

EL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA: PRÓLOGO DEL INCUMPLIMIENTO

Jorge Contesse ¹ y Domingo Lovera ²

El presente trabajo aborda la implementación del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sin bien se repasa críticamente la reglamentación de la cual fue objeto el Convenio, el énfasis se centra en el análisis de las decisiones judiciales dictadas al respecto en el marco de acciones constitucionales (y una acción civil) intentadas desde los pueblos indígenas. Tal análisis muestra que, mientras algunas Cortes de Apelaciones se han acercado a una lectura del Convenio respetuosa de sus objetivos, las decisiones de la Corte Suprema han sido (en su mayoría) fieles a una tesis restrictiva impulsada por el Ejecutivo desde la entrada en vigencia del tratado, en oposición a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

1. Introducción

La entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT (en adelante el Convenio o Convenio 169, indistintamente), junto a su posterior desarrollo legal y jurisprudencial, ha tenido un efecto profuso desde un punto de vista cuantitativo pero deficiente en su desarrollo dogmático. Su impacto ha sido profuso porque, según veremos, desde su entrada en vigencia –dicho más precisamente, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial– comenzó a ser corrientemente utilizado ante las Cortes de Apelaciones por los pueblos indígenas.

A pesar de la importancia política de su aprobación, así como de las declaraciones de buena voluntad al respecto,³ se ha observado un acercamiento descuidado

¹ Profesor asistente, Facultad de Derecho, UDP.

² Profesor asistente, Facultad de Derecho, UDP.

³ *Cooperativa.cl*, “Chile promulgó Convenio de la OIT sobre derechos indígenas”, 14 de octubre de 2008. En palabras de Álvaro Marifil, director de la Conadi, “este convenio es una de las más importantes

a los estándares que el Convenio fija, particularmente en materia de los derechos de consulta y participación. En efecto, según argumentamos en este trabajo, el desarrollo legal del mismo (vía decreto supremo) ha sido poco cuidadoso con los objetivos del Convenio. Este descuido que se explica en parte –pero solo en parte– por la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que dejó al Convenio como pieza de museo: importante para conocer de dónde venimos, que ha pasado y cuántas voluntades se comprometieron, pero de escasa utilidad práctica.⁴ La postura oficial en la materia –la del último gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, así como la del entrante de la Coalición por el Cambio (de Sebastián Piñera)– ha impactado también el trabajo de las Cortes; de acuerdo a las autoridades políticas, en materia de derechos de los pueblos indígenas, las leyes sectoriales vigentes al momento de la promulgación del Convenio permiten traducir en clave legal doméstica los estándares del mismo.⁵ Los tribunales, no de forma consistente, pero con mucha fuerza desde la Corte Suprema, han refrendado dicha interpretación.

El trabajo parte con una revisión del modo como reglamentariamente se ha limitado el alcance del Convenio 169, cuestionando la forma como el gobierno anterior reguló la materia, siendo ello sancionado por el gobierno de Sebastián Piñera. En seguida, se repasa brevemente los casos –en su mayoría, recursos de protección– que han ido generando una jurisprudencia errática que, en lugar de atender los reclamos de los pueblos indígenas en cuyo favor se adoptó y ratificó el Convenio, se cuadra con una postura restrictiva impulsada por el Ejecutivo.

2. Una nueva norma en el derecho chileno

La ratificación del Convenio 169 fue una promesa que la Concertación de Partidos por la Democracia hizo en 1989 al suscribir el Acuerdo de Nueva Imperial con representantes de pueblos indígenas. A pesar de que el Presidente

reivindicaciones de los pueblos indígenas de Chile desde 1989 y es parte del cumplimiento del plan de acción Re-conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad”.

4 Avanzamos críticas a esta decisión, en especial en lo relativo a la forma en que el TC comprendió las normas sobre participación, en Contesse, Jorge y Lovera, Domingo, “Pueblos indígenas y participación política en la óptica del TC”, en *Anuario de Derecho Público* 2010, (Universidad Diego Portales), 2010, p. 21.

5 Coordinación de Políticas Indígenas del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, “Memoria presentada por el gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 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”, pp. 20-21, disponible en: <http://www.conadi.cl/images/MemoriaConvenio169OIT%281%C2%B0septiembre%202010%29.pdf>.

Patricio Aylwin envió el tratado al Congreso Nacional en 1991, no fue sino hasta 2008 que éste le dio su aprobación. Los argumentos relativos a que la nación chilena es una e indivisible, que un tratado como éste podía poner en cuestión este carácter unitario e incluso la posibilidad de secesión, marcaron buena parte del debate parlamentario que obstaculizó en reiteradas ocasiones el cumplimiento de la promesa electoral. Finalmente se consiguieron los votos necesarios, aun cuando el Gobierno de Michelle Bachelet quiso ratificarlo con una declaración interpretativa que habría limitado su alcance. La declaración fue rechazada por la propia OIT.⁶

2.1. El Decreto Supremo 124 de Mideplan⁷

Hasta la entrada en vigencia del Convenio 169, la regulación sobre cuestiones indígenas en Chile reposaba en la Ley Indígena de 1993. A los pocos días de entrar en vigencia el Convenio, el Gobierno de Michelle Bachelet publicó un decreto supremo que reglamentaba la norma sobre participación de dicha ley.⁸ El objeto era regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, reconociendo que las normas del Convenio 169 sobre estas materias –los artículos 6 y 7– tendrían vigencia inmediata, pero que de todos modos necesitaban de articulación interna para su aplicación.

Lo cierto es que el decreto supremo restringió el ámbito de aplicación de la consulta y la participación tal como están prescritas en el Convenio. Así, por ejemplo, ya desde la definición de la consulta surgen problemas: el Convenio 169 dispone la obligación de los gobiernos 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”, mientras que el decreto chileno dispone que la consulta es

el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar

6 Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, (Universidad Diego Portales), 2008, pp. 366-371.

7 Esta sección está basada en el capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas –elaborado por Jorge Contesse– del *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, (UDP) 2010.

8 Decreto Supremo 124 del Ministerio de Planificación, publicado el 25 de septiembre de 2009. Además de la firma de la Presidenta, el decreto supremo fue suscrito por los entonces ministros de Planificación, Paula Quintana; Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo; Secretaria General de Gobierno, Carolina Tohá; de Agricultura, Marigen Hornkohl; de Educación (s), René Cortázar; de Bienes Nacionales, Romy Schmidt; y por el subsecretario de Planificación, Eduardo Abedrapo.

su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados ... en este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas (art. 2).

La reglamentación chilena señala en una misma frase que la consulta se hace “a través de los sistemas que este reglamento diseña” y “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”, siguiendo la fraseología del tratado internacional. El problema es que, en detalle, las disposiciones reglamentarias efectivamente diseñan un sistema de consulta que establece una serie de restricciones a su ámbito de aplicación.

2.1.1. Definición de consulta

El decreto supremo entiende por consulta el “procedimiento a través del cual los pueblos indígenas [...] pueden expresar su opinión”. Desde el punto de vista del derecho internacional, la consulta es más que la posibilidad de opinar respecto de una determinada medida administrativa o legislativa. En opinión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, este mecanismo lleva adelante “negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y [que] se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no [como] consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones”.⁹ Es decir, no se satisface la obligación que pesa sobre el Estado de consultar a un pueblo indígena por el solo hecho de escucharlo; sin embargo, en el decreto supremo esa posibilidad es plenamente admisible.

2.1.2. Ámbito de aplicación

El Convenio 169 no distingue las materias que deben ser sometidas a consulta. Su letra es clara: se debe consultar a los pueblos indígenas “cada vez que se

⁹ Naciones Unidas, *Una cuestión fundamental: El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas*, capítulo principal del informe presentado por el relator James Anaya ante el Consejo de Derechos Humanos, 12ffl período de sesiones, septiembre de 2009, punto 41.

prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. El decreto, en cambio, prescribe que la consulta procede respecto de “determinadas medidas”. Por eso, si el Convenio no distingue, no le es lícito al Estado de Chile hacerlo sin que al menos esgrima una razón poderosa para ello. Y no lo hace. De esta manera, comienza a reducirse el ámbito de aplicación del Convenio por una vía cuestionable como es la reglamentación administrativa.

El decreto supremo señala en su artículo 14 que las medidas administrativas que pueden consultarse son “las nuevas políticas, planes y programas [...] elaboradas por los órganos de la administración del Estado”. Si bien el estándar de “medidas” es el que se ocupa en el Convenio, se lo interpreta de manera restrictiva, como se vio en la implementación jurisdiccional del Convenio cuando una Comisión Regional del Medio Ambiente entendió que un acto administrativo “la medida administrativa por excelencia” no debía ser sometido a consulta.

Respecto de las medidas legislativas, el mismo artículo dispone que “son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley”. Ello también reduce el ámbito de aplicación sin fundamento. El Convenio no establece que solo las ideas matrices de una medida legislativa deban ser objeto de la consulta; el objetivo es que la opinión de los pueblos indígenas sea considerada, ponderada y pueda influir en el proceso de toma de decisiones públicas. Por eso, limitar la consulta en el proceso legislativo a ideas matrices de un proyecto puede significar en la práctica que la consulta no se lleve adelante como prescriben los estándares internacionales.

El decreto supremo 124 dispone además que el procedimiento de consulta debe ser aplicado por una serie de organismos del Estado, entre los que se incluyen ministerios, intendencias, gobiernos regionales y servicios públicos (artículo 4). Sin embargo, se excluye a los órganos administrativos que más interacción tienen con comunidades y pueblos indígenas: las municipalidades. En efecto, se dispone que estas “podrán someterse a las normas en él establecidas, si lo estiman pertinente” (artículo 4), pero el Convenio no hace distinción: se debe consultar “cada vez” que se prevean medidas que puedan afectar a un pueblo indígena; como es evidente, los municipios permanentemente lidian con cuestiones que inciden e interesan a los pueblos indígenas. Su exclusión del ámbito de la consulta es injustificada.

Además de las municipalidades, queda fuera del ámbito de aplicación del decreto supremo una materia altamente sensible para la protección de los

derechos de los pueblos indígenas: los proyectos de inversión. Como se sabe, los efectos de los proyectos de inversión y desarrollo en las tierras y costumbres indígenas suscitan gran parte de los problemas entre éstos y los Estados. El decreto no incluye tales proyectos dentro de las materias que pueden ser consultadas, pues dispone que “los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena [...] serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales” (artículo 9). Ahora bien, las leyes sectoriales chilenas –tales como el Código de Minería, el Código de Aguas y la ley eléctrica, entre otros cuerpos normativos– se caracterizan por no tener normas sobre consulta o participación. Solo la ley de bases del medio ambiente contiene normas sobre participación ciudadana, pero, por una parte, es discutible que se trate de una ley sectorial en tanto fija las bases generales en materia ambiental y, por otra, su procedimiento de participación es muy restrictivo.¹⁰ Como se demuestra más adelante, las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental han limitado, antes que favorecido, la consulta a pueblos indígenas.

A pesar de que la regla general es que los proyectos de inversión quedan excluidos del ámbito de la consulta, el decreto supremo contempla la posibilidad de que la autoridad aplique de todos modos las normas sobre consulta. La inobservancia del Convenio radica en que, por un lado, ello es facultativo, mientras que el estándar internacional es que cada vez que se debata una medida se debe consultar a los interesados, y, por otro, en que el decreto fija un plazo que en el Convenio no figura. En efecto, si se decidiera aplicar el procedimiento que fija el Decreto Supremo 124, el proceso de consulta debe quedar “concluido en un plazo máximo de noventa días”, no contado desde la última gestión realizada, sino desde “la primera presentación que se haga relativa al proyecto” (artículo 5). La práctica comparada demuestra que los procesos de consulta dependen de muchas variables; por ello, el Convenio no fija plazos. En cualquier caso, no es sensato disponer de lapsos tan cortos como los que ideó la autoridad administrativa chilena.

Aun si, como lo establece el decreto, la autoridad quisiera iniciar un procedimiento de consulta, el tenor de la reglamentación es claro respecto a la finalidad del mismo: no impedir que la medida se adopte de todas formas. En efecto, de acuerdo al artículo 12 del decreto supremo, la finalidad de la con-

¹⁰ Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, (UDP) 2009, pp. 390-405.

sulta es la de “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas, lo que implica la voluntad de efectuar las adecuaciones que sean razonables, posibles, necesarias y pertinentes a los pueblos indígenas, sin que ello impida la realización de aquéllas”.

Se trata, como es posible observar, de una reglamentación de dudosa constitucionalidad, que desatiende obligaciones internacionales sin que siquiera haya un acto del Parlamento de por medio. Con esta forma de regular los deberes normativos que impone el Convenio, no sorprende que en muchos casos la interpretación que hacen las Cortes se oponga a los compromisos que Chile ha suscrito en esta materia.

3. Jurisprudencia sobre el Convenio 169

En el poco tiempo que lleva de vigencia en Chile el Convenio 169, se han dictado varias sentencias judiciales que se pronuncian sobre su valor normativo, así como sobre su conexión con otras normas del ordenamiento jurídico nacional. Se aprecia que en las Cortes de Apelaciones la tendencia es a dar lugar a las normas del Convenio, incluso por sobre las normas internas, como obliga el derecho internacional público cuando no es posible aducir normas internas para incumplir con lo dispuesto por un tratado internacional.¹¹ Sin embargo, al llegar a la Corte Suprema, en general las argumentaciones basadas en el Convenio 169 se deshacen. Salvo un caso, fallado por la sala civil de la Corte Suprema, el máximo tribunal ha ido desarrollando, en su sala constitucional, una jurisprudencia que desatiende las obligaciones de Chile y sitúa al Estado –una vez más– en la senda del incumplimiento de sus compromisos internacionales, exponiéndolo a ser reprendido por órganos de supervisión y monitoreo de tratados.¹²

A continuación se revisan algunas sentencias que han resuelto situaciones en que el Convenio 169 ha sido utilizado por los recurrentes.

3.1. Caso Machi Francisca Linconao

Al día siguiente de ser publicado en el Diario Oficial el Convenio 169 de la

11 El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

12 En el *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004*, (UDP) 2004, pp. 11-133, se estudió en detalle la manera en que el Poder Judicial, específicamente la Corte Suprema, ha sido objeto de denuncias ante organismos internacionales –y en muchos casos de condenas– por violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

OIT, la Corte de Apelaciones de Temuco daba inicio a lo que sería una tendencia de las cortes de alzada del sur del país: utilizar el tratado internacional para interpretar las normas nacionales, así como para resolver disputas entre comunidades indígenas y autoridades administrativas y particulares.

El primer caso es el de la machi Francisca Linconao Huircapán, quien interpuso un recurso de protección en contra de la sociedad Palermo Ltda. que impugnaba la tala de árboles en un sector aledaño a manantiales, que para la cultura indígena representan lugares sagrados, y a una distancia no autorizada por las leyes nacionales. También se objetó que la empresa plantara especies exóticas porque ello alteraba el medio ambiente en el cual la recurrente, como machi, recogía plantas medicinales.

El caso es de interés porque la Corte de Apelaciones cita diversas fuentes para justificar la validez del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, incluyendo aspectos relativos a la cultura y cosmovisión de un pueblo indígena, en esta ocasión el pueblo mapuche. A pesar de que, al momento de conocer la causa, el Convenio 169 no entraba aún en vigencia, la Corte, razonando de buena fe, lo trajo a colación para una mejor comprensión del asunto:

el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional [...]¹³

De esta manera, en conjunto con una serie de fuentes doctrinales, así como otros tratados internacionales, además de las normas nacionales sobre tala y manejo de árboles, la Corte de Apelaciones de Temuco ordenó a la empresa abstenerse de talar árboles dentro de un perímetro determinado. La sentencia fue confirmada por la tercera sala de la Corte Suprema, aunque los ministros Pierry y Araneda estuvieron por eliminar toda referencia a la doctrina y tratados internacionales, dando luces de la que sería su línea jurisprudencial en lo sucesivo.

¹³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, considerando 10.

3.2. Caso Lof Palguín

En enero de 2010, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección interpuesto por dos comunidades mapuche que impugnaron la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía, que calificó favorablemente un proyecto de piscicultura en el sector de Palguín, cerca de Villarrica.

La Corte de Temuco dio plena vigencia a las normas sobre consulta, trayendo a colación los fallos del Tribunal Constitucional que declararon los artículos 6 y 7 como autoejecutables,¹⁴ esto es, que no requerían de desarrollo normativo, cuestionando con ello el Decreto Supremo 124 por contravenir lo estipulado en el Convenio 169. La Corte entendió que los Estados no pueden incumplir sus obligaciones internacionales aduciendo su derecho interno, como es un decreto supremo.¹⁵ En consecuencia, la Corte dispuso que la resolución de calificación ambiental quedaba sin efecto, pues no se había consultado a los pueblos indígenas. Además, interpretó que un acto administrativo –en este caso, una resolución de calificación ambiental– **es una medida administrativa que, según el Convenio, debe ser objeto de consulta.**¹⁶

Sin embargo, **la Corte Suprema revocó la sentencia.** El argumento del máximo tribunal fue que **la consulta a los pueblos indígenas está sujeta a las normas sobre participación ambiental de la legislación chilena.** La Corte Suprema argumentó **que no era necesario aplicar un proceso de consulta pues se trataba de una Declaración de Impacto Ambiental, no de un Estudio de Impacto Ambiental** (las primeras no contemplan espacios de participación ciudadana; los segundos, sí).¹⁷

Este razonamiento, que se va asentando en la jurisprudencia, es problemático porque subordina lo dispuesto por un tratado internacional a la normativa chilena, lo que atenta contra el derecho de los tratados y expone a

¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, sentencia del 4 de agosto de 2000 y Rol 1050-2008, del 3 de abril de 2008.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, considerando 7: “[...] citar este Decreto como fundamento para rechazar el recurso no tiene asidero alguno”.

¹⁶ Corte de Apelaciones de **Temuco, Rol 1705-2009**, sentencia del 21 de enero de 2010, considerando 9.

¹⁷ Corte Suprema, **Rol 1525-2010**, sentencia del 17 de mayo de 2010. A este respecto, considérese que, de acuerdo al artículo 11 de la Ley 19.300, los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental requerirán un Estudio de Impacto Ambiental en ciertas hipótesis que en él se indican. En los demás casos, el proceso de evaluación se debe hincar vía Declaración de Impacto Ambiental. La diferencia entre ambos procesos, a efectos de los que acá discutimos, es que los Estudios gatillan etapas de participación ciudadana, cosa que no ocurre en el caso de las Declaraciones. Como analizaremos en la sección 4, sin embargo, esas formas de participación han sido objeto de numerosas críticas.

Chile a verse apuntado como un país que no cumple con los compromisos internacionales.

3.3. Comunidad Pepiukëlen

La comunidad Pepiukëlen, ubicada en el sector de Pargua, Región de Los Lagos, ha librado diversas batallas judiciales en tribunales chilenos e internacionales por los conflictos con la empresa pesquera Los Fiordos, perteneciente al consorcio Agrosuper.¹⁸

Un nuevo conflicto surgió cuando, en febrero de 2010, la empresa inició la construcción de una piscina de contención con el fin de almacenar aguas contaminadas a no más de tres metros del recinto de la comunidad afectada y a tan solo cincuenta metros, aproximadamente, del lugar donde ésta realiza sus actividades espirituales y culturales. En razón de dichas afectaciones a sus derechos, entre los que se cuenta el derecho a ser consultados, la comunidad mapuche interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. La Comisión Regional del Medioambiente, demandada en el recurso, señaló que Los Fiordos actúa bajo las normas establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental a las que fue sometido el proyecto, por lo que cualquier cambio que no sea de consideración no necesita ser ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Y, por lo mismo, el requisito de la consulta previa no se aplica en tal caso.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso interpuesto por la comunidad indígena. Aunque sin explicitarla, la sentencia se hace cargo de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso Palguín, argumentando que el derecho de participación consagrado en la legislación ambiental es diferente del derecho de consulta y participación contenidos en el Convenio 169 y que, por lo mismo, no corresponde supeditar las normas del Convenio al derecho interno chileno, esto es, no puede entenderse cumplido el deber de consulta –que emana de una norma internacional– con la legislación ambiental que, además, contempla un proceso participativo débil. En palabras de la Corte:

ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el de-

¹⁸ Ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, op. cit., pp. 428-434.

recho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no solo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta.¹⁹

Esta sentencia señala además que, con la entrada en vigencia del Convenio, se altera el entendimiento que se tenía de lo que corresponde a territorio indígena. Así, se dice expresamente que “el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N°2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en [la Ley Indígena] y comprende además de la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”.²⁰ En este caso se observa cómo un tribunal se sirve de los estándares internacionales para ilustrar e interpretar de manera más favorable los derechos de los pueblos indígenas respecto de la legislación chilena.

Basada en estos argumentos, la Corte de Apelaciones falló a favor de la comunidad Pepiukëlen, pero, en la Corte Suprema, si bien se confirmó la sentencia en lo que respecta al deber de abstenerse la empresa de continuar con las faenas destinadas a desviar las aguas de su planta industrial, el voto de mayoría –redactado, al igual que en el caso Palguín, por el ministro Pedro Pierry– eliminó toda referencia al Convenio 169. De esta manera, la Corte Suprema hizo desaparecer las obligaciones que emanan de este tratado internacional, restándole valor normativo y, como se ha dicho, desatendiendo los compromisos internacionales de Chile.²¹ Solo el voto de minoría del ministro Sergio Muñoz comprendió que las normas sobre consulta del Convenio 169 sí tienen aplicación, aunque sea en conjunto con las disposiciones del derecho chileno, y que, en cualquier caso, no es posible no aplicarlas.

19 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 36-2010, 27 de julio de 2010, considerando 9.

20 *Ibíd.*, considerando 10.

21 Corte Suprema, Rol 5757-2010, 15 de septiembre de 2010.

3.4. Comunidad Puquín

En agosto de 2010 la Corte de Apelaciones de Valdivia dio lugar a una reclamación judicial que impugnó la calificación ambiental favorable de la Comisión Regional del Medioambiente a un proyecto que contemplaba la instalación de una estación de transferencia de residuos sólidos para las comunas de Lanco y Panguipulli antes de su disposición final en un relleno sanitario. La Corte declaró sin efecto la calificación ambiental por haberse realizado sin la debida consulta a las comunidades indígenas afectadas, dando aplicación no solo al Convenio 169 sino también a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.²²

Según consta en la sentencia, los demandantes aducían que

el proyecto está emplazado en un sector denominado Lof Kilche, sector que para los mapuches es reconocido como centro del kimun (sabiduría); [que] en sectores aledaños al proyecto se ubican ocho comunidades con un total de 261 familias que se dedican a la agricultura familiar y ganadería, producen leña y miel y algunos campesinos tienen convenios con INDAP; [que] existen proyectos de desarrollo en el futuro con fines turísticos y para venta de productos locales, por lo que se debió considerar la opinión de estas comunidades indígenas y se debió realizar un estudio de impacto ambiental y se vulneró, además, el deber de consulta a que se refiere el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.²³

Los consejeros regionales, agrega la sentencia, no realizaron consulta a las comunidades potencialmente afectadas, mientras que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) advirtió expresamente que se debían aplicar las normas sobre consulta contenidas en el Convenio 169. Más aun, tres concejales de la comuna de Lanco hicieron presente al intendente de la Región de Los Ríos que la omisión de la consulta contravenía normas legales tanto nacionales como internacionales y que la eventual instalación del relleno afectaría a viviendas emplazadas en una zona mapuche.²⁴

22 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, 4 de agosto de 2010.

23 *Ibíd.*, considerando 1.

24 *Ibíd.*, considerando 3.

El caso trata de la falta de consulta a las comunidades afectadas como causa de situaciones de discriminación ambiental en contra de indígenas. En efecto, los recurrentes alegaban, junto con la vulneración de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a su integridad síquica y física, la afectación del derecho de igualdad ante la ley. La Corte, sin embargo, señala no divisar “cómo se habría afectado tal garantía, ya que [...] no se ha privilegiado a persona o grupo humano en especial, en perjuicio de otro”.²⁵ Lo que el tribunal no advierte es que, a pesar de la ausencia de manifiesto privilegio para alguien, sí se perjudica a un grupo que, por lo demás, suele ser objeto de discriminación ambiental, esto es, suele soportar cargas ambientales –como la instalación de un vertedero en lugares próximos a sus hogares– de manera desproporcionada en comparación con otros grupos o individuos.

La Corte entiende que, dada la magnitud del impacto de este proyecto, “debió haber existido un Estudio de Impacto Ambiental”.²⁶ Y, al referirse a la manera en que los estándares internacionales interactúan con las normas jurídicas chilenas, el tribunal de Valdivia sostuvo que:

no cabe duda que existe una vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea, por lo que es atinente en la especie lo que señala la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 25 contempla el derecho de los pueblos indígenas a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma”.²⁷

Se trata de una interesante aplicación de un instrumento que, si bien obliga a Chile, tiene un valor normativo diferente al del Convenio 169²⁸. La Corte lo utiliza como criterio de interpretación de las demás normas que se aplican al

²⁵ *Ibíd.*, considerando 6.

²⁶ *Ibíd.*, considerando 4.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ En tanto se trata de una Declaración, su valor normativo es menor al de un Convenio. Las primeras expresan la voluntad de la comunidad internacional sin que de allí puedan necesariamente derivarse obligaciones legales, como sí ocurre con los convenios, los que imponen deberes jurídicamente obligatorios. En la doctrina, se hace la distinción entre *soft law*, que corresponde a las declaraciones, y *hard law*, donde se sitúan los tratados internacionales, como los Convenios de la OIT.

caso, especialmente de aquellas sobre consulta previa, debido a las cuales la resolución que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental quedó sin efecto.²⁹

3.5. Comunidad Chilcoco

En otro caso donde se ha dado aplicación a las normas sobre consulta del Convenio 169 de la OIT, la Corte de Apelaciones de Concepción impugnó la tala de árboles sagrados por parte de la Municipalidad de Arauco sin consulta a las comunidades indígenas del sector del cerro Colo-Colo, declarado monumento nacional.³⁰

Según esa municipalidad, el sector donde se hizo la tala presentaba “falta de solidez en sus terrenos y que solo una porción del mismo corresponde a lo declarado como Monumento Histórico”, agregando que “producto del reciente terremoto el cerro sufrió daños consistentes en derrumbes y deslizamientos en sus laderas, cayendo un árbol sobre una camioneta, presentando los vecinos una solicitud en que manifestaban la necesidad urgente de intervenir el lugar, lo que [se] llevó a efecto dada la urgencia de la situación”.³¹ El gobierno comunal reconoció la ausencia de consulta a los pueblos indígenas, pero la justificó en la imposibilidad material de llevar adelante la consulta a diez comunidades, “ya que no existe una [organización] de carácter comunal, lo cual, en otras ocasiones, ha originado problemas que han dificultado la reunión de la totalidad [de las organizaciones] y, aun más, lograr acuerdos de consenso con todas ellas”.³²

La Corte de Concepción, junto con las normas sobre consulta a las que da aplicación, aduce el artículo 13 del mismo, que dispone el deber de los gobiernos de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera”.³³ La Corte, además, desecha el argumento de la municipalidad sobre la celeridad con que debía actuarse y que habría impedido llevar adelante la consulta, en los siguientes términos:

29 La sentencia fue adoptada con el voto en contra de un ministro, quien estuvo por rechazar el recurso argumentando la falta de pruebas para acreditar la afectación real, no potencial, de los derechos fundamentales alegados, así como el hecho de que esta no es la vía para impugnar una Declaración de Impacto Ambiental y finalmente, que la resolución de la Corema no puede ser considerada como una de las medidas administrativas que, bajo el Decreto Supremo 124, deben ser objeto de consulta.

30 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 289-2010, 10 de agosto de 2010.

31 *Ibíd.*, vistos.

32 *Ibíd.*, considerando 8.

33 *Ibíd.*, considerando 7.

que si bien es cierto que a raíz del reciente terremoto de febrero pasado fue menester adoptar diferentes medidas de emergencia, no lo es menos que en el particular caso en estudio el respectivo contrato de servicio por corte, extracción y transporte de árboles fue aprobado solo el 15 de mayo de 2010..., previa realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados.³⁴

De esta manera, la Corte concluyó que se “ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado” su derecho a la integridad física y síquica.³⁵

3.6. Caso del ducto Celco

El caso del ducto Celco, empresa con historial en materia de acciones judiciales, se originó a propósito de la aprobación por parte de la Comisión Nacional del Medioambiente del “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”. La Comisión mencionada, aprobando un Estudio de Impacto Ambiental, calificó favorablemente el proyecto. Más de una decena de comunidades indígenas presentaron un recurso de protección en contra de dicha resolución.³⁶

Los recurrentes reclamaban la infracción al deber de consulta consagrado en el Convenio 169 y no haber considerado el impacto ambiental de afectación del espacio costero de uso consuetudinario de los pueblos indígenas, al no incluir el respectivo Estudio de Impacto Ambiental las variables antropológicas relativas a la existencia de dichos usos.³⁷

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia destina 49 de 56 páginas a reiterar los argumentos expuestos por las partes, para terminar rechazando

34 Ibid., considerando 9.

35 Ibid., considerando 11.

36 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010.

37 Ibid., vistos.

la acción. Para ello, la Corte se pregunta si acaso existió ilegalidad o arbitrariedad al omitirse la etapa de consulta. Argumentando –como ya es habitual en estas sentencias– que el artículo 34 del Convenio 169 llama a determinar con flexibilidad las medidas que se adopten para dar cumplimiento al mismo,³⁸ destaca que las normas sobre consulta del tratado son auto-ejecutables “pues tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho del país”.³⁹

Pese a la declaración antes transcrita, la Corte entiende que el Decreto Supremo 124 reglamentó el artículo 34 de la Ley 19.253 a efectos de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, para luego agregar que:

El mismo Decreto señala, en sus consideraciones que “10) Que se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta, de acuerdo a los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169;” “11) Que, atendido lo anterior, se hace necesario adoptar un mecanismo que regule la consulta y la participación de los pueblos indígenas interesados, estableciendo procedimientos claros, transparentes y sistemáticos, a fin de lograr una adecuada implementación de las respectivas normas del Convenio;”. Como se observa, el 25 de septiembre de 2009, mediante el Decreto en comento, se dio inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y, entonces, se adopta un mecanismo que regula la consulta, mecanismo que ya estaba contemplado en la Ley 19.300, publicada en el Diario oficial el 9 de marzo de 1994, del Ministerio Secretaría de la Presidencia, sobre Bases Generales del Medio Ambiente [esto es, el sistema de evaluación de impacto ambiental]”.⁴⁰

La Corte de Valdivia llega a la conclusión que, al menos en materia de consulta, la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 es, sencillamente, irrelevante. Pues si ya existía el procedimiento de consulta –regulado en

³⁸ Ibid., considerando 10°.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., considerando 11°.

la Ley 19.300– no se aprecia cómo las nuevas disposiciones internacionales podrían tener impacto en la consulta y participación de los pueblos indígenas. De paso, no está demás destacar que la Corte afirma que el proceso de consulta nacional para definir los mecanismos de consulta ya se inició, solo descansando en las palabras del decreto referido.

Pero, aunque la normativa de bases del medioambiente, según la Corte de Valdivia, satisface los procesos de consulta del Convenio, la verdadera razón por la cual las exigencias de dicho tratado no son aplicables al caso se reducen a una cuestión de fechas. En efecto –afirma–, el Estudio de Impacto Ambiental se presenta por la empresa “el [día] 19 de febrero de 2009, [por lo que] no le resultan exigibles, en la forma como se pretende, las normas del reglamento del artículo 34 de la Ley N° 19.253”⁴¹ pese a que los recurrentes reclamaban la aplicación del Convenio 169. Recogiendo la argumentación de la recurrida, además, afirma que el Estudio de Impacto Ambiental no es del tipo de medidas administrativas que, de acuerdo al decreto 124, gatillan el deber de consulta.⁴²

Sobre la ausencia de investigaciones en el borde costero, la Corte es más sintética y afirma que los usos consuetudinarios que reclaman los recurrentes no se encuentran acreditados de conformidad a la Ley 20.249 (que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios), procedimiento que dicha ley coloca en manos de la Subsecretaría de Pesca (artículos 7 y siguientes.).

La Corte Suprema ratificó la decisión, recordando la decisión del TC que afirma que la consulta no podrá jamás considerarse como obligatoria, ni menos afectar las potestades de las autoridades respectivas.⁴³ Al igual que la Corte valdiviana, afirma que el deber general de consulta a los pueblos indígenas –no obstante había afirmado que era potestativo de las autoridades– se encuentra ya recogido en la Ley 19.300 y en su reglamento, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169.⁴⁴ A efectos de justificar que la consulta se ha desarrollado de buena fe y respetando la normativa del Convenio, enumera una serie de instancias que, por su importancia, conviene citar:

se realizaron seis talleres de información ambiental [...] tres casas abiertas o exposiciones [...]. Adicionalmente se recibieron ciento ochenta

41 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010, considerando 11°. Este considerando sería, luego, eliminado por la Corte Suprema.

42 Ibid., considerando 12°, que también sería eliminado por la Corte Suprema.

43 Corte Suprema, Rol 4.078-2010, sentencia del 14 de octubre de 2010, considerandos 1° y 4°.

44 Ibid., considerando 7°.

observaciones ciudadanas, de las cuales cincuenta y nueve cumplían los requisitos legales y de las que se hizo cargo la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto. [Finalmente] se escuchó a diversas organizaciones, entre estas, indígenas.⁴⁵

No se conocen las razones por las cuales dichos talleres informativos satisfacen los estándares del Convenio 169. Tampoco argumenta la Corte las razones por las cuales un proceso meramente informativo debe considerarse como un proceso de buena fe a la luz del tratado. Lo anterior es develado en el voto de minoría del ministro Haroldo Brito, quien afirma que “[i]nformar no constituye un acto de consulta, porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas.”⁴⁶ Además, y llamando la atención sobre la expresión del voto de mayoría que se refiere al hecho de haberse escuchado “a diversas organizaciones, entre estas, indígenas,” sostuvo que la consulta “debe hacerse a través de organismos representativos y libremente”.⁴⁷

3.7. Caso “Mini Central Cayucupil”

El siguiente recurso de protección tiene su origen en una Declaración de Impacto Ambiental. Los recurrentes, entre ellos algunas comunidades indígenas, reclamaron la ilegalidad y arbitrariedad de la resolución que calificó favorablemente el proyecto mini-Central Hidroeléctrica Cayucupil (Res. Ex. N° 147), entre otras razones por haberse otorgado sin proceso de consulta a los pueblos indígenas. Afirmaron los recurrentes que los terrenos donde se emplazará el proyecto corresponden a un “sector prioritario de protección a la humanidad, por constituir un Santuario de la Biodiversidad ... patrimonio histórico, cultural, desde tiempos ancestrales, por el pueblo mapuche y además de actuar como una zona de integración, laboratorio e innovación del conocimiento del pueblo Mapuche “RENI” en esta parte del territorio y zona de desarrollo indígena”.⁴⁸

⁴⁵ Ibid., considerando 10°.

⁴⁶ Ibid., considerando 2° del voto de minoría.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 401-2010, sentencia del 1 de diciembre de 2010, vistos.

Los recurrentes reclaman que, a diferencia de lo que ocurre con los Estudios de Impacto Ambiental, las Declaraciones –como la que originó la evaluación de este proyecto– carecen de procesos de consulta, razón por la cual se vulneran sus derechos establecidos en el Convenio 169.

La Corte de Apelaciones de Concepción rechazó el recurso. Estimó que las recurridas habían actuado razonablemente, esto es, sin arbitrariedad e ilegalidad. Sobre lo primero, la Corte sostuvo que el proceso de Declaración de Impacto Ambiental en cuestión requirió 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.”⁴⁹ Para la Corte, la sola intervención de las autoridades, a las cuales atribuye el carácter de técnicas, asegura la existencia de una decisión razonada y, por lo mismo, carente de arbitrariedad. En este sentido, vale la pena insistir en que las disposiciones del Convenio 169 avanzan en la incorporación de los pueblos indígenas afectados justamente porque las autoridades fueron, y han sido, escasa prenda de garantía a la hora de salvaguardar los intereses de las comunidades involucradas. En lo referente a la legalidad de la actuación de la recurrida, la Corte simplemente detalla el conjunto de reglas de la Ley 19.300 que autorizan el recurso a las declaraciones de impacto ambiental cuando no se incurra en alguna de las hipótesis del artículo 11 de la misma ley.

La Corte avanza, además, otros tres argumentos que conviene enunciar. En primer lugar, afirma que el reclamo de los recurrentes es injustificado salvo que se entienda que el Convenio modificó las disposiciones de la Ley 19.300, agregándose un nuevo requisito: la consulta a los pueblos indígenas para los casos en que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente.⁵⁰ La corte entiende que ello no ha ocurrido.

En segundo lugar, afirma que el nuevo texto normativo del Convenio debe situarse dentro del ordenamiento jurídico chileno. La corte afirma que, aun si el Convenio tuviera rango constitucional –entendiendo que el derecho a la consulta reviste los caracteres de derecho fundamental–, “ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de los derechos que nuestro or-

49 Ibid., considerando 5°.

50 Ibid., considerando 8°.

denamiento jurídico contempla”.⁵¹ Lo que la Corte no muestra, sin embargo, son los derechos constitucionales con los cuales habría que cotejar la consulta.⁵² En efecto, para que pueda existir una colisión de derechos se requiere de, al menos, dos derechos. Por una parte, los recurrentes arguyen el derecho a la consulta. ¿En qué otro derecho está pensando la Corte de Apelaciones de Concepción para cotejarlo o ponderarlo con el reclamado por los recurrentes?

En tercer y último lugar, la Corte estima que el derecho de los recurrentes no es de naturaleza indiscutida o indubitada:

estimar que la consulta a que hace alusión el Convenio N° 169 es un requisito exigible a la Declaración de Impacto Ambiental, alude a una interpretación de la naturaleza de la Resolución Exenta que se impugna, esto es, decidir si corresponde a una ‘medida legislativa o administrativa’ y, también si ella ‘afecta directamente a los pueblos indígenas’. Estas cuestiones exceden largamente la finalidad de este procedimiento de urgencia.⁵³

3.8. Caso Aeropuerto Maquehue

El Estado lleva años intentando construir un nuevo aeropuerto para la Región de la Araucanía. Dicho proyecto toma rumbo final en 2011, cuando el Ministerio de Obras Públicas adjudica el contrato de concesión del Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía. Contra dicho acto de adjudicación, un grupo de seis comunidades indígenas recurre de protección. En concepto de los recurrentes, el proyecto de nuevo aeropuerto se emplaza en territorios utilizados tradicionalmente y reivindicados por las comunidades mapuche. Siendo este el caso –afirman–, tanto el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (Res. Ex. N° 2496, Comisión Nacional del Medioambiente) como el acto de adjudicación del contrato de concesión (Dec. N° 121, D. Of. 17.04.2010) serían ilegales por haberse omitido el proceso de consulta previa.

51 Ibid., considerando 9°.

52 Es la propia Corte la que sugiere la colisión de derechos. Si la consulta es un derecho constitucional, asumimos dentro de la lógica del argumento que la contraparte recurre, también, a un derecho de igual jerarquía.

53 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 401-2010, sentencia del 1 de diciembre de 2010, considerando 10°.

La Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo la tesis de la recurrida.⁵⁴ Para la Corte, la consulta es una herramienta a la que las autoridades pueden echar mano si así lo desean. En efecto –y descansando, otra vez, en la decisión del TC sobre la constitucionalidad del Convenio 169–, afirma que se trata de un “instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, [por lo que] se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300.”⁵⁵ En dicho procedimiento, las personas jurídicas y naturales están facultadas para “imponerse del contenido del Estudio de Impacto Ambiental y del tenor de los documentos acompañados; e indica que cualquier consulta u observación ciudadana (como las que los recurrentes hacen valer) debieran alegarse dentro del término legal establecido [en esa ley] para ell[o]”⁵⁶

Como se observa, para la Corte no son las autoridades las que deben acercarse a consultar a las pueblos indígenas sino que, en el marco de la Ley 19.300, son las personas las que deben (ser responsables e) imponerse de los estudios. Y si, luego de este procedimiento, las personas estiman que sus intereses y derechos siguen siendo afectados, “podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior dentro de los quince días siguientes a su notificación”.⁵⁷

Sin más, la Corte concluye que “las comunidades indígenas tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, incorporándose en reuniones de amplia convocatoria, sin perjuicio que presentaron todas las observaciones ciudadanas o reparos que estimaron pertinentes”.⁵⁸ Todavía más:

en la especie, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, 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.⁵⁹

54 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1.794-2010, sentencia del 31 de enero de 2011.

55 *Ibíd.*, considerando 7°.

56 *Ibíd.*

57 *Ibíd.*

58 *Ibíd.* El mismo considerando concluye enumerando las instancias de participación a que hace referencia.

59 *Ibíd.*, considerando 8°.

La Corte de Santiago, como otras cortes, incurre en un non sequitur que ahora solo enunciamos y sobre el cual, más abajo, volvemos con algo más de detalle. Ocurre que ,para parte importante de nuestras cortes de alzada, incluida la Suprema en sede de protección, los procedimientos de consulta –siguiendo de cerca al TC– son facultativos y no vinculantes. Si esto es así, ¿por qué perder tiempo justificando la idoneidad del procedimiento de participación de la Ley 19.300 con el artículo 6 del Convenio 169? La evaluación de fondo, en todo caso, y tal como en casos anteriores, vuelve a criticarse desde el voto de minoría. De acuerdo a éste, las reuniones de mera información, así como los procesos de mero trámite formal, no pueden considerarse ajustados al Convenio. Reprocha la disidencia, además, que es obligación de las autoridades desarrollar los procedimientos de consulta “tomando en cuenta ‘los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones’”.⁶⁰

3.9. Caso Comunidad Chusmiza-Usmagama

Solo en un caso la Corte Suprema ha utilizado el Convenio 169 para interpretar las normas internas sobre derechos de los pueblos indígenas contenidas en la Ley Indígena. Se trata del caso en que la comunidad aimara Chusmiza-Usmagama obtuvo una regularización de derechos de aprovechamiento de agua, a la cual se opuso la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., y en el que, en una sentencia recaída sobre un recurso de casación en la forma y en el fondo (y no, como en los casos anteriores, una acción de protección), la Corte Suprema dio reconocimiento a la propiedad ancestral que tiene la comunidad indígena sobre el uso de las aguas que escurren por el territorio de su comunidad.

La Corte Suprema confirmó lo resuelto tanto en primera como en segunda instancia. Como se adelantó, el que no haya sido la tercera sala constitucional la que conoció este asunto puede explicar la diferencia de criterios a la hora de aplicar las normas del Convenio 169. Cabe observar el análisis sobre la disposición de la Ley Indígena que establece una protección especial para las aguas de las comunidades atacameñas y aimaras.⁶¹ En palabras de la Corte Suprema:

60 Ibid., considerandos 4° y 5° del voto de minoría.

61 El artículo 64 de la Ley 19.253, conocida como Ley Indígena, prescribe: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión “terrenos de la comunidad”, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.⁶²

Específicamente, sobre la manera en que interactúan y se complementan las normas de la Ley Indígena con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, la Corte agrega:

también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64 [de la Ley Indígena], considerar el Convenio N° 169 [...], cuyo artículo 15, N° 1° preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.⁶³

Las referencias que la Corte Suprema hace al Convenio 169 le permiten dotar de sentido a las normas chilenas que disponen, como hemos visto, una protección especial para las aguas de las comunidades indígenas atacameñas y aimaras. De esta forma, el máximo tribunal concluye que

no resulta acorde con el espíritu de la ley [Indígena] ni con el instrumento internacional aludido [el Convenio 169] restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al ob-

62 Corte Suprema, Rol 2840-08, 25 de noviembre de 2009, considerando 7.

63 *Ibíd.* El destacado es nuestro.

jetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.⁶⁴

Esta sentencia es un ejemplo de la manera como la Corte Suprema puede –y debe, en tanto es obligación de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales– complementar las normas del Convenio 169 con aquellas disposiciones del derecho chileno que establecen protecciones en favor de los pueblos indígenas. Esta sentencia es una excepción a la regla general que ha venido configurando la Corte Suprema en su tercera sala constitucional, que ha ido vaciando de contenido las disposiciones del Convenio 169 que otros tribunales han utilizado.

4. Consideraciones finales

La breve revisión que hemos emprendido en estas páginas sobre la manera como la jurisprudencia ha ido dando aplicación al Convenio 169 de la OIT, especialmente en materia de consulta previa, da cuenta de algunas tendencias preocupantes. En primer lugar, la jurisprudencia parece equiparar las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental con los estándares sobre consulta del Convenio, cuestión que no tiene asidero. En segundo lugar, en vez de abrazar una interpretación pro libertatis, como ordena la implementación de tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia ha ido restringiendo el alcance de las normas sobre consulta, ya sea validando el decreto supremo 124 de 2009, que ilegítimamente reduce el ámbito de la consulta, o amplificando la sentencia del Tribunal Constitucional para negar valor a las normas del Convenio. En tercer lugar, a la luz de las conclusiones a las que arriba parte importante de las sentencias reseñadas, la aprobación del Convenio habría resultado jurídicamente irrelevante toda vez que, antes de su incorporación, el ordenamiento jurídico ya habría contado con herramientas legales que permiten satisfacer –al menos en materia de consulta– los mismo objetivos.

⁶⁴ Ibid.

Sabido es que Chile, al igual que muchos otros países, tiene deudas pendientes con sus pueblos originarios. En tanto estos formulan reclamos en derechos clave, se hace imperativo que el Estado, que libre y soberanamente se obliga internacionalmente, atienda dichos reclamos utilizando el marco de los derechos. En tal sentido, se hace preciso que la interpretación que hagan las cortes adopte, de buena fe, las directrices que el Estado se ha comprometido a respetar. De lo contrario, estas líneas no serán más que el prólogo de una historia ya repetida: Chile incurriendo en responsabilidad internacional, en particular por la acción (u omisión) de sus tribunales de justicia.