

PROYECTOS DE GENERACIÓN Y/O TRANSMISIÓN QUE AFECTEN TIERRAS INDÍGENAS O COMUNIDADES INDÍGENAS

EL CONVENIO OIT N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES Y LOS PROYECTOS ELÉCTRICOS UNA REVISIÓN A LA JURISPRUDENCIA

ALVARO ARAYA IBÁÑEZ*

INTRODUCCIÓN

El propósito de este estudio es analizar la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos, en sede de protección constitucional, respecto del alcance y aplicabilidad de los procedimientos de participación de comunidades indígenas cuando éstas se vean afectadas por proyectos de inversión en generación o transmisión eléctrica. Para ello se efectuará primeramente un análisis de la regulación aplicable, incluyendo el Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Ley Indígena (ley 19.253) y la normativa reglamentaria respectiva, concluyendo con la identificación precisa de las características que deben cumplir los procedimientos de consulta, de acuerdo a la referida regulación. Luego de dicho análisis contextual, se estudia el contenido de 4 fallos ejecutoriados, en busca de indicios de alguna línea jurisprudencial clara y definitiva respecto del tema.

I. LA REGULACIÓN APLICABLE

1. El Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,¹ de La Organización Internacional del Trabajo, fue promulgado como ley de la República mediante el Decreto 236 de fecha 2 de octubre de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y entró en plena vigencia el día 15 de septiembre de 2009. Dicho instrumento constituye uno de los cuerpos legales fundamentales del Derecho Internacional Indígena, y tiene por finalidad declarada mejorar las condiciones de vida de los 5.000 pueblos indígenas y tribales que existen en el mundo y que representan una población de aproximadamente 370 millones de personas, repartidos por más de 70 países.² Su tramitación en Chile duró casi 20 años.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Finanzas, Universidad de Chile. Socio de Novoa & Araya Abogados.

¹ En adelante esta normativa se referirá como el “Convenio 169” o simplemente el “Convenio”.

² MONTT y MATTA, Una Visión Panorámica Al Convenio OIT 169, Estudios Públicos, 121 (verano 2011), pág. 138. Misma página: “*El Convenio fue aprobado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989, y entró en vigencia en 1991 luego de transcurridos*”

El Convenio está diseñado para reconocer derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas, especialmente el principio de libre determinación. Ello se manifiesta en su preámbulo, que reconoce “*las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*”.³ Por su parte, el artículo 7.1 del Convenio 169 dispone que “*Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*”

Una nota muy relevante del Convenio es la preocupación por la integridad social, cultural y económica, y la preservación de las formas de vida propias de las comunidades indígenas.⁴ Para dichos efectos, el Convenio establece el derecho a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado, respecto de iniciativas que puedan afectar dichas condiciones.

En efecto, el Artículo 6.1 del Convenio dispone, en lo relevante para nuestros efectos, que “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. Se aclara en el mismo artículo que “*Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*”⁵

Asimismo, el Convenio reconoce importantes derechos colectivos a los pueblos indígenas en lo relativo a sus “tierras”. El Artículo 13 señala que “*los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.*”⁶ Por su parte, el Artículo 15 dispone que “*Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*” El mismo artículo define que respecto de los minerales o de los recursos del subsuelo “*los gobiernos deberán establecer o mantener*

doce meses desde su ratificación por Noruega y México en 1990. Hasta fines del 2010, 22 países lo han ratificado, incluyendo 14 naciones latinoamericanas”.

³ Convenio 169, Preámbulo, 5.

⁴ El artículo 5 dispone que al aplicar las disposiciones del Convenio: “*a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.*”

⁵ Los subrayados son añadidos.

⁶ La Sección 2 del mismo artículo aclara que término *tierras* “*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.*”

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, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”⁷

De esta forma, la entrada en vigencia del Convenio 169 introdujo dentro del derecho interno chileno una serie de elementos novedosos, de difícil y discutible aplicación, según veremos. Se encuentra sin embargo fuera del ámbito de discusión el hecho que resulta obligatorio consultar a los pueblos indígenas involucrados, en caso que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, lo que se verificará sin duda cada vez que se someta al sistema de evaluación de impacto ambiental un proyecto de inversión que afecte tierras indígenas. La discusión, como veremos, se centra en los mecanismos para consultar y la procedencia de la consulta, en relación con la “susceptibilidad” de afectación directa a los pueblos interesados.

2. La Ley Indígena N° 19.253 y el Decreto Supremo 124 de MIDEPLAN

La Ley N° 19.253,⁸ que establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, comenzó a regir un poco más de un año antes que el Convenio 169 (el día 9 de mayo de 2008).

Esta ley define quiénes deben considerarse indígenas conforme a tres criterios: relación con la tierra indígena, apellido indígena y/o rasgos culturales indígenas y autoidentificación como indígena;⁹ dispone que serán consideradas tierras indígenas aquellas que: (i) son actualmente ocupadas en propiedad o posesión por individuos o comunidades indígenas, (ii) las que históricamente han ocupado y poseen las personas y comunidades indígenas, siempre que sean inscritas en el Registro de Tierras Indígenas, (iii) las que no proviniendo de los títulos y modos indicados previamente, se declaren de propiedad de personas o comunidades indígenas por los tribunales de justicia y (iv) las que los indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito de parte del Estado;¹⁰ establece restricciones a la enajenación y gravamen de las tierras indígenas;¹¹ reconoce la costumbre indígena como fuente de Derecho en materia civil y como antecedente para la aplicación de una atenuante o eximente de responsabilidad penal;¹² y, entre otras materias, crea instituciones y mecanismos para la protección y promoción de los pueblos indígenas, destacando la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi).

Para nuestro tema, lo más relevante se encuentra en el artículo 34 de la ley, que dispone que “*Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley*.”¹³

⁷ Los subrayados son añadidos.

⁸ En adelante esta normativa se referirá como la “Ley Indígena”.

⁹ Artículo 2.

¹⁰ Artículo 12.

¹¹ Artículo 13.

¹² Artículo 54.

¹³ El subrayado es añadido.

Dicho artículo 34 fue reglamentado por el Decreto Supremo 124 del 4 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación,¹⁴ que entró a regir el día 25 de septiembre de 2009.¹⁵ En su artículo 1, el DS 124 dejó en claro que su objeto no es regular exclusivamente el artículo 34 de la Ley Indígena, sino que la consulta y la participación en general de los pueblos indígenas. Es así como señala que *“El presente reglamento regula la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la ley N° 19.253. Dicha obligación se materializa en la consulta y la participación de los pueblos indígenas consagradas en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y en el artículo 7 N° 1 oración final del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes...”*.

De esta forma, el DS 124 es el mecanismo elegido por el Estado de Chile para implementar la consulta y participación indígena mandatada por el Convenio 169 y por la Ley Indígena.¹⁶

El artículo 2 del DS 124 define consulta como *“el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar 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 el artículo 4° de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas”*.¹⁷ Los artículos 10 y siguientes establecen los principios aplicables a la consulta, disponiendo que ella debe efectuarse de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias, y con la finalidad 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”*.¹⁸

Sin perjuicio de lo explicado, el artículo 5 aclara 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”*. Se ha entendido que el efecto de dicha norma es, entonces, que los proyectos de inversión que deban someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, efectuarán la consulta indígena, si corresponde, como parte integrante del proceso de consulta ciudadana que establece la referida ley 19.300.

3. Las características de la consulta exigida por el Convenio

¹⁴ En adelante esta normativa se referirá como el “DS 124”.

¹⁵ 10 días después del inicio de vigencia del Convenio 169.

¹⁶ La dictación del DS 124 fue polémica y su potencial aplicación también. Ver pág. 126 de “Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile” (José Aylwin O., Cristóbal Carmona C., Matías Meza-Lopehandía G. (Editor), Hernando Silva N., Nancy Yáñez F., Corrección por Paulina Acevedo M.), Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2a edición revisada y aumentada, Junio de 2010 (www.observatorio.cl). Además, el propio Tribunal Constitucional cuestionó la aplicación, cuando ejerció control preventivo de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 (Sentencia Rol 1050), al declarar que las disposiciones sobre consulta del Convenio 169, una vez que entre en vigor, “pasarán a formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno”.

¹⁷ El subrayado es añadido.

¹⁸ Artículo 12.

Siguiendo a MONTT y MATTA,¹⁹ el procedimiento de consulta establecido por el Convenio 169 presenta las siguientes características destacables: (i) Se trata de un principio inspirador del Convenio; (ii) es un derecho autoejecutable y plenamente justiciable;²⁰ (iii) se aplica exclusivamente respecto de materias que afecten directamente a los pueblos indígenas; (iv) debe verificarse respecto de medidas administrativas y legislativas, nacionales o regionales, incluida la actividad de todos los órganos integrantes de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, concentrada y desconcentrada, y las municipalidades y empresas del Estado; (v) no obliga directamente a los privados; (vi) no se traduce en un derecho a veto, salvo tratándose del caso de consentimiento previo, libre e informado; (vii) debe realizarse de buena fe y por medio de procedimientos apropiados; (viii) implica un poder de negociación; (ix) la forma concreta que adopte la participación queda entregada a cada Estado; (x) innova respecto al derecho a la participación contemplado en la Ley Indígena, siendo más favorable a los pueblos indígenas que el derecho equivalente previamente reconocido por nuestro sistema legal.

De las señaladas características, una de las más interesantes es aquella que se refiere a la necesidad de que las medidas sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Por un lado, el regulador internacional es muy exigente respecto de la naturaleza de la afectación, descartando impactos meramente indirectos; por el otro, el regulador no requiere certeza de la afectación, sino que basta con que exista susceptibilidad o probabilidad de ella. Claramente, será una materia de determinación casuística, no exenta de dificultades.

Otra característica interesante se refiere a la rectitud de la consulta, a la buena fe con la que se desarrolla. Ello significa que las consultas deben efectuarse de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad real de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Ello no implica que la comunidad goce de un derecho a veto, pero tampoco implica que se efectúe de manera tal que sea un mero trámite desprovisto de la seria intención de obtener la opinión informada de los pueblos indígenas. No hay obligación de resultado (obtener el acuerdo), pero sí de medios (intentar alcanzarlo).

II. LA JURISPRUDENCIA

Una vez contextualizado el tema, nos abocaremos ahora a analizar someramente algunos fallos de nuestros tribunales superiores, correspondientes a acciones de protección, respecto de la aplicabilidad del Convenio 169 a proyectos de inversión eléctrica, de generación y transmisión. Nuestro propósito será determinar si nuestros tribunales han sido capaces de desarrollar una línea jurisprudencial clara y definitiva respecto del alcance, límites y condiciones de la obligación de consultar a los pueblos indígenas tratándose de estos proyectos de inversión.

Dado que el Convenio ha regido sólo por 3 años, la jurisprudencia es escasa. Del universo de sentencias, revisaremos en lo que sigue sólo las que, a nuestro juicio, revelan de mejor manera ciertas líneas

¹⁹ Págs. 190 y ss.

²⁰ Ello, porque el Convenio 169 es un tratado de derechos humanos y, como tal, es autoejecutable conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución. Montt y Matta aseguran que *“los tribunales nacionales tendrán competencia para pronunciarse sobre aquellas medidas que, afectando directamente a los pueblos indígenas, no han contado con su participación en sentido genérico en los términos del Convenio 169. Así, por ejemplo, los tribunales ordinarios podrán eventualmente decretar la nulidad de aquellas decisiones administrativas que no han contado con la participación indígena y el Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una ley que no haya sido consultada a las comunidades interesadas.”* (pág. 190).

jurisprudenciales. Dado que la problemática del Convenio 169 dice relación con cualquier proyecto de inversión que afecte derechos o intereses indígenas, y considerando también la escasez de fallos, uno de los fallos analizados no se referirá a un proyecto eléctrico. Revisaremos los fallos en estricto orden cronológico, con la finalidad de intentar descubrir algún tipo de evolución en los mismos.

1. Causa RIT 8304-2009, Protección, Corte de Apelaciones de Santiago (Septiembre 28, 2009)

En esta causa, los recurrentes (de la etnia mapuche) accionaron de protección en contra del Ministerio de Minería, solicitando la nulidad de la licitación pública para concesiones de exploración de energía geotérmica denominada "Sollipulli" (para la potencial instalación de plantas de generación de energía), por afectar tierras indígenas y lugares de uso ancestral mapuche, sin cumplir con las normas especiales de participación indígena en los términos que exige la Ley N° 19.253 y el Convenio 169 de la OIT. Se argumentó que las concesiones licitadas, que cubren 48.400 hectáreas, ubicadas en la región cordillerana de la IX Región, comprenden dentro de su perímetro a comunidades indígenas mapuche pehuenche que han habitado y usado los mismos territorios licitados de manera ancestral, y que la licitación se ha llamado sin la participación previa de las comunidades mapuches afectadas.

El Ministerio señaló respecto de la aplicación del Convenio 169, que éste había entrado en vigencia para Chile recién el 15 de septiembre de 2009 (13 días antes de la acción de protección) y que el Estado de Chile se encontraba trabajando en el estudio del mismo, con miras a una eficaz implementación de las reformas legales y administrativas que sean necesarias para incorporar, en la medida de lo posible, los procedimientos de consulta y participación tendientes a cumplir con los estándares dispuestos en el Convenio 169. Señala, por último, que el Ministerio de Minería tiene la convicción de que ha actuado razonable, fundada y responsablemente, al amparo de la legislación vigente.

La Corte rechazó el recurso. Para ello, declaró que *“de la sola lectura del recurso de protección deducido por el recurrente, se desprende que lo que solicita es que se declare que la licitación pública para concesiones de exploración de energía geotérmica denominada "Sollipulli", por cubrir tierra indígena y lugares de uso ancestral mapuche, debe supeditarse a las normas especiales de participación indígena en los términos que exige la Ley N° 19.253 y el Convenio 169 de la OIT”,²¹ y que la Corte “no puede emitir pronunciamiento sobre un llamado a licitación que al momento de entablarse el presente recurso no es otra cosa que eso, un mero proyecto que está siendo evaluado por el organismo competente”²² (SIC).*

Este fallo es destacable especialmente por su pobreza argumentativa. A pesar de que el Convenio 169 estaba a la sazón plenamente vigente, la Corte no elabora ningún argumento respecto de la exigibilidad de los procedimientos de consulta indígena que el recurrente invocó. Probablemente no se cumplía en la especie la afectación directa que exige el Convenio, o ello no podía ser conocido por la Corte en sede de protección. Probablemente la etapa en la que se encontraba la “medida administrativa” podría considerarse como demasiado germinal como para gatillar el proceso de consulta. Pero ello no justifica, en nuestra opinión, que la Corte de Apelaciones de Santiago no analice debidamente el estatuto aplicable que invocó el recurrente.

2. Causa RIT 4078-2010, Protección (segunda instancia), Corte Suprema Tercera Sala (Constitucional), Octubre 14, 2010

²¹ Considerando Quinto.

²² Considerando Séptimo.

Se discute en esta causa si la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia", cuyo titular es la empresa "Celulosa Arauco y Constitución S.A.", cumplió o no con las exigencias y propósitos que el N°2 del artículo 6 del Convenio 169 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"*.

La Corte Suprema entendió que la realización de seis talleres de información ambiental, en la Junta de Vecinos Estación Mariquina, Junta de Vecinos Mississippi y Comunidad Indígena Luefumaco, Junta de Vecinos Sector Yeco, Junta de Vecinos Valle del Río en Mehuín y en las Comunidades Indígenas Sector Maiquillahue, sumados a tres "casas abiertas" o exposiciones en la sede de la Junta de Vecinos Estación Mariquina, en la Escuela El Yeco y en la sala de reunión del Cuerpo de Bomberos de Mehuín, y la recepción de ciento ochenta observaciones ciudadanas, satisficieron las exigencias del Convenio 169. Ello porque *"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"*²³.

Agrega que si bien 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, *"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... Lo anterior significa que los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía"*²⁴. En ese orden de ideas, expresa que debe concluirse *"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."*

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien fue de la opinión de que debía ordenarse la repetición del proceso ambiental porque *"en su criterio no obstante las formas, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT"*²⁵. Los fundamentos del Ministro disidente fueron, textualmente, los siguientes:

"1.- Todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente

²³ Considerando Undécimo.

²⁴ Considerando Segundo.

²⁵ Voto de disidencia.

son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida;

2.- *Para asegurar lo anterior, el artículo 4° del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas. Tal modalidad no implica sujetar la decisión de estos asuntos sólo al parecer de las minorías étnicas afectadas, ni menos limitar la potestad de administrar a las autoridades públicas sino, únicamente, buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan. Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo 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. Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente;*

3.- *Tal proceder no es el que se reseña en el motivo décimo del fallo de la mayoría, porque no se encuentran acreditadas las condiciones que se acaban de indicar, toda vez que de los antecedentes recogidos no deriva que el proceso ambiental haya considerado elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama;*

4.- *Así las cosas, la decisión atacada incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere.*

Tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica "no igualar" para los efectos de resolver."²⁶

Como puede apreciarse, esta sentencia es muy relevante.

Por un lado, desarrolla y acoge la tesis de que el procedimiento de participación ciudadana 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. Asimismo, parece argumentar que una interpretación distinta, que exija un procedimiento diferente al de participación ciudadana normal de la ley de medio ambiente, implicaría una suerte de discriminación inaceptable en favor de un grupo (los indígenas) sobre la generalidad de la nación chilena. Por el otro, el voto disidente refleja prístinamente la contra argumentación disponible.

Si bien, el primer argumento del voto de mayoría ha tendido a perseverar (la identificación de los dos procedimientos de consulta, el ambiental con el indígena), la claridad y certeza de los argumentos del voto disidente proporciona un marco analítico utilizable para quienes deseen desafiar judicialmente en el futuro la línea argumental actual.

En especial, parece tener peso el argumento del disidente respecto de que la normativa indígena exige que la consulta se efectúe "desde la particularidad indígena", considerando mecanismos específicos que tengan el potencial de proteger los intereses de tales minorías. Los procesos de participación ciudadana generales de la Ley

²⁶ Voto de disidencia (los subrayados son añadidos).

de Medio Ambiente no parecen estar diseñados para esos efectos, máxime si en ningún caso esos procesos tienen por finalidad declarada, como la consulta indígena, el llegar a un acuerdo, y no meramente informar adecuadamente para que la ciudadanía pueda ejercer su derecho de formular observaciones y eventualmente reclamar por alguna ilegalidad, como es el procedimiento reconocido en el artículo 26 de dicha ley.

3. Causa RIT 401-2010, Protección (primera instancia), Corte de Apelaciones de Concepción, Diciembre 1, 2010

En esta causa se recurre en contra de la Resolución Exenta N° 147 de 24 de julio de 2010, dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VIII Región del Bio Bio, que calificó favorablemente el proyecto "Mini-Central Hidráulica Cayucupil" de la empresa Hidroeléctrica Cayucupil Ltda, por haberse infringido el Convenio N° 169 y la ley indígena N° 19253, invocándose el incumplimiento del deber de consultar a los pueblos indígenas que pueden ver afectado su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.

La recurrida sostiene que el deber de consulta contenido en el Convenio N° 169 de la OIT no es aplicable a su proyecto, ya que el procedimiento de Declaración de Impacto Ambiental al cual se ajustó no lo contempla.

La Corte acoge el argumento de la recurrida, en el sentido de entender que sólo los proyectos sometidos a Estudio de Impacto Ambiental, y no a una mera Declaración de Impacto Ambiental, son los que deben sujetarse al sistema de consulta ciudadana, según el artículo 26 de la Ley 19.300, mecanismo que la Corte identifica con la consulta requerida por el Convenio 169. Dado que la Corte no vislumbra ninguna razón por la cual el proyecto en cuestión debería someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, rechaza simplemente la acción.

En apoyo a su decisión, explica que su conclusión sería únicamente debatible si se estima, siguiendo la tesis de los recurrentes, que *"la ley 19.300 sobre Bases de Medio Ambiente ha sido modificada por el citado Convenio y en consecuencia se ha impuesto un nuevo requisito, ahora bajo la fórmula de un derecho fundamental"*²⁷; pero que ello *"no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico contempla"*²⁸, lo que (se entiende) excedería el ámbito de un *"mecanismo de amparo constitucional, de carácter cautelar y urgente" como la acción de protección*²⁹. Por lo demás, agrega, *"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, en que no se contempla un sistema probatorio sujeto a la contradicción de los interesados, para decidir un conflicto satisfaciendo el estándar de un proceso racional y justo. En estas condiciones el recurso no puede prosperar"*³⁰.

Esta sentencia de la Corte de Concepción es destacable porque profundiza la línea jurisprudencial anterior, en el sentido de que el procedimiento de participación ciudadana 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. Lo

²⁷ Considerando Octavo.

²⁸ Considerando Noveno.

²⁹ Ídem.

³⁰ Considerando Décimo.

profundiza, en efecto, porque no se contenta con efectuar dicha identificación sino que además argumenta que, por la misma razón, cuando un proyecto está afecto sólo a Declaración de Impacto Ambiental, no sólo no se le aplica el procedimiento de participación ciudadana de la Ley de Medio Ambiente (que se reserva para aquellos proyectos que requieren Estudio de Impacto Ambiental), sino que se los exime también de la consulta exigida por el Convenio 169 y la Ley Indígena. Debe entenderse (no existe otra interpretación), que la Corte considera que aunque exista afectación directa a pueblos indígenas (que es el único requisito que exige el Convenio 169 para que sea aplicable la consulta), no deberá consultarse porque el Convenio 169 se habría integrado al derecho interno chileno mediante la Ley de Bases del Medio Ambiente y no sería individualmente aplicable. Esta tesis va en contra de la decisión expresa del Tribunal Constitucional, aludida más arriba.³¹

Por último, la Corte declara con alguna candidez que la solución de una cuestión interpretativa respecto a una pretendida colisión normativa entre el Convenio 169 y la Ley de Bases del Medio Ambiente, excedería los límites de la acción de protección. Asumiendo, entonces, que sólo en un juicio de lato conocimiento podría afrontarse la “titánica” tarea de determinar el derecho aplicable si debe resolverse alguna antinomia normativa.

4. Causa RIT 10090-2011, Protección (segunda instancia), Corte Suprema, Marzo 22, 2012

En esta causa, la Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique recurre de protección en contra de la Resolución Exenta N° 373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, que calificó favorablemente el proyecto "Parque Eólico Chiloé". Básicamente, denuncia que dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al artículo 11 de la Ley N° 1, y no de una mera Declaración de Impacto Ambiental, ya el proyecto afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas (asentamiento de comunidades indígenas Huilliches, área declarada zona o centro de interés turístico nacional, existencia de monumentos históricos y zonas típicas ubicadas dentro del área de influencia del proyecto). Por lo mismo, la recurrente denuncia también que la resolución de calificación ambiental no ha cumplido con el procedimiento de consulta que exige el Convenio 169.

La Corte Suprema, en primer lugar, declara que existe una contradicción entre la resolución que califica favorablemente el proyecto en cuestión, cuando manifiesta que el proyecto no genera ni presenta ninguno de los efectos, características o circunstancias que exigirían que se prepare un Estudio de Impacto Ambiental (según artículo 11 de la Ley N°19.300), y los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto en los antecedentes con que contaba el organismo.³² Dichos antecedentes, dice la Corte, que dan cuenta de la existencia de 18 sitios arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto *“debieron ser consideradas para someter el referido proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental para así dar cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4° dispone la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos”*.³³

³¹ Ver nota 16.

³² Considerandos Sexto y Séptimo.

³³ Considerando Séptimo.

En segundo lugar, la Corte descarta de plano que las instancias de participación que se aducen en la Declaración der Impacto Ambiental, consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, sean equivalentes o puedan “*satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad*”.³⁴

Concluye la Corte, como preámbulo a su decisión de dejar sin efecto la resolución de calificación ambiental impugnada, haciendo un llamativo reproche: “*Es decir, la autoridad administrativa recurrida determina el asentamiento de un proyecto en un lugar donde se encuentran hallazgos arqueológicos de una cultura originaria, prescindiendo de la participación y cooperación de ésta para determinar las mejores medidas que se puedan adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural*”³⁵..

Este fallo presenta varias características relevantes.

En primer lugar, es el único de los analizados que impone derechamente la obligación de la consulta del Convenio 169. Y lo hace enfáticamente, poniendo de relieve los fines de dicho Convenio y los bienes jurídicos que protege. En su considerando quinto, por ejemplo, declara que el Convenio 169 establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, “*un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.*”³⁶ En este aspecto, esta sentencia contrasta singularmente con el lenguaje utilizado por la misma Corte en la sentencia comentada en el numeral 2 anterior, que enfatiza por el contrario los límites de los derechos conferidos a los pueblos interesados, los que “*al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía*”³⁷. Y, asimismo, es análogo al empleado por el voto disidente de esa sentencia.³⁸

En segundo lugar, esta sentencia confirma el criterio jurisprudencial anterior, en el sentido de que el procedimiento de participación ciudadana 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.

Por último, es destacable que este fallo haya abordado derechamente el tema de si se cumplían o no en los hechos los requisitos que exige la ley ambiental para que corresponda un Estudio y no una Declaración de Impacto Ambiental, y de paso si existe o no la “afectación directa” que exige el Convenio 169. Si bien la situación era bastante obvia, porque la propia Declaración de Impacto Ambiental daba cuenta de los 18 hallazgos

³⁴ Considerando Octavo.

³⁵ Considerando octavo. El subrayado es añadido.

³⁶ El subrayado es añadido.

³⁷ Ver supra II.2.

³⁸ Ídem.

arqueológicos, estaba también disponible el argumento de que la determinación de esos presupuestos fácticos pudiera exceder el ámbito de la acción cautelar y pertenecer a un juicio de lato conocimiento. Afortunadamente, la Corte no tomó el camino fácil.

III. CONCLUSIONES

Dado que la forma en que el Convenio 169 se ha incorporado al derecho interno no es simple ni mecánica (ni ha estado exenta de dificultades y controversias, tal como se explicó), el rol de los tribunales en este caso es especialmente relevante, para entregar alguna certeza jurídica al respecto. Independientemente de que las decisiones de las Cortes puedan ser doctrinariamente discutibles, se advierte cierta línea jurisprudencial en lo siguiente:

- Se ha entendido mayoritariamente que el sistema de consulta ciudadana contemplado en la Ley de Bases del Medio Ambiente para los Estudios de Impacto Ambiental es necesariamente el mecanismo que el derecho interno chileno contempla para satisfacer la obligación de consulta dispuesta en el Convenio 169.
- Por lo mismo, se ha entendido también mayoritariamente que si de acuerdo a la Ley de Bases del Medio Ambiente no procede un Estudio sino que un mera Declaración de Impacto Ambiental, no se exigirá tampoco la consulta del Convenio 169.

Por el contrario, se advierten decisiones contradictorias respecto de la forma y alcance en que materializarse la consulta, ya que para algunos fallos bastan iniciativas casi meramente informativas y sin un foco especial en las comunidades indígenas,³⁹ mientras que para otros,⁴⁰ debe aplicarse una consulta que responda a la particularidad de la comunidad indígena de que se trate, con una clara intención de lograr un acuerdo y no solamente informar respecto de las características del proyecto. Debido a la escasez de fallos, dada la reciente vigencia del Convenio 169, tampoco es posible advertir tendencias jurisprudenciales claras respecto de las demás materias discutibles, entre ellas, la determinación fáctica del tipo de afectación requerido para gatillar el deber de consulta, y el alcance del lenguaje concreto del Convenio cuando señala que basta la susceptibilidad de la afectación y no la certeza de ella.

Habrá que esperar que tanto la jurisprudencia como la doctrina terminen de desarrollar pronto un conjunto claro de criterios de aplicación de la consulta a los pueblos indígenas exigida por el Convenio 169, otorgando así la certeza jurídica que reclama la comunidad empresarial.

³⁹ Fallo analizado en el acápite II. 2., supra.

⁴⁰ Fallo analizado en el acápite II. 4. y voto disidente del fallo analizado en acápite II. 2, supra.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AYLWIN O., José; CARMONA C., Cristóbal; MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías (EDITOR); SILVA N., Hernando; YÁÑEZ F., Nancy; y ACEVEDO M., Paulina (Corrección). “*Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*”. Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2a edición revisada y aumentada, Junio de 2010. Disponible en: [http:// www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl) /> [fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio y SEEGER CAEROLS, Carolina. “Derecho Eléctrico”. AbeledoPerrot, Legal Publishing, Santiago 2010.

MONTT OYARZÚN, Santiago y MATTA AYLWIN, Manuel. *Una Visión Panorámica Al Convenio OIT 169*, Estudios Públicos, 121 (verano 2011). Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4767.../rev121_SMontt_MMatta.pdf [fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Protección, Causa RIT 8304-2009, Septiembre 28, 2009). Cita Online: CL/JUR/2190/2009 [fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Protección, Causa RIT 401-2010, Diciembre 1, 2010. Cita Online: CL/JUR/10304/2010 [fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

CORTE SUPREMA, Protección, Causa RIT 4078-2010, Octubre 14, 2010. Cita Online: CL/JUR/8237/2010 [fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

CORTE SUPREMA, Protección, Causa RIT 10090-2011, Marzo 22, 2012. Cita Online: CL/JUR/693/2012 [fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 1050, Control Preventivo de Constitucionalidad del Convenio 169, Disponible en <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=13048&prmTIPO> [fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I.- LA REGULACIÓN APLICABLE.....	1
1. El Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	1
2. La Ley Indígena N° 19.253 y el Decreto Supremo 124 de MIDEPLAN.....	3
3. Las características de la consulta exigida por el Convenio.....	5
II.- LA JURISPRUDENCIA.....	6
1. Causa RIT 8304-2009, Protección, Corte de Apelaciones de Santiago (Septiembre 28, 2009).....	6
2. Causa RIT 4078-2010, Protección (segunda instancia), Corte Suprema, Octubre 14, 2010.....	7
3. Causa RIT 401-2010, Protección (primera instancia), Corte de Apelaciones de Concepción, Diciembre 1, 2010.....	9
4. Causa RIT 10090-2011, Protección (segunda instancia), Corte Suprema, Marzo 22, 2012.....	11
III.- CONCLUSIONES.....	13
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	14
JURISPRUDENCIA CITADA.....	14
ÍNDICE.....	15