de derechos humanos”*<sup>15</sup>.

Según lo expresado, un derecho o ventaja que haya sido garantizado por el derecho o la costumbre del Estado, no podría ser afectado en razón de la aplicación de las disposiciones del Convenio. En otras palabras, lo que se busca es que el Convenio constituya un paso hacia delante en el reconocimiento de los derechos indígenas, y no un instrumento para reducir o afectar derechos que ya se encuentren reconocidos por el derecho interno.

De acuerdo a lo señalado, resultará de importancia determinar el valor jurídico que tiene esta Declaración como instrumento internacional destinado a “garantizar” derechos o ventajas, esto es,

<sup>13</sup> Consulta dirigida a don Guillermo Miranda, Director Oficina Subregional de la OIT el día 16 de enero de 2008 por parte del Ministro Secretario General de la Presidencia Sr. José Antonio Viera-Gallo.

<sup>14</sup> Rodríguez-Piñero Luis *“Cuando Proceda: Vigilancia y Aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas según la Declaración”* en *El Desafío de la Declaración - Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* (Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen Editores, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010.) p. 347.

<sup>15</sup> Oficio ACD 5-169 de 6 de febrero de 2008.



definir si constituye un instrumento legalmente vinculante, tal cual lo sostiene en general un sector minoritario de la doctrina. O por el contrario, una herramienta política o moral que sirve de guía en la consolidación de los derechos indígenas, pero que no acarrea consecuencias legales para los Estados<sup>16</sup>.

Por su parte, en el ámbito nacional, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) ha interpretado que los derechos garantizados por otros instrumentos se refieren a aquellos que pueden ser reclamados directamente en el ámbito nacional. Al respecto señaló que “*si el estándar exigido por el Convenio en alguna materia es inferior al que actualmente es exigible por los pueblos indígenas de Chile en virtud de otros instrumentos vinculantes, prima este último*”. A continuación indica que para interpretar dicha norma en relación a la expresión “garantizados” que utiliza el artículo 35 del Convenio, debe considerarse que “*el empleo de la expresión garantizados implica que existen los mecanismos para hacer exigibles directamente, y por ende, será necesario determinar el valor jurídico del instrumento en que este contenido el derecho o ventaja*”<sup>17</sup>.

De acuerdo a lo expresado, se entenderá que el Convenio está menoscabando los derechos o ventajas “garantizados” en otras disposiciones, cuando estos puedan ser exigibles directamente de acuerdo a la legislación nacional. Por el contrario, estimamos que no podría concurrir tal menoscabo en relación al reconocimiento de derechos o ventajas en un instrumento internacional, que impliquen aspiraciones políticas o morales, pero cuya naturaleza consista en recomendaciones no exigibles jurídicamente, como sería el caso de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

#### 4. APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA CONSAGRADO EN EL CONVENIO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES CHILENOS

Como anteriormente señalamos, el deber general de consulta del artículo 6(1) del Convenio relativo a medidas legislativas y admi-

<sup>16</sup> Ver Nota 14. p. 337. El autor desarrolla en extenso las posiciones en relación al carácter vinculante o no de la Declaración.

<sup>17</sup> CONADI. “*Implementación del Convenio N°169 de la OIT*” Segunda Parte. pp. 95 y 96. Las frases destacadas corresponden al autor.

nistrativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades, fue declarado por el TC como una norma autoejecutable, es decir, que puede hacerse exigible directamente ante los tribunales de justicia en caso de incumplimiento.

Lo anterior, explica que la mayoría de los fallos emitidos por la Corte Suprema a partir de la entrada en vigencia del Convenio, se refieren a recursos de protección que han invocado como fundamento para solicitar la revocación de los actos administrativos (resoluciones de calificación ambiental y decretos), el hecho de haberse omitido el trámite de consulta indígena.

A continuación, se analizarán las principales implicancias de los fallos de la Corte Suprema, los que han permitido ir construyendo una línea interpretativa de cómo debe implementarse en Chile el derecho de consulta indígena.

#### **4.1 Recurso de protección contra una Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto de piscicultura<sup>18</sup>**

En la edición anterior de Sentencias Destacadas 2009<sup>19</sup> comentamos el fallo de primera instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Temuco respecto de este caso. Como ahí señalamos, era probable que el referido fallo fuera revocado por la Corte Suprema, como en efecto sucedió.

##### ***a) Antecedentes***

Representantes de la Comunidad Indígena Palguín Bajo y de la Comunidad Indígena Antonio Huenuñanco, de la comuna de Pucón, Región de La Araucanía, interpusieron un recurso de protección en contra de la COREMA Región de La Araucanía (hoy Comisión de Evaluación), por haber pronunciado una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), calificando favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) de un proyecto de piscicultura. La Corte de Apelaciones de Temuco resolvió anular dicha RCA, por no ha-

<sup>18</sup> Exma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de mayo de 2010. Recurso de Protección Rol N°1525/2010 caratulado “*Puelman Ñanco, Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía*”.

<sup>19</sup> Sentencias Destacadas 2009. Anuario de Doctrina y Jurisprudencia, Ediciones LYD, Santiago, octubre de 2010. pp. 224 y ss.

berse realizado previamente la consulta indígena que contempla el artículo 6 del Convenio. Sin embargo, la Corte Suprema, procedió a revocar el fallo de la Corte de Apelaciones mediante el acuerdo unánime de sus miembros.

### **b) Implicancias**

La Corte Suprema señaló que la consulta indígena es procedente, siempre que se trate de medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a la población protegida. En este sentido, la Corte estimó que la consulta es procedente cuando se produce “afectación” en los términos que se indica, sin ser relevante si la medida constituye un acto administrativo de efectos generales o particulares, como es en este último caso una RCA. Con lo anterior, se pondría término a la discusión en cuanto a que solo las medidas administrativas generales, tales como decretos o reglamentos, deben ser consultados<sup>20</sup>.

Para la Corte Suprema, la forma en que se realice la evaluación ambiental, esto es, por medio de una DIA o un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), es el elemento determinante para definir la procedencia de la consulta indígena, tratándose de proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Lo anterior, se desprende por cuanto la lógica de la Corte es que debe haber consulta indígena, cuando se producen los efectos, circunstancias o características del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300, esto es, reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Por lo tanto, cuando un proyecto identifica el artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 como causal para hacer exigible un EIA, no solo deberá ingresar su proyecto por medio de este instrumento, sino que además deberá asegurarse que se realice por parte del Estado un procedimiento de consulta previo de las comunidades indígenas afectadas.

Por el contrario, es posible concluir que si un proyecto ingresa al SEIA por medio de una DIA, no requeriría dar cumplimiento a

<sup>20</sup> Esta posición fue refrendada en el fallo de 14 de octubre de 2010 de la Corte Suprema en el caso de la DIA “*Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados*” de Celulosa Arauco, según se pasará a exponer más adelante.

la consulta indígena, por cuanto dicho proyecto no genera por su naturaleza o magnitud estos efectos, circunstancias o características. De acuerdo a lo argumentado por la Corte Suprema, si un proyecto ingresado como DIA durante la evaluación ambiental se determina que genera esta afectación, entonces “*deviene inexorablemente en el rechazo de la declaración de impacto ambiental presentada por el titular y su sustitución por un estudio de impacto ambiental*” (Considerando undécimo

En definitiva, en concepto de la Corte Suprema, el elemento clave para definir la procedencia de la consulta indígena del Convenio, es que se produzca “afectación”, la cual se encuentra definida en el artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 complementado por el artículo 8 del Decreto Supremo N° 95/2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Reglamento del SEIA)<sup>21</sup>, esto es, cada vez que se genere o presente reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, caso en cual se requerirá la presentación de un EIA.

La Corte Suprema también deja asentada una antigua jurisprudencia desarrollada, tanto en sede jurisdiccional como por parte de la Contraloría General de la República, en el sentido que corresponde a la COREMA (hoy Comisión de Evaluación), como órgano técnico, resolver sobre la necesidad de presentar un EIA. Esta es una materia de vital importancia, por cuánto al órgano que le corresponde la definición sobre cuándo se entiende que existe afectación tratándose de proyectos sometidos al SEIA, es al órgano técnico competente (hoy Comisión de Evaluación y órganos con competencia ambiental), y no a los tribunales de justicia. Por lo anterior, si el Informe Consolidado de la Evaluación y la subsecuente RCA, determinan que un proyecto no genera los efectos, circunstancias o características del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300, no correspondería a los tribunales de justicia pronunciarse de manera contraria (Considerando decimocuarto)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Publicado en el *Diario Oficial* el 7 de diciembre de 2002.

<sup>22</sup> Recientemente la Corte de Apelaciones de Concepción en un fallo de 1 de diciembre de 2010 en un Recurso de Protección Rol N° 401/2010 interpuesto por diversas comunidades agrícolas y personas naturales contra COREMA Región del Biobío por

Sin embargo, como veremos más adelante, en algunos fallos posteriores la Corte Suprema se ha pronunciado directamente sobre la procedencia de un EIA en el caso de proyectos evaluados mediante DIA, a pesar de que los órganos con competencia ambiental no objetaran esta situación durante la evaluación.

Finalmente, la Corte Suprema pareciera validar como un procedimiento idóneo, para dar cumplimiento a los estándares de la consulta indígena del Convenio, al procedimiento de participación ciudadana que establece la Ley N° 19.300 a propósito de los EIA. En efecto, la Corte da a entender que la participación ciudadana en los EIA, constituye una instancia plena de participación, en especial de las organizaciones ciudadanas y personas naturales afectadas. (Considerando Undécimo y Duodécimo).

#### **4.2 Recurso de protección contra una Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto de conducción y descarga al mar de efluentes tratados<sup>23</sup>**

##### ***a) Antecedentes***

Diversas comunidades indígenas mapuches de la comuna de San José de la Mariquina, en la Región de Los Ríos, interpusieron un recurso de protección en contra de la COREMA Región de Los Ríos, por haber pronunciado una RCA calificando favorablemente un EIA del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, cuyo titular es Celulosa

---

calificar ambientalmente favorable el proyecto “Mini-Central Hidroeléctrica Cayupil”, reclamaron que no fueron debidamente consultadas. La Corte resolvió rechazar el Recurso considerando entre otros fundamentos el carácter técnico y sectorial de los pronunciamientos emitidos por los órganos del Estado. Al respecto se indicó “*Particular importancia tiene la intervención de 21 órganos de la administración central y descentralizada que se pronuncian en materia propias de su competencia sobre la viabilidad del proyecto en tramitación. Se trata así de un procedimiento complejo, de carácter técnico, con intervención de variadas instituciones que aseguran una conclusión fundada, descartándose el capricho u arbitrariedad propia de una resolución sin fundamento*”. (Considerando Quinto).

<sup>23</sup> Exma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 14 de octubre de 2010. Recurso de Protección Rol N° 4078/2010 caratulado “*Nahuelpán Guilitraro, representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Ríos*”.

Arauco y Constitución S.A., por cuanto no se habría dado cumplimiento al trámite de consulta indígena del Convenio.

La Corte de Apelaciones de Valdivia procedió a rechazar el recurso de protección interpuesto, lo que fue confirmado por la Corte Suprema. Sin embargo, cabe tener presente que los fundamentos tenidos en consideración por la Corte Suprema para tener por rechazado dicho recurso, y que se analizan a continuación, fueron parcialmente diferentes a los señalados por la Corte de Apelaciones de Valdivia.

### **b) Implicancias**

La Corte Suprema realiza una aclaración sobre el sentido de la consulta indígena, señalando que no es otra cosa que el derecho que el artículo 1 de la Constitución Política reconoce a todas las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional para lograr su mayor realización espiritual y material. En este sentido, si bien las comunidades indígenas constituyen “*un grupo con una especificidad cultural que le es propia*”, este derecho de participación y consulta sería propio de todos los nacionales de Chile (Considerando Primero).

Cabe recordar que el TC se había pronunciado en el mismo sentido al analizar la naturaleza del derecho de consulta en el caso de la prospección y explotación de recursos que pertenezcan al Estado<sup>24</sup>.

Por otra parte, la Corte Suprema ratifica lo señalado por la propia OIT en el sentido que la consulta no supone un derecho a veto (opinión vinculante), por cuanto tal como lo señaló el TC en su oportunidad, la utilización del termino *pueblos* no deberá interpretarse en el sentido de que detentan la soberanía o su ejercicio, asignándosele alguna potestad pública o de decisión, como sería el caso del reconocimiento a un derecho a la autodeterminación, o de veto frente a la aprobación de un proyecto.

Al respecto, el Considerando Segundo indica “*Que cabe destacar a*

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional Rol N° 309 del 4 de agosto de 2000. Considerando 72. Al respecto el TC concluye “*La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1° de la Constitución, que consagra el deber del Estado de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.*”

*su vez que la consulta a los pueblos interesados que prevé el numeral 1° del artículo 6 del Convenio tiene por finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, pero jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina. La soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5° [de la Constitución Política de la República], reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.*

En el mismo sentido, el Considerando Cuarto establece “*Que las normas antes transcritas demuestran que la participación consultiva contemplada en el Convenio no conlleva dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas, sino consolidar el derecho que les asiste a ser consultados en las materias que les atañen”.*

La Corte Suprema realiza otra afirmación, en el sentido que el Convenio debe implementarse considerando las condiciones de cada Estado, según sus propias regulaciones (Considerando Sexto). En este mismo sentido, se hace referencia expresa al principio de flexibilidad que establece el artículo 34 del Convenio, que estipula que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse “*teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”* (Considerando Quinto).

Lo señalado por la Corte Suprema vendría a indicar que los derechos que se reconocen en el Convenio no necesariamente implican la modificación del ordenamiento jurídico vigente, sino que tales derechos para implementarse deberán considerar las condiciones de cada país, lo que supone por cierto tener en cuenta las condiciones regulatorias que establece el ordenamiento jurídico vigente.

La Corte Suprema resuelve en el sentido que la participación ciudadana de la Ley N° 19.300 es compatible y suficiente para canalizar la consulta indígena del Convenio. Lo señalado, constituye la base argumentativa para proceder al rechazo del recurso de protección. En efecto, de acuerdo al raciocinio expresado por la Corte el deber de consulta indígena ya se encuentra incorporado en el ordenamiento jurídico vigente, específicamente en la participación ciudadana que contempla la Ley N° 19.300. Al respecto el Considerando

Séptimo establece, “*Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen*”.

La Corte Suprema incluso llega a sostener que la participación ciudadana de la Ley N° 19.300 constituye un mecanismo plenamente compatible con los estándares del principio de la buena fe y de haberse utilizado “procedimientos adecuados” que exige el Convenio. Al respecto, el Considerando Noveno señala que la participación ciudadana del EIA de cuyo titular es Celulosa Arauco, “*cumplió con las exigencias y propósitos que el N° 2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas*”.

De acuerdo a lo expresado, en el criterio de la Corte Suprema la consulta indígena del Convenio, no solo se encontraría desde ya regulada en la actual normativa vigente, por lo menos para los proyectos sometidos al SEIA, sino que además se otorga un respaldo a los estándares de participación que dicho procedimiento contempla, argumentándose que tal procedimiento es compatible con los estándares de consulta del Convenio, esto es, que se trata de procedimientos que se realizan de buena fe y a través de un procedimiento adecuado a las circunstancias.

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

En el mismo sentido en el Considerando Duodécimo se señala que la integración del Convenio al ordenamiento jurídico nacional en el caso de un proyecto sometido a evaluación ambiental mediante un EIA, “*ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa*”.



*sectorial que la rige, las cuales son enteramente conciliables con los estándares que orientan el Convenio*<sup>25</sup>.

Si bien la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el sentido que no era procedente acoger el recurso de protección interpuesto, procedió a eliminar los considerandos undécimo, duodécimo, decimosexto, decimoséptimo y decimoctavo en el fallo de primera instancia, los que se referían al Reglamento de Consulta Indígena. Tener en consideración esta circunstancia es relevante, por cuanto la Corte de Apelaciones de Valdivia había estimado como un argumento para rechazar el recurso de protección, el hecho que el Reglamento de Consulta Indígena solo hacía exigible la consulta indígena de acuerdo al artículo 15 párrafo segundo tratándose de “*las políticas, planes y programas*”.

Lo anterior llevó a la Corte de Apelaciones de Valdivia a señalar que los actos administrativos particulares, como es el caso de una RCA, no debieran ser consultados<sup>26</sup>. En este sentido, si bien la Corte Suprema confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza el fundamento invocado por la Corte de Apelaciones, lo que nos lleva a concluir que en opinión del máximo tribunal, tanto los actos administrativos de efectos generales como aquellos de efectos particulares quedan incorporados dentro de la denominación genérica de “medidas administrativas” a que hace referencia el artículo 6 del Convenio, por lo que ambos deben ser consultados cuando afecten directamente a las comunidades indígenas.

Creemos que lo resuelto por la Corte Suprema no es más que la consecuencia de lo señalado por el mismo tribunal en el caso Palguín al que hemos hecho referencia, por cuanto de acuerdo con el

<sup>25</sup> Si bien existieron 4 votos a favor de rechazar el recurso de protección, cabe destacar el voto disidente del Ministro Brito, quien es del parecer de aceptar el recurso, por cuanto en su opinión era necesario un procedimiento especial de consulta, que considere elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, circunstancia que no se logra con la participación general de la ley N° 19.300.

<sup>26</sup> Al respecto la Corte de Apelaciones de Valdivia señaló textualmente “Como se observa, la consulta es necesaria en el caso que la administración del Estado sostenga nuevas políticas (medioambientales u otras), nuevos planes y programas que afecten directamente a los pueblos indígenas, circunstancia del todo ajenas al acto administrativo impugnado, que es el resultado de un Estudio de Impacto Ambiental”. (Considerando Duodécimo). Recurso de Protección Rol N° 148/2010 caratulado “Nahuelpán Guilitraro, representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Ríos”.

Tribunal Supremo, el elemento clave para definir la procedencia de la consulta indígena no es el tipo o naturaleza de acto administrativo (general o particular), sino la “afectación” que este produce.

#### **4.3 Recurso de protección contra una RCA que aprobó favorablemente la DIA “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”<sup>27</sup>**

##### *a) Antecedentes*

La Comunidad Indígena Puquiñe y el Comité de Agua “Comité Agrícola Campesino Salto de Agua”<sup>28</sup>, interpusieron un recurso de protección en contra de Resolución de Calificación Ambiental que calificó favorablemente la DIA “*Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli*” cuyo titular es la Municipalidad de Lanco. Los recurrentes señalaron que “*la Resolución impugnada constituye un acto ilegal y arbitrario al no haber tomado en cuenta la afectación que el proyecto podría producir en las comunidades indígenas aledañas...*”, agregando que la evaluación ambiental debió realizarse bajo un EIA en vez de una DIA, cumpliendo además con el deber de consulta establecido en el Convenio.

La Corte Suprema procedió a confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia<sup>29</sup>, la cual acogió el recurso de protección, declarando como ilegal la RCA respectiva.

##### *b) Implicancias*

Como se señaló anteriormente, si bien la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, cabe precisar que eliminó los fundamentos cuarto a sexto de la referida sentencia, por lo que no considera entre los fundamentos de su fallo las referencias a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos

<sup>27</sup> Exma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 4 de enero de 2011. Recurso de Protección N° Ingreso 6062/2010 caratulado “*Faumelisa Manquepillán C., Comunidad Indígena Puquiñe y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Ríos*”.

<sup>28</sup> También concurre a la interposición del recurso don Eduardo Mora Reyes, como persona natural.

<sup>29</sup> Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, Recurso de Protección N° de Ingreso 243/2010.

de los Pueblos Indígenas y que el emplazamiento de la planta de transferencia constituyera un atentado contra la vida y la integridad física y psíquica de las familias recurrentes.

Lo señalado por Corte Suprema es coherente con lo resuelto por el mismo tribunal a propósito del caso Palguín. En efecto, lo señalado, por el máximo tribunal vuelve a poner el énfasis en la afectación, en el sentido que para el caso que se produzcan los efectos, circunstancias o características del artículo 11 de la Ley N° 19.300, en este caso, riesgo para la salud de la población, y que hacen exigible la presentación de un EIA, corresponde además que se implemente una instancia de consulta. En este sentido, lo señalado por la Corte Suprema viene a ratificar esta triple equivalencia (afectación = EIA = consulta).

Si bien la Corte Suprema aplica la triple equivalencia mencionada, hace extensible la idea de afectación a los pueblos indígenas a otros literales del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por tanto, no se limita al reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Al respecto la Corte Suprema señala 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 lo dispuesto en el artículo 10 en relación con el artículo 11 letra a) de la ley citada [Ley N° 19.300], tal proyecto requería para su aprobación de la existencia de un Estudio de Impacto Ambiental”* (Considerando segundo).

La Corte Suprema agrega que *“lo anterior, importa que en este caso la autoridad administrativa debió 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”* (Considerando tercero).

Para la Corte Suprema, el hecho de haberse dictado una RCA favorable respecto de una DIA, pese a que en su concepto requería un EIA, y que por tanto, era necesaria establecer un proceso de consulta, constituye un acto ilegal, que afecta el derecho al medio ambiente de dichas comunidades.

Si bien el fallo de la Corte Suprema resulta coherente con la doctrina que vincula afectación con consulta, este nuevo fallo ha abierto un flanco de incerteza jurídica, por cuanto en el caso de la Planta de Transferencia todos los órganos del Estado se manifestaron en

forma unánime a favor de calificar favorablemente el proyecto como una DIA (10 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención). Por tanto, a pesar que los órganos técnicos se pronunciaron en el sentido que no se producía esta “afectación” (riesgo para la salud de la población), la Corte Suprema considerando “*la existencia de una estación de transferencia de esa naturaleza desde luego genera riesgos para la salud de la población aledaña*”, señala que esta circunstancia hace exigible la presentación de un EIA (Considerando Segundo).

Esta situación es contraria a lo resuelto por la Corte Suprema en el caso de la Piscicultura Palguín, en que el máximo tribunal se había pronunciado en el sentido que corresponde a la COREMA (hoy Comisión de Evaluación), como órgano técnico, resolver la necesidad de un EIA. En otras palabras, en el caso Palguín la Corte Suprema estimó que la calificación de si existe afectación es una materia que corresponde definirla al órgano técnico competente (hoy Comisión de Evaluación y órganos con competencia ambiental) y no a los tribunales de justicia.

En este sentido, el fallo de la Corte Suprema si bien se encuentra asentando una clara jurisprudencia que delimita la consulta a los casos en que se produzcan los efectos, circunstancias o características del artículo 11 de la Ley N° 19.300, incorpora un elemento de incerteza jurídica, toda vez, que la calificación final sobre cuándo se produce esa afectación o riesgo de afectación corresponderá a los tribunales de justicia, sin consideración de lo resuelto por los órganos técnicos que concurrieron a la evaluación.

#### 4.4 Recurso de Protección contra Resolución de Calificación Ambiental que aprobó la actualización de Plan Regulador de la comuna de San Pedro de Atacama<sup>30</sup>

##### a) *Antecedentes*

Representantes de la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y de Comunidad Atacameña Toconao, interpusieron un

<sup>30</sup> Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 13 de julio de 2011. Recurso de Protección Rol N° 258/2011.

recurso de protección en contra de la COREMA Región de Antofagasta, por haber pronunciado una RCA calificando favorablemente la DIA del proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, alegando que el proyecto debió ingresar vía EIA y que se omitió el trámite de consulta indígena contemplado por el artículo 6 del Convenio. Estas circunstancias afectarían las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica de los recurrentes. La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso, sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión, acogiendo el recurso en consideración a los antecedentes que se explican a continuación.

#### **b) Implicancias**

La Corte Suprema resolvió dejar sin efecto la RCA N° 275, de 15 de septiembre de 2010, de la ex COREMA Región de Antofagasta, que había aprobado mediante una DIA el proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, considerando que el objetivo primordial de este instrumento de planificación era precisamente el “*desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente*”. Por tanto, el proyecto genera los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, por lo que se requiere de un EIA. Adicionalmente, la Corte Suprema señaló que en la elaboración del Plan Regulador de San Pedro no se ejecutó el proceso de consulta del Convenio, sino que el proceso se limitó a cumplir con las instancias de participación que la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones contempla para la aprobación de dichos instrumentos, instancia que en concepto de la Corte Suprema “*diste de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha*”. (Considerando 7 y 8).

Para la Corte Suprema desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, por cuanto “*no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados*” (Considerando 8).

De acuerdo al raciocinio de la Corte Suprema, la falta de consulta en este caso particular, considerando que era una decisión administrativa que afectaba directamente a los pueblos indígenas, la transforma en ilegal, por cuanto no estaría debidamente fundada, al no

considerarse las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. Esta circunstancia hace ilegal la decisión, ya que otorga un trato desigual respecto de dichas comunidades, puesto que la omisión de consulta, implica “no igualar” para los efectos de resolver (Considerando 9).

La Corte Suprema parte de la premisa que las comunidades indígenas se encuentran en una situación de postergación o desigualdad frente al resto de la comunidad nacional, por lo que corresponde “igualar”, para lo cual debe realizarse este procedimiento de consulta.

Cabe finalmente precisar que la Corte Suprema concluye que era necesario un EIA que “*como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana*”. Sin embargo, parece ir más allá que su anterior jurisprudencia, por cuanto da a entender que este procedimiento no sería suficiente sino que debería complementarse a las exigencias del Convenio. Al respecto indica “*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*”. (Considerando 10)

De lo anteriormente señalado, pareciera darse a entender que para la Corte Suprema el deber de consulta en cuanto a sus exigencias no se agota únicamente en la participación de la Ley N° 19.300, sino que “además” debe ajustarse a las exigencias del Convenio.

#### **4.5 Recurso de Protección contra Decreto que adjudica contrato de concesión para la construcción del nuevo aeropuerto de la Región de La Araucanía<sup>31</sup>**

##### **a) Antecedentes**

Seis comunidades indígenas mapuches<sup>32</sup> interpusieron un recurso

<sup>31</sup> Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, Recurso de Protección N° Ingreso 1608/2011, caratulado “*Reyes Alcamán y otros contra Ministerio de Obras Públicas*”.

<sup>32</sup> Comunidad Indígena Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual, Sector Catripulli; Comunidad Indígena José Catrin, Sector Millelche; Comunidad Indígena Francisco Lemuña, Sector Rucahue; Comunidad Indígena Antonio Cotaro, Sector Millelche; Comunidad Indígena José Aillañir, Sector Pelal; y Comunidad Indígena Juan Antonio Antimán, Sector Rinconada de Millelche.

de protección contra del Ministerio de Obras Públicas (MOP) con el objeto que se dejara sin efecto el Decreto N° 121, de 2 de febrero de 2010, que adjudica el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” (en adelante la “Resolución Recurrída”), por vulnerar las garantías contenidas en los números 2 (igualdad ante la ley) y 6 (libertad de conciencia) del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues en la dictación de la referida resolución no se cumplió con el deber de consultar a los pueblos indígenas contemplado en el artículo 6 del Convenio.

El recurso de protección fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema, aunque en virtud de fundamentos distintos según se expone a continuación.

#### *b) Implicancias*

Sin realizar un análisis sobre la procedencia del deber de consulta en el caso específico (por ejemplo, no se analiza si existía o no afectación de las comunidades indígenas ni si la resolución recurrida era de aquellas que son objeto del deber de consulta), la Corte de Apelaciones de Santiago, siguiendo la línea de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema<sup>33</sup>, rechazó el recurso de protección, estimando que en la especie sí se había cumplido con este deber.

Si bien la Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia, modificó los fundamentos que se tuvieron en consideración por parte de la Corte de Apelaciones para rechazar el recurso de protección. En efecto, se eliminaron los Considerandos Octavo y Décimo de la sentencia de alzada, los cuales señalaban que en el proceso de evaluación ambiental del proyecto cumplía con el deber de consulta, y más aún, que la participación ciudadana contemplada en la Ley N° 19.300 permitía satisfacer los estándares establecidos por el Convenio.

De esta forma, el razonamiento de la Corte Suprema para rechazar

<sup>33</sup> Corte Suprema, Sentencia de fecha 14 de octubre de 2010, Rol N° 4078/2010 (Caso Ducto Celco), y Corte Suprema, sentencia de fecha 17 de mayo de 2010, Rol N° 148/2010 (Caso Piscicultura Palguín).

el recurso, no se debió a un análisis en cuanto a si la participación ciudadana de la Ley N° 19.300 cumple o no con los estándares de la consulta indígena a que hace referencia el artículo 6 del Convenio, sino que se limitó a considerar el aspecto temporal de la aplicabilidad del Convenio, esto es, si se encontraba vigente al momento de dictarse el decreto que adjudica el contrato de concesión.

En este sentido, la Corte Suprema consideró las diversas etapas de la elaboración del proyecto, a saber: que la evaluación ambiental se llevó a cabo entre los años 2006 y 2007; que en el campo netamente administrativo, se aprobó la ejecución de la obra en enero de 2008, agregando que posteriormente se aprobaron las bases de la licitación; que en diciembre de 2008 se hicieron las publicaciones de los respectivos llamados a Licitación Pública Internacional; que las bases de licitación fueron aprobadas en abril del año 2009, y posteriormente objeto de aclaraciones en los meses de mayo, agosto y septiembre del año 2009.

Por tanto, encontrándose ejecutados los actos descritos anteriormente, la Corte Suprema reconoce que tanto la evaluación ambiental, como la calificación de las ofertas técnicas, la apertura de las ofertas económicas, la calificación de estas últimas y la adjudicación respectiva, se realizaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, esto es, en septiembre de 2009.

Considerando lo anterior, un aspecto relevante en el fallo de la Corte Suprema, es la determinación de la oportunidad en que quedó definida la ubicación del proyecto, por cuanto sería este hecho el que afectaría a las comunidades recurrentes. En definitiva la Corte concluye que la Resolución Recurrída *“constituye la culminación de todo un proceso iniciado en enero del año 2006 con el ingreso del Anteproyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental...”* y por tanto *“...los temas que a las comunidades preocupa, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N° 169 de la OIT”* (Considerando Cuarto).

De acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema, para el análisis de la aplicabilidad del Convenio en el tiempo, respecto de un acto



determinado, se considera todo el proceso administrativo que involucró la realización de un determinado proyecto, concluyendo que se debe establecer “cuándo” se definen los actos que afectarían a los pueblos interesados para determinar si es exigible o no el deber de consulta en razón de la fecha de entrada en vigencia del Convenio, sin importar que el acto final sea posterior.

La sentencia de la Corte Suprema contó con el voto de minoría del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por revocar la sentencia apelada y acoger el recurso de protección básicamente porque (i) al momento de dictarse la Resolución Recurrída el Convenio se encontraba vigente, y (ii) el deber de consulta implica la realización de un procedimiento especial que considere a los pueblos interesados, es decir, la participación ciudadana contemplada en la Ley N° 19.300 no sería suficiente para cumplir con los estándares del Convenio.

#### **4.6 Resumen de la jurisprudencia de la Corte Suprema**

Del análisis coherente y sistemático de los fallos pronunciados en relación al deber de consulta indígena establecido en el Convenio por la Corte Suprema, es posible extraer las siguientes conclusiones que nos permiten analizar la forma en que nuestro máximo tribunal entiende que debe ser implementada la consulta indígena.

En definitiva, respecto del deber de consulta consagrado en el Convenio, la Corte Suprema ha estimado que:

- La participación prevista en el Convenio no constituye una consulta popular vinculante ni puede afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina.
- La consulta procede cuando hay “afectación” de pueblos indígenas, sin importar si se trata de una medida administrativa de carácter general o particular.
- En el caso de proyectos sometidos al SEIA, se produce afectación de los pueblos indígenas cuando se generan los efectos, circunstancias o características mencionadas en el Artículo 11 de la Ley N° 19.300, y por tanto, tales proyectos o actividades deberán ser evaluados a través de un EIA, procedimiento que de acuerdo a la Ley N° 19.300 contempla una instancia de participación ciudadana.

- La instancia de participación ciudadana de la Ley N° 19.300 es adecuada y plenamente compatible con los estándares de la consulta indígena que establece el Convenio (caso Palguín). Lo anterior, sin perjuicio del deber de ajustarse a las exigencias del Convenio (caso Plan Regulador San Pedro de Atacama).
- Las acciones meramente informativas, como aquellas contempladas en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en la elaboración de los planes reguladores comunales, no son instancias de participación que cumplan con los estándares del Convenio.
- Para determinar la aplicabilidad del Convenio en el tiempo respecto de un acto determinado, debe considerarse todo el proceso administrativo que involucró la realización de un determinado proyecto, para establecer “cuándo” se definen los actos que afectarían a los pueblos interesados para determinar si es exigible o no el deber de consulta en razón de la fecha de entrada en vigencia del Convenio, sin importar que el acto final sea posterior.

##### 5. APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA POR LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DENTRO DEL SEIA

Analizada la postura seguida por la Corte Suprema de nuestro país, estimamos pertinente revisar brevemente la aplicación del deber de consulta que han realizado diversos órganos de la administración del Estado dentro del SEIA, aplicación que si bien ha sido heterogénea, estimamos debiera irse uniformando a raíz de las resoluciones del Poder Judicial.

Desde la entrada en vigencia del Convenio es posible constatar una aplicación heterogénea sobre la consulta indígena, en especial en lo relativo al responsable de efectuar dicha consulta, su procedimiento y procedencia. Lo anterior, se demuestra por las distintas interpretaciones que ha tenido la Administración en la forma que debiera implementarse dicho Convenio, lo que ha significado en muchos casos exceder el sentido y espíritu del mismo.

Si bien el derecho de consulta constituye un deber para el Estado, diversos órganos con competencia ambiental al evaluar proyectos

sometidos al SEIA, han requerido a los titulares de proyectos la realización de acciones de consulta hacia las comunidades, traspasando de esta forma la obligación hacia los privados<sup>34</sup>. En otras circunstancias, el propio organismo encargado de los asuntos indígenas ha llegado a exigir a los titulares de proyectos la “autorización” de la comunidad indígena como condición para ejecutar los proyecto<sup>35</sup>.

En relación al procedimiento en que debe realizarse la consulta indígena, algunos órganos del Estado han calificado como insuficiente el proceso de participación ciudadana contemplado por la Ley N° 19.300 para los EIAs, ya que estiman, este procedimiento no daría respuesta satisfactoria a lo estipulado en el artículo 6 del Convenio<sup>36</sup>.

Una de las principales problemáticas en relación a la procedencia de la consulta indígena se encuentra dada por la localización de proyectos o actividades en Áreas de Desarrollo Indígenas (ADI). Así por ejemplo, se ha indicado que por el solo hecho de efectuarse el proyecto dentro de un ADI, se hace necesario establecer un proceso de consulta indígena, sin hacer referencia a la significación o magnitud de los impactos que pudiera generar el proyecto<sup>37</sup>.

De acuerdo a esta interpretación, la mera localización de un proyecto en un área con población indígena, sería causal suficiente para

<sup>34</sup> Proyecto DIA “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli” de la I. Municipalidad de Lanco. Oficio Director CONADI, Región de Los Ríos N°128 de 24 de marzo de 2010 que le exigió al titular implementar un plan estratégico de comunicación durante la evaluación ambiental.

<sup>35</sup> Proyecto DIA “Proyecto Eólico Quillagua de 100 MW” de Ingeniería Seawind Sudamérica Ltda. Oficio CONADI San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta N° 415 del 16 de diciembre de 2008. En el mismo sentido tratándose de sondeos que recaen sobre terrenos en proceso de saneamiento. Proyecto DIA “Programas de Exploración Turi” de BHP Chile Inc. Oficio CONADI San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta N° 0054 del 13 de febrero de 2009.

<sup>36</sup> Proyecto EIA “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama” de Sociedad Chilena del Litio. Oficio de la Seremi de MIDEPLAN Región de Antofagasta N° 709 del 21 de octubre de 2009. En el mismo sentido el proyecto DIA “Prospección Minera Lobo Marte Etapa II” de Minera Santa Rosa SCM. Oficio de CONADI Región de Atacama N°107 del 7 de junio de 2010. Este último oficio da a entender que la consulta indígena debiera correr por un carril separado de la participación ciudadana de la Ley N° 19.300. En efecto, la CONADI concluye “que sin perjuicio del proceso de consulta previa, del mismo análisis del proyecto, se puede colegir que la formulación del proyecto... justifica la presentación de un EIA”.

<sup>37</sup> Proyecto DIA “Ampliación y Mejoramiento Aeropuerto El Loa Calama-II Región de Antofagasta” del Ministerio de Obras Públicas. Oficio de la Seremi de MIDEPLAN Región de Antofagasta N° 596 del 13 de octubre de 2009.

hacer exigible la consulta indígena. Sin embargo, si se considera que de acuerdo al artículo 6 del Convenio el elemento que define la procedencia de la consulta es la “afectación directa” que una determinada medida puede producir en las comunidades, el solo hecho de la localización de un proyecto en áreas con presencia indígena, no significa automáticamente que se produzca su afectación.

En efecto, un proyecto en áreas con presencia indígena no necesariamente debe significar un impacto negativo para dichas comunidades, ya que puede acarrear un beneficio para las mismas. Sobre este punto, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó un recurso de protección interpuesto por una comunidad indígena mapuche que se oponía a la construcción de la ruta Temuco-Labranza, por cuanto afectaría una obra de Agua Potable Rural de propiedad de la comunidad. Al respecto la Corte estimó que por el contrario el proyecto traería un mejor y mayor desarrollo para dicha comunidad<sup>38</sup>.

Por otro lado, la mera localización en áreas con presencia indígena no necesariamente significa que se producirá afectación, ya sea en razón de la distancia en que habitan o desarrollan sus actividades, quedando fuera del área de influencia de los proyectos, o en razón de las medidas de mitigación que se propongan lo que permite evitar, impedir o disminuir la ocurrencia de impactos significativos directos en las comunidades.

De acuerdo a lo expresado, la localización de un proyecto en un área con presencia indígena constituye un elemento adicional o complementario a considerar, pero no puede convertirse en el elemento esencial y único que determine la procedencia de la consulta indígena. Lo anterior, por cuanto el procedimiento de consulta y participación requiere de la existencia de “pueblos interesados”, esto es, aquellos que tienen un interés comprometido que puede ser afectado

<sup>38</sup> Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de septiembre de 2010. Recurso de protección Rol N° 1155-2010 caratulado “Comunidad Indígena Mapuche Hueche Huenulaf contra el Ministerio de Obras Públicas”. La Corte rechazó el recurso considerando que el desarrollo del proyecto no implicaba afectación, por cuanto en esa etapa de proyecto no presenta consecuencias negativas ni para la comunidad ni para los integrantes de la misma individualmente considerados, señalando expresamente que “no se ha acreditado alguna afectación a sus derechos como pueblo indígena”, agregando que “por el contrario, la construcción de ese camino traerá, a no dudarlo, un mejor y mayor desarrollo económico, social, cultural y de acercamiento a los sistemas de salud y de conectividad...” (Considerando Decimoquinto).

por una determinada medida, según disponen numerosos artículos del Convenio (Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 14, Art. 15, Art. 16, etc.)<sup>39</sup>.

La fórmula empleada por el Ejecutivo en el Reglamento de Consulta Indígena de hacer procedente la consulta respecto de proyectos de inversión que se ejecuten en ADI y tierras indígenas<sup>40</sup>, debe ser aplicada de manera coherente con el Convenio, en el sentido que la localización de un proyecto en áreas de desarrollo indígena no es causal automática de la consulta indígena, sino cuando se acredite que se produce afectación directa de las comunidades.

En este sentido, el artículo 5 del Reglamento de Consulta Indígena señala que los proyectos de inversión en ADI o tierras indígenas “*cuando corresponda*” serán sometidos al procedimiento de consulta o participación. Estos términos permiten señalar que corresponderá someter los proyectos a consulta cuando se produzca afectación.

Considerando que las ADI en algunas regiones del país, representan territorios realmente extensos, es preciso establecer criterios que permitan distinguir en qué casos se aplica la consulta indígena a aquellos proyectos que se ejecutan dentro de ellas, para lo cual se proponen los siguientes criterios de diferenciación:

- i) *Criterio de la afectación*: la aplicación de la consulta indígena corresponderá aplicarla en el caso de comunidades que se vean afectadas por la implementación de la medida. De esta manera, no basta con que existan comunidades habitando dentro de un ADI, sino que se requiere demostrar que la medida altera sus formas de vidas tradicionales.
- ii) *Criterio del área de influencia*: el límite territorial de la afectación se determinará con relación al área de influencia del proyecto, de manera que la consulta será aplicable a las comunidades localizadas en una ADI que se encuentre dentro del área de influencia del proyecto.

<sup>39</sup> El Manual del Convenio de la OIT del año 2003, define a los pueblos interesados como “*los que se verán afectados por una determinada medida*”, es decir, causar algún impacto negativo en su calidad de indígena.

<sup>40</sup> El artículo 5° del DS 124/2009 de Mideplan que establece Reglamento de Consulta Indígena se refiere a la consulta de las comunidades indígenas en caso de “*proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N° 19.253*”.

- iii) *Criterio de afectación en su calidad de indígena*: los pueblos indígenas son reconocidos y respetados como tales en razón de su aporte a la multiculturalidad y al hecho de conservar manifestaciones étnicas y culturales que les son propias (artículo 1º de la Ley Indígena). De esta forma, la afectación de una comunidad indígena debido al desarrollo de un proyecto se determinará en relación a las manifestaciones étnicas, culturales o religiosas que les son propias. Estos son los elementos que le dan sentido a la existencia de una protección especial para los indígenas, de manera que si un proyecto localizado próximo a una comunidad no genera efectos adversos en estos elementos étnicos o culturales, no corresponderá aplicar la consulta indígena.

La Contraloría General de la República, a propósito de la localización próxima de proyectos en áreas protegidas, ha señalado que la “mera proximidad” entre el proyecto y el área protegida no es requisito suficiente para exigir la presentación de un EIA<sup>41</sup>. Si bien el dictamen de la Contraloría tiene por objeto clarificar la procedencia de una DIA o EIA, está poniendo en evidencia que la mera localización no supone necesariamente “afectación”, sino que habrá que analizar el tipo de intervención o magnitud de los impactos y medidas propuestas para hacerse cargo de ellos.

## 6. MEMORIAS DEL CONVENIO Y SOLICITUD DIRECTA DEL CONSEJO DE EXPERTOS DE LA OIT

### 6.1 Memoria Oficial

En cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Constitución de la OIT, el 1 de septiembre de 2010, el Gobierno de Chile presentó a este organismo internacional la Memoria acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Con-

<sup>41</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.432 de fecha 27 de marzo de 2008. El referido Dictamen señala que, “no resultaba objetable el ingreso al SELA mediante una DIA”, ya que la Ley N° 19.300, “no se limita a requerir la evaluación ambiental en razón de la mera proximidad entre el proyecto o actividad respectivo y el área protegida”, sino que se requiere acreditar que sea “susceptible de ser afectada por el proyecto”, dada su magnitud o duración de la intervención.

venio, correspondiente al periodo que va del 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 (Memoria Oficial). Adicionalmente, con fecha 10 de noviembre de 2010 el Gobierno emitió un Addendum a la referida Memoria Oficial.

La Memoria Oficial expresa la opinión del Ejecutivo acerca de cómo el ordenamiento jurídico chileno vigente cumple con las exigencias del Convenio, en especial en cuanto dice relación con el deber de consulta y el derecho a acceso de los recursos naturales.

En relación al tema de la consulta indígena, podemos destacar que la Memoria Oficial indica lo siguiente:

- Se señala que el Reglamento de Consulta Indígena viene a “*dar cumplimiento a las obligaciones de los Artículos 6 [deber de consulta] y 7 [participación] del Convenio de la OIT*”<sup>42</sup>. En otras palabras, de acuerdo al Gobierno, el Reglamento de Consulta Indígena sería la forma de materializar o reglamentar la consulta de dicho Convenio.
- Se reconoce el carácter “transitorio” del Reglamento de Consulta Indígena, por lo que el Ejecutivo tiene la voluntad de revisar dicho Reglamento, para lo cual está desarrollando un proceso de consulta con las comunidades a través de mesas indígenas regionales, con el objeto de perfeccionarlo.
- En cuanto a la instancia de participación ciudadana que contempla el SEIA, la Memoria Oficial indica que dicho instrumento de gestión ambiental ha permitido dar cabida a la participación de diversos estamentos sociales, entre ellos a las comunidades indígenas.

En definitiva, de acuerdo a la Memoria Oficial, en relación a la aplicación de los Artículos 6 y 7 del Convenio, el Ejecutivo es de la opinión que la normativa jurídica vigente sería suficiente para hacer efectiva la consulta, por lo que no se estaría planteando modificaciones o innovaciones sustanciales a la normativa aplicable respecto de estos temas.

<sup>42</sup> Memoria Oficial, p. 28.

## 6.2 Memorias Alternativas

Como contrapartida a la Memoria Oficial presentada por el Estado, de acuerdo a las normas de funcionamiento de la OIT, se ha permitido que las organizaciones indígenas, a través de algún sindicato u otra entidad representativa de trabajadores, presente a la OIT memorias alternativas a la Memoria Oficial, que recojan sus apreciaciones sobre la aplicación del Convenio (“Memorias Alternativas”). Las Memorias Alternativa recogen la posición de los pueblos indígenas respecto de la aplicación del Convenio en nuestro país, la que apunta básicamente a (i) señalar que en Chile no se está aplicando debidamente el Convenio, objetando principalmente el Reglamento de Consulta Indígena por excluir los proyectos de inversión y limitar el concepto de medidas alternativas, y (ii) a denunciar la falta de modificaciones a temas de fondo, como sería el Código de Minería y el Código de Aguas, entre otros.

## 6.3 Solicitud directa de la Comisión de Expertos de la OIT

En consideración a los antecedentes anteriormente descritos, esto es la Memoria Oficial y las Memorias Alternativas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, formuló una solicitud directa al Gobierno de Chile.

A este respecto, cabe tener presente que las recomendaciones y solicitudes planteadas por la CEACR no tienen el carácter de obligatorias, toda vez que no se trata de un órgano jurisdiccional. Cualquier resolución vinculante para los Estados sobre el cumplimiento o incumplimiento del Convenio debe provenir de los tribunales de justicia, ya sea de los nacionales, en consideración a que el Convenio ha sido ratificado por Chile y por tanto es ley de la República, o de los tribunales internacionales, en caso que se quiera perseguir la responsabilidad del Estado.

Si embargo, estimamos relevante destacar las observaciones planteadas por el CEACR, toda vez que estas pueden influir en la forma en que se interprete e implemente el Convenio en el futuro.

Respecto del Reglamento de Consulta Indígena, la CEACR planteó las observaciones que ha continuación se indican, las cuales podrían ser consideradas en el proceso de elaboración de un nuevo reglamento de consulta que se está desarrollando:



- Los artículos 16 y 21 del Reglamento de Consulta Indígena, que establecen que la autoridad u organismo respectivo deberá analizar con el Ministerio de Planificación y en coordinación con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la pertinencia de iniciar el proceso de consulta o participación, parecen dejar a la sola discreción de los órganos administrativos la decisión en cuanto a la pertinencia de iniciar el proceso de consulta o de participación.
- El artículo 7 del Reglamento de Consulta Indígena, que define el criterio de afectación, parece limitar la consulta a aquellos casos que “[...] diga[n] relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena [...] o se refiera[n] a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables”.
- El artículo 14 del Reglamento de Consulta Indígena, que trata de los órganos sujetos al reglamento, parece limitar la consulta por la vía de definir qué se entiende por medidas administrativas o legislativas (ideas matrices). En cuanto a las medidas legislativas, parece que estas se limitan a aquellas que tengan su origen en determinados órganos de la administración del Estado, en tanto, medidas administrativas solo se refieren a ciertas políticas, planes y programas generados por tales órganos de la Administración del Estado.
- El artículo 15 del Reglamento de Consulta Indígena parece adolecer de falta de claridad al establecer excepciones en cuanto a los casos de emergencia “o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano”, las cuales permitirían omitir el proceso de consulta o participación.

Respecto de los EIA, la CEACR observó que dicho mecanismo prevé la participación de la ciudadanía en general, pero destaca que “no establece un deber de consulta específico a los pueblos indígenas que garantice, de conformidad con el artículo 7, 3), del Convenio, que los estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de las actividades de desarrollo se lleven a cabo en cooperación con los pueblos indígenas”.

Finalmente, la CEACR señala que el Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no

contienen disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas en los casos de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión. A este respecto, la CEACR recuerda que el artículo 15 del Convenio establece la obligación a cargo del Estado, de establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida.

Finalmente, la CEACR pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que, se adecue la legislación nacional con el Convenio de manera que se consulte a los pueblos indígenas en caso de proyectos de inversión susceptibles de afectarlos directamente y que puedan participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos mineros.

## 7. COMENTARIOS FINALES

El reconocimiento de derechos especiales a los pueblos indígenas, supone el respeto de la dignidad de los mismos, como su plena capacidad para decidir y controlar su destino, a través de sus propias instituciones y determinar el control de sus propios asuntos. Sin embargo, estos derechos y ventajas no suponen el reconocimiento a la “autodeterminación”, en el sentido que se les haya conferido poderes públicos o soberanos, sino que tales derechos deben ser ejercicios en forma igualitaria con los demás grupos que forman parte de la sociedad.

Como consecuencia de lo anterior, los derechos especiales reconocidos a los pueblos indígenas deben ser ejercidos en el contexto de la institucionalidad legal establecida en el ordenamiento jurídico vigente. Este contexto conlleva a que las altas expectativas de las comunidades surgidas como consecuencia de la vigencia del Convenio, se hayan poco a poco adecuando a la realidad normativa e institucional vigente.

Lo anterior, ha quedado demostrado tempranamente desde el dictamen del Tribunal Constitucional, hasta los diversos fallos emitidos por la Corte Suprema, los que han reconducido el derecho de consulta indígena al estatus de participación aplicable a todos los chilenos, sin distinción de origen étnico.

La decisión de implementar procedimientos o instancias especiales

de consulta, tal como la existencia de un espacio de participación indígena dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, recientemente propuesto en el borrador del nuevo reglamento de dicho instrumento de gestión ambiental, supondrá la existencia de una voluntad política y social de avanzar en la incorporación de nuevos mecanismos de participación o el perfeccionamiento de los existentes.

### BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES – CEACR – OIT. “Aplicación Convenio 169 OIT. Solicitud Directa al Gobierno de Chile CEACR 2010/81a reunión, diciembre 2010”.
- CONADI. “*Implementación del Convenio N° 169 de la OIT*”. Segunda Parte. Documento sin fecha.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 13.432 de fecha 27 de marzo de 2008.
- DIA “*Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli*” de la I. Municipalidad de Lanco.
- DIA “*Proyecto Eólico Quillagua de 100 MW*” de Ingeniería Seawind Sudamérica Ltda.
- DIA “*Programas de Exploración Turi*” de BHP Chile Inc.
- DIA “*Prospección Minera Lobo Marte Etapa II*” de Minera Santa Rosa SCM.
- DIA “*Ampliación y Mejoramiento Aeropuerto El Loa Calama-II Región de Antofagasta*” del Ministerio de Obras Públicas.
- DS N° 124/2009 DE 04 DE SEPTIEMBRE DE 2009 DE MIDEPLAN que *Reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253 a fin de regular la Consulta y la Participación de los pueblos indígenas*, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 25 de septiembre de 2009.
- EIA “*Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama*” de Sociedad Chilena del Litio.
- EXMA. CORTE SUPREMA. SENTENCIA DE FECHA 17 DE MAYO DE 2010. Recurso de Protección Rol N°1525/2010 caratulado

*“Puelman Ñanco, Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía”.*

EXMA. CORTE SUPREMA. SENTENCIA DE FECHA 14 DE OCTUBRE DE 2010. Recurso de Protección Rol N° 4078/2010 caratulado *“Nahuelpán Guilitraro, representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Ríos”.*

EXMA. CORTE SUPREMA. SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2011. Recurso de protección Rol N° 1608-2011 caratulado *“Comunidad Indígena Mapuche Hueche Huenulaf contra el Ministerio de Obras Públicas”.*

EXMA. CORTE SUPREMA. SENTENCIA DE FECHA 13 DE JULIO DE 2011. Recurso de Protección Rol N°258/2011 caratulado *“Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Antofagasta”.*

GOBIERNO DE CHILE. *“Memoria acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008”.*

OIT. *“Un Manual” Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. (Ginebra, 2003)

ONU. *“Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”*. Asamblea General. Sesión 61 del 13 de septiembre de 2007.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Luis *“Cuando Proceda: Vigilancia y Aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas según la Declaración”* en *El Desafío de la Declaración - Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. (Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen Editores, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010.)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencias Rol N° 309 del 4 de agosto de 2000 y Rol N° 1050/2008 de 3 de abril de 2008.

WORLD BANK GROUP. INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *“ILO Convention 169 and the Private Sector. Questions and Answers for IFC Clients”*. Marzo de 2007.