

Índice de Abreviaturas

CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte	IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile.

Hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas

-Cristóbal Gonzalo Carmona Caldera*-

Introducción:

Pueblos indígenas, proyectos de inversión y el derecho a consulta

The need for sensible multicultural measures arises out of dilemmas generated by imperfect reality. They represent the least worst policy, not a triumphal new discovery

Joseph Raz, *How Perfect Should One Be? And Whose Culture Is?*

Rodrigo Egaña, ex Comisionado Presidencial para asuntos indígenas en Chile, indicaba que al año 2008, las demandas históricas de los pueblos indígenas eran de tres tipos: la necesidad de reconocimiento de derechos políticos; la necesidad de acceso a la tierra; y la necesidad de protección frente a proyectos de inversión que afecten sus territorios o áreas en las cuales tienen tierra y habitan¹.

Si bien estas tres demandas se encuentran interrelacionadas y descansan en mayor o menor grado en la relación especial que estos pueblos tienen con sus tierras –en tanto la tierra funciona en un contexto de reproducción no solo material sino también cultural-, la adopción en el país de un modelo económico de fomento de proyectos de inversión de carácter productivo o extractivo, ha

* Abogado de la U. de Chile, Magíster en Estudios Filosóficos (UAH) y Magíster en DDHH y Democratización (UNSAM). Actualmente de desempeña como profesional externo del Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, docente de pregrado en la Universidad Católica de Temuco y de postítulo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y como abogado especialista en temas ambientales-indígenas en la consultora chileno-canadiense TECO Group.

¹ Egaña Baraona, Rodrigo. Las Políticas Públicas en tiempos de crisis. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N°49., 2009, p. 2.

hecho que la última de las demandas señaladas por el ex - Comisionado Presidencial, sea aquella cuya solución actual resulta imperativa. La sencilla ecuación de que, junto a los menores costos relacionados a materia laboral y carga impositiva, los bajos estándares medioambientales facilitan la inversión, ha hecho que la protección normativa en esta materia –especialmente en lo que se refiere a la dimensión sociocultural del medio ambiente, que es la que comprende la relación de los pueblos indígenas con su territorio- sea deficitaria. La justicia ambiental, tanto en términos de acceso, estructura y resultado, presenta similares falencias². Las evaluaciones sobre estos tópicos hechas en cuatro foros distintos de derechos humanos –EPU, CAT, CERD, Relatoría Especial para pueblos indígenas, son decidoras al respecto³.

Ante este panorama, y considerando la evolución que venía experimentando en las últimas décadas –dada principalmente por la existencia del Convenio 169 de la OIT, la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte CIDH sobre los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales⁴- se buscó que fuese el derecho internacional el que garantizara los derechos fundamentales de las comunidades indígenas cuyos territorios se veían amenazados por proyectos de inversión. Dentro de este marco normativo, el derecho a consulta –contemplado preferente pero no exclusivamente en el Convenio 169- se entendió como una herramienta fundamental para la consecución de dicho objetivo. En su art. 6 se contiene este deber general de consultar:

1.a) [los gobiernos deberán] 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.

² Para un estudio acotado de la jurisprudencia en materias ambientales-indígenas, se puede revisar Castro Lucic, M. y Vergara Montoya, J. (Eds.). *Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y Legislación*. Santiago: Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia/Programa de Estudios en Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009, pp. 117 y ss.

³ Observatorio Ciudadano (Comp.). *Los derechos humanos en Chile: la evaluación de la sociedad civil, los pueblos indígenas y las Naciones Unidas*. Temuco: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2009.

⁴ Para sus primeras discusiones en el seno de Naciones Unidas, véase Barsh, Russell. Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law. *The American Journal of International Law*, Vol. 80, N°2, 1986, pp. 369-385. Para un enfoque sumario de la evolución del derecho internacional en este tópico Cfr. Aylwin, José. “El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas”. Aylwin, J. [et al.]. *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Segunda edición revisada y aumentada. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 2011, pp. 9-20. Bibliografía sobre el tema respecto a derechos específicos será señalada en el cuerpo de la tesis.

2. Las consultas llevadas a cabo en la 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.

En cierto sentido, la ecuación también era sencilla: de igual manera que existe un Estado de Derecho Constitucional al que están compelidos a cumplir todos los órganos del Estado, existe un Estado de Derecho Internacional formado por todas aquellas normas y tratados de derechos humanos ratificados por los Estados, a los que voluntariamente se someten y cuyo cumplimiento es ineludible⁵. Ergo, ratificación del Convenio, aplicación del derecho a consulta y protección del territorio indígena.

Claramente, el resultado no ha sido el esperado. El sistema jurídico-político chileno contiene una serie de dificultades que deben enfrentar los tratados de derechos humanos para ser aplicados, lo que ha hecho que, a casi ya 5 años desde su aprobación por el Congreso, todavía la “brecha de implementación” sea considerable. Ahora bien, no se puede ignorar que los gobiernos de turno han tenido gran responsabilidad en ello. Situaciones como la intención de aprobar el Convenio con “declaraciones interpretativas” que le restasen efecto a algunas de sus disposiciones; la dictación del DS 124 de MIDEPLAN, que reconduce los procesos de consulta en los proyectos de inversión a la participación ciudadana; o, más claro aún, el simple hecho que la autoridad ambiental haya optado por aplicar la Ley 19.300 sin ninguna referencia al Convenio 169 al momento de calificar ambientalmente los proyectos de inversión, parecen sugerir que es la falta de voluntad política por parte del poder ejecutivo, la que ha impedido la completa aplicación del derecho a consulta. Después de todo, si es el gobierno el principal sujeto obligado por el Convenio, y si estas obligaciones le suponen algún tipo de erogación monetaria, desviación de su programa político, o, en fin, algún tipo de carga que le parezca gravosa, éste tiene fuertes incentivos para no cumplir sus obligaciones. En el primer capítulo de esta tesis, expondré con algo de detalle la posición del ejecutivo, intentando mostrar la insuficiencia de un esquema basado en la sola presencia del gobierno como factor de internalización de las normas de derechos humanos.

⁵ “Essentially, the rule of law in the international realm constrains the administration not in the way that domestic law constrains an individual, but in the way that domestic law constrains a lawmaker. Governments are bound in the international arena, as in any arena, to show themselves devoted to the principle of legality in all of their dealings. They are not to think in terms of a sphere of executive discretion where they can act unconstrained and lawlessly”. Waldron, Jeremy. *The Rule of International Law. Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol 30, N°1, 2007, p. 26.

Ante ello, la respuesta clásica –basada también en alguna noción del *rule of law*⁶- es recurrir al poder judicial para revisar la legalidad de los actos de la Administración, tal como lo expone, no sin ironía, Fernando Atria:

Los derechos humanos representan límites a través de los cuales los ciudadanos pretenden mantener a raya el Leviathan. Por consiguiente la determinación del contenido y la protección de esos límites no puede quedar entregada al Leviathan mismo. Ergo, juridificación. La juridificación parece ser la única manera de garantizar los bienes que justifican los derechos humanos, porque es la única manera de asegurar la sujeción de la conveniencia a la justicia, de la ideología a la neutralidad, de los intereses sectoriales a la objetividad, de la política al derecho⁷.

De esta forma, ante la actitud del ejecutivo de no hacer procedente la consulta en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, argumentando que ya se entendía cumplida con la participación ciudadana regulada en los arts. 26 y ss. de la ley 19.300, comunidades indígenas de todo el país entablaron recursos de protección –lo que se conoce como acción de tutela o amparo en otros ordenamientos- ante los Tribunales Superiores de Justicia, buscando invalidar las autorizaciones ambientales favorables a proyectos industriales –hidroeléctricas, prospecciones mineras, construcción de carreteras, etc.- por haber sido aprobados sin la realización de la consulta.

A ya tres años de comenzado dicho proceso, aun cuando últimamente se han registrado avances, no se puede decir que esté exento de problemas, los que exceden a la mera negativa de los jueces a las demandas de los pueblos indígenas. Por ejemplo, piénsese en la hipótesis de interpretación de las comunidades respecto de las relaciones entre consulta y participación ciudadana de la Ley 19.300, en donde la primera es diferente que la segunda, y debiese primar sobre ella. Al respecto, si tenemos en cuenta que se sostiene la autoejecutabilidad de la consulta ¿Significa esto que las normas dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, y que contengan disposiciones contrarias, quedan automáticamente derogadas? ¿Son competentes las cortes para, a través del control de constitucionalidad difuso realizado en los recursos de protección, declarar inválida, aunque sea para el caso concreto, una norma dictada por el Congreso? ¿Es esto lo que está ocurriendo, al menos parcialmente, con la Ley 19.300? Y si es así, ¿Cuáles son las implicancias que ello tiene respecto del principio de división de poderes, el Estado de Derecho y la misma democracia? Esto lo abordaré en el capítulo II.

⁶ En este trabajo equipararé *Rule of Law*, al Estado de Derecho formal.

⁷ Atria, Fernando. *Ubi ius, ibi remedium?* La relevancia jurídica de los derechos humanos. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°3, 2003, p. 37.

Ahora bien, en las últimas sentencias respecto al tema, la Corte –sea confirmando o revocando los fallos de primera instancia- ha invalidado las autorizaciones ambientales por haberse omitido en ellas la consulta, ordenando la realización de un Estudio de Impacto Ambiental, “cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”. Esta frase, que con leves modificaciones fuese formulada por primera vez por la Corte Suprema chilena en “*Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*” a comienzos del 2010 y que ha sido repetida casi en la totalidad sus decisiones en torno al tema a la fecha, declara que la participación ciudadana de la ley ambiental no basta para asegurar el derecho a Consulta, sino que debe ser complementada por éste.

Aún cuando esto se puede considerar un avance y que la interpretación de la Corte sea correcta –en un sentido, creo que lo es-, lo cierto es que el máximo tribunal no ha determinado –como sí lo ha hecho, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia- qué significa que la participación ciudadana se rija por “los estándares del Convenio N°169”, dejando esta definición en manos de la autoridad ambiental. Sin perjuicio que ésta deba responder a la orden judicial realizando procesos de consulta *ad-hoc* para cada caso, es forzoso –tanto por razones de protección de los derechos como de seguridad jurídica- establecer el alcance y contenido de la consulta en materia de proyectos de inversión a través de una regulación general. Ante ello, surge la necesidad de profundizar sobre el contenido sustantivo del derecho a consulta, i.e., cuáles serían los “estándares del Convenio”, cómo se conjugarían éstos con el procedimiento de “participación ciudadana”, y cuál es el principio hermenéutico que debe guiar la comprensión de este proceso. A ello me avocaré en los capítulos III y IV.

En este orden de ideas, se puede entender el trabajo como dividido idealmente en dos partes: la primera, correspondiente a los capítulos I y II, será una de reconstrucción descriptiva tanto de las posiciones que ha asumido el gobierno, como la variación de la doctrina jurisprudencial de los tribunales respecto de la entrada en vigencia y aplicación del Convenio 169 en Chile, y más específicamente del derecho establecido en su art. 6, *viz.* el derecho a consulta. Lo anterior me permitirá ir delimitando el objeto central de la tesis, cuál es, contribuir a la internalización del derecho a consulta en Chile a través de la precisión del contenido sustantivo de dos de sus elementos.

La segunda sección, conformada por la capítulos III y IV, tendrá por finalidad la orientación normativa del debate sobre el contenido de la consulta, profundizando en el significado y las posibilidades de interpretación de dos conceptos contenidos en la definición del art. 6.1 del

Convenio, a saber, por un lado, qué se debe entender por “susceptibilidad de afectación directa” como criterio de procedencia de la consulta, *vis-a-vis* los criterios de procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental, y, por otro, cuál es el contenido normativo y las posibilidades de interpretación del mandato referido a la realización de la consulta a través de las “instituciones interpretativas de los pueblos indígenas”. Cabe agregar que ambos representan dos manifestaciones del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, por lo que la necesidad de su correcta interpretación excede la dimensión puramente procesal del derecho a consulta.

Así, específicamente, en el capítulo I se analizará en dos partes, correspondientes a un periodo previo y uno posterior de la entrada en vigencia del Convenio, las acciones que fue realizando ejecutivo en relación con los efectos del Convenio. En la primera parte de este capítulo se expondrá cómo, ya desde el mensaje presidencial que daba cuenta del Proyecto de Acuerdo y durante la primera etapa de la tramitación legislativa, hay una intención positiva por parte del gobierno de privar de efectos jurídicos al Convenio, a través de “declaraciones interpretativas”, lo que se acentuó con el fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del Convenio y se hizo presente aún hasta el primer depósito del instrumento de ratificación en Ginebra. En la segunda parte, describiré brevemente las dos vías pretendidas por el poder ejecutivo, en su función de administrador, para reconducir el derecho a consulta del Convenio a la Ley 19.300 y su reglamento, de manera de entender cumplido el primero por medio de la participación ciudadana de la segunda. Estas dos vías, además, constituyeron los dos principales argumentos sostenidos por el gobierno al momento de la judicialización.

En el capítulo II, en tanto, presentaré la forma en que la Corte Suprema ha decidido qué cuenta como derecho en lo relativo a la consulta en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Para ello, dividiré la jurisprudencia en tres etapas, según la comprensión que se tuvo de la naturaleza de la obligación contenida en el Convenio, la que transita desde la aceptación por parte del máximo tribunal de la tesis del gobierno, hasta un reconocimiento de la diferencia entre la participación ciudadana y la consulta. Lo anterior me permitirá evaluar desde diversos ángulos las consecuencias que se derivan para el sistema jurídico chileno, de la aplicación judicial de un tratado de derechos humanos que invalida actos administrativos, previa modificación tácita de una ley. Finalmente, me detendré en las consecuencias que puede tener para el Estado de Derecho la falta de regulación de la consulta, con el objetivo específico de que, ante los nuevos proyectos de regulación presentados por la autoridad administrativa, se evidencie la necesidad de profundizar en las definiciones sustantivas de algunos elementos del derecho en análisis. Se identifican, finalmente, dos conceptos cuyo contenido se intentará

delimitar en los próximos capítulos, *viz.*, la “susceptibilidad de afectación directa”, y la obligación de realizar la consulta a través de las “instituciones representativas” de los pueblos indígenas.

Recuérdese que señalé cómo la tesis puede ser entendida idealmente como separada en dos secciones; pues bien, los siguientes dos capítulos de la tesis son parte de aquella sección en donde se pretende una “orientación normativa”. De esta forma, en el III capítulo definiendo una comprensión particular de la “susceptibilidad de afectación directa” que requiere el Convenio, que se opone a aquella restringida que la asocia indefectiblemente con la generación por parte del proyecto de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley 19.300, excluyendo por tanto, la participación de los pueblos indígenas en la determinación de los efectos. En el capítulo IV en tanto, trataré, por un lado, de precisar el papel que le compete al estado en el cumplimiento de la obligación de la realización del deber de consulta por medio de las “instituciones representativas”, y, por otro, abordaré las posibilidades hermenéuticas que aparecen para la autoridad pública ante la constatación de las contradicciones entre el derecho propio indígena y los derechos fundamentales del individuo.

Finalizaré el trabajo con unas breves conclusiones sobre los temas tratados.

Capítulo I:

El gobierno y el Convenio 169 de la OIT: la adecuación de los tratados de derechos humanos a la legislación interna

Nothing but the process is infinite

Borknagar, *Colossus*

El ejercicio de la soberanía, dice la Constitución Política de la República (CPR) de Chile en el inciso 2° del art. 5, reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Los órganos del Estado, continúa el mismo precepto, deben respetar y promover estos derechos, los que se hayan garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Como se sabe, mientras el deber de respeto consagra una obligación negativa por parte del Estado, de abstención de toda acción que afecte los derechos fundamentales, el deber de promover implica acciones positivas que contribuyan a realizar tales derechos⁸; así lo ha afirmado la jurisprudencia en el caso de la *Machi Francisca Linconao*, primer fallo que aplicó el Convenio 169 en Chile:

La palabra Promover, ha encontrado su sonido y significado en la Carta Fundamental. Palabra indicada que ha pasado inadvertida por los operadores del derecho en su real dimensión. La Palabra Promover que es siempre -sin descanso- una actitud positiva (nunca omisiva, negativa, ni desidiosa), es de fomento, de impulso, de creación, de defensa inmediata, de florecimiento, que los

⁸ Marshall Barberán, Pablo. El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 17 N°2, 2010, p. 200.

intérpretes y juristas deben en primera línea considerar al momento de pensar y aplicar los temas y normas sobre derechos humanos⁹.

Asimismo, la Convención Americana, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, en su art. 2 dispone que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Si a estas normas se les suma el art. 18, letra b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, por el cual el Estado se compromete a no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, cuando ha manifestado su consentimiento de obligarse por el mismo, entonces se puede comprender la magnitud del incumplimiento de sus obligaciones internacionales, promovido desde un inicio por el poder ejecutivo, respecto del Convenio 169 de la OIT, tanto en su rol de conductor de las relaciones internacionales del Estado, como posteriormente desde su posición de administrador. En efecto, como se describirá a continuación, la tesitura del ejecutivo respecto del Convenio se sostuvo, ya desde la tramitación de éste, en la tesis de que serían las leyes sectoriales vigentes al momento de la entrada en vigencia del tratado, las encargadas de hacer efectivos los derechos y obligaciones que derivan de éste¹⁰.

Mostrar esto es esencial para nuestro tema, pues expone una de las complejidades mayores que tuvo y tiene la aplicación del Convenio en Chile, como es la posición del principal de los poderes estatales llamado a implementarlo; junto a ello, la descripción propuesta otorga a su vez la perspectiva en oposición a la cual se construyó la narración jurídica de los pueblos indígenas - especialmente respecto a la consulta ante los proyectos de inversión-, y sobre la que tuvieron que decidir los tribunales de justicia, tal cual se verá en el siguiente capítulo.

En orden a lograr el objetivo señalado, dividiré el capítulo en dos secciones, *ex – ante* (I) y *ex – post* (II) entrada en vigencia del Convenio, separando y analizando cada una de ellas según los

⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 16 de septiembre de 2009, causa Rol 1773-2008, caratulados “*Linconao Huircapan Francisca contra Sociedad Palermo LTDA*”, Considerando 3º, confirmada por la Corte Suprema por sentencia de 30 de noviembre de 2009, Rol 7287-2009.

¹⁰ Cfr. Contesse, J. y Lovera, D. “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento”. *Anuario de Derecho Público 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, p. 128.

matices que fue adquiriendo la actitud del ejecutivo, y las acciones a través de las cuales se iba concretando dicha actitud. Así, en (I) comenzaré por exponer cómo, ya desde el mensaje presidencial que daba cuenta del Proyecto de Acuerdo y durante la primera etapa de la tramitación legislativa, hay una intención positiva por parte del gobierno de privar de efectos jurídicos al Convenio, a través de declaraciones interpretativas (I.I.); luego, centraré mi atención en dos argumentos que el fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del Convenio proporcionó al ejecutivo (I.II), para terminar esta parte con una sucinta exposición de un último intento de limitar las consecuencias normativas de la entrada en vigor del tratado, específicamente respecto de los alcances de su art. 35 (I.III). En (II), y ya adentrándome en el tema central de esta tesis, cual es, el derecho a consulta ante los proyectos de inversión, describiré brevemente las dos vías pretendidas por el poder ejecutivo, en su función de administrador, para reconducir dicho derecho a la Ley 19.300 y su reglamento (II.I. y II.II), las que constituyen además los principales argumentos esgrimidos por este actor al momento de la judicialización del conflicto.

I. Ex – ante: la inaplicabilidad general del Convenio

I.I. El Proyecto de Acuerdo y la lógica de las declaraciones

Desde la entrada en vigencia del Convenio, la autoridad ambiental –previa a la reforma del año 2010, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMA), actualmente el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Comisión de Evaluación-, en materia de proyectos de inversión, a partir de una “interpretación armónica” del Convenio, la Ley Indígena y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, ha sostenido una interpretación en donde es la participación ciudadana de la Ley 19.300 el instrumento encargado de llevar a cabo al consulta. Pues bien, lo cierto es que esta narrativa se puede encontrar tan temprano como en la primera etapa de tramitación legislativa. Baste para ello mencionar dos antecedentes. El primero se encuentra en el “Proyecto de Acuerdo” relativo al Convenio, enviado por el gobierno Patricio Aylwin al Congreso, a finales de 1990. En éste, luego de precisar que en temas laborales y educacionales las normas del Convenio ya se encontraban incorporadas en la legislación interna, se coloca en la hipótesis de la existencia de normas cuyo contenido pueda ser incompatible con reglas domésticas –v.gr., la parte II del Convenio, relativa tierras-; ante ello, en vez proponer que la forma de abordar dichas “incompatibilidades” sea por medio de la adecuación de las disposiciones internas a los estándares del Convenio, expresa que se hará a través de “sendas declaraciones” que permitan

precisar “las condiciones en que una determinada norma convencional deberá ser interpretada o aplicada”¹¹.

Lo cierto es que el Mensaje no da mayores luces sobre el contenido específico de estas declaraciones, pero la naturaleza misma de éstas¹² dejaba en claro que el Estado chileno buscaba exceptuarse de algunos efectos jurídicos del Convenio. En ese sentido, ya en 1999, en medio de la tramitación en la Cámara de Diputados, el gobierno expresa que haría una declaración en donde se disponga que:

[...] la ley N° 19.253, publicada en el Diario Oficial de la República de Chile, de 5 de octubre de 1993, tiene por objeto precisamente resguardar los derechos de los indígenas, de manera que mediante dicho cuerpo legal se está dando cumplimiento a los objetivos que persigue el Convenio¹³.

Bajo tal sesgo interpretativo –viz., la legislación interna no se adapta al Convenio, si no al revés–, la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del Convenio, el año 2000, vino a proporcionar argumentos para solventar dicha tesis.

I.II. El Tribunal Constitucional y la no autoejecutabilidad general del Convenio

Luego de que en abril del año 2000 la Cámara de Diputados aprobase el “Proyecto de Acuerdo” por 72 votos a favor, 3 en contra y 11 abstenciones, el día 7 de julio del mismo año, un grupo de 31 diputados presentaron un requerimiento de inconstitucionalidad ante el TC en conformidad al antiguo artículo 82 N° 2 de la CPR, con el objeto de que éste declarara la inconstitucionalidad general –por no haber sido aprobado en la Cámara de Diputados con rango de Ley Orgánica

¹¹ Gobierno de Chile. *Proyecto de acuerdo relativo al convenio n° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la organización internacional del trabajo, el 27 de junio de 1989*. Boletín n° 233-10, 21 de diciembre de 1990, p. 3.

¹² La Convención de Viena expresa al respecto: “1.d) se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización”. Aunque técnicamente se sostenga que las diferencias entre “reservas” y declaraciones interpretativas”, en la práctica la diferencia no es mucha.

¹³ Cámara de Diputados. *Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana recaído en el proyecto de acuerdo aprobatorio del convenio n° 169, de la organización internacional del trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Boletín n°233-10. 19 de octubre de 1999, p. 10. Esta referencia se menciona en Correa, Rodrigo. *Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la OIT*. Documento de Trabajo. Santiago: Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación, 2002, p. 3.

Constitucional (LOC), y por contravenir las Bases de la Institucionalidad- y particular del Convenio 169. En la sentencia recaída sobre dicho requerimiento¹⁴, operando bajo las premisas hermenéuticas de “presunción de constitucionalidad” y de respeto a los tratados internacionales¹⁵, el Tribunal utiliza por primera vez¹⁶ la distinción entre normas autoejecutables (*self-executing*) y no autoejecutables (*non self-executing*). Según esta clasificación, que tuvo su origen en el fallo *Foster v. Nielson* (1829) de la Corte Suprema de Estados Unidos¹⁷, para el TC:

Las primeras [autoejecutables], son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas [no autoejecutables], son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva¹⁸.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 309/2000.

¹⁵ Como explica Nogueira: “La interpretación conforme a la Constitución lleva a una interpretación *favor legis* en el ámbito del derecho interno, y de *favor convenciones*, en el plano del derecho internacional, vale decir, opera una presunción de constitucionalidad de la obra del legislador y del gobierno al aprobar una ley o un tratado internacional”. Nogueira Alcalá, Humberto. Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional poder constituido o poder constituyente en sesión permanente? Estudios *Constitucionales*, año 7 N°2, 2009, p. 424.

¹⁶ Posteriormente el Tribunal ha ocupado dicha clasificación en las sentencias recaídas sobre causas Rol 383/03, 1483/2009 y 1988/2011.

¹⁷ La dificultad que implica realizar esta distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables se puede ejemplificar a partir del hecho que, en 1833, en *United States v. Percheman*, la Corte Suprema estadounidense declaró como autoejecutable, el mismo artículo del mismo tratado que cuatro años antes, en *Foster v. Nielson*, había declarado como no-autoejecutable. Como explica Juan Carlos Vázquez, el criterio usado por la Corte Suprema estadounidense en *Foster* “is particularly likely to lead judges astray. Because nations negotiating treaties rarely, if ever, select the wording of a treaty with the question of legislative implementation in mind, judges who draw conclusions about this question from treaty text are very likely attributing to the words a meaning that was not intended by the parties. Indeed, to the extent the parties had this issue in mind when they selected the treaty language, they are likely to have chosen language compatible with either direct or indirect enforcement. Thus, either the language will have been chosen for entirely unrelated reasons or it will likely be ambiguous on the point”. El problema es entonces que, “virtually all treaties, no matter how phrased, permit but do not require either direct or indirect judicial enforcement”. Vazquez, Carlos Manuel. Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties. *Harvard Law Review*, Vol. 122, 2008, pp. 635 y ss.

¹⁸ Considerando 48°.

Aun sabiendo lo cuestionable que es la utilización de esta tesis en el derecho chileno¹⁹, las imprecisiones en las que incurrió el Tribunal en su aplicación²⁰, el hecho de que éste no tiene ninguna competencia para crear reservas o declaraciones interpretativas de tratados internacionales²¹, y que la fuerza vinculante en lo que respecta a la *ratio decidendi* de sus fallos es, a lo menos, discutible²², lo cierto es que no se puede negar la relevancia jurídica y política que adquiere tal distinción. En este sentido, la citada sentencia proporcionó al menos dos argumentos claros al ejecutivo para seguir sosteniendo su postura de que las leyes sectoriales vigentes cumplen las obligaciones establecidas en el Convenio. El primero se basa en la lectura del Tribunal respecto del art. 34 del Convenio. Recordemos que éste incorpora una norma de clausura que dispone que:

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

El TC analiza el artículo citado en el Capítulo IV de la sentencia, como una “materia relevante” que debe abordarse de manera previa a pronunciar el juicio de constitucionalidad sobre preceptos específicos del Convenio. En pocas palabras, lo que hace no sólo es (a) entenderlo

¹⁹ Cfr. Fermandois, Arturo. Sentencia del tribunal Constitucional (I). Convenio N°169 de la O.I.T: sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, citado en Donoso, Sebastián. Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro. *Temas de la Agenda Pública*, PUC, Año 3, N°16, abril 2008, pp. 6 y 7.

²⁰ Por ejemplo, el TC, refiriéndose a la no autoejecutabilidad del art. 14, se refiere a este tipo de normas como aquellas en “que el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución” (Considerando 66°). Como resulta evidente, y como lo declara el mismo TC en otras partes, lo que impone el Convenio al Estado es una obligación de realizar las medidas necesarias para ejecutar los derechos consagrados en aquél, no una “invitación”.

²¹ Núñez, Manuel. “Comentario a ‘El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile’”. Contesse, Jorge (Ed.). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 236.

²² “Por otra parte, tampoco es muy claro que los demás operadores del Derecho, administradores o tribunales ordinarios, puedan sentirse especialmente vinculados por interpretaciones o prevenciones que ni siquiera aparecerán incluidas en el texto de las ediciones oficiales de las leyes en cuestión”. Zapata, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 328. Aún reconociendo esto, el autor estima que las “prevenciones” del TC “deben tener efecto vinculante, *erga omnes*, para toda persona u órgano” (Ibíd). Para Nogueira, las interpretaciones “[d]ebieran al menos ser criterio auxiliar para la aplicación del derecho por todos los órganos del Estado, mientras dichos criterios no sean cambiados por el propio Tribunal Constitucional”. Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*. Santiago: Librotecnia, 2009, p. 508. Respecto de la sentencia que nos ocupa, es interesante lo que Rodrigo Correa manifiesta de la interpretación que el TC hizo respecto del art. 7N°1 del Convenio, en cuanto modificaba la LOC sobre Gobierno y Administración Regional. Dice de forma concluyente: “Esta interpretación no es vinculante ni para el Congreso Nacional, ni para el Presidente de la República, ni para el Poder Judicial. Desde luego, el Tribunal Constitucional carece de mecanismos institucionales para imponer dicha interpretación”. Correa, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 13.

como una cláusula general de no autoejecutabilidad²³, sino que al vincularlo con las “declaraciones” que haría el ejecutivo al momento de ratificar el Convenio, (b) avala la tesis de que la “flexibilidad” de que habla el artículo 34 faculta al Estado para crear cumplidos los objetivos del Convenio con las disposiciones domésticas vigentes, a través de la mera enunciación –como un verdadero *fiat*- de que esto es así.

Esto, por cierto, es errado. De partida, respecto de (a), el mismo Tribunal reconoce que en el Convenio existen tanto disposiciones no autoejecutables como autoejecutables o de eficacia directa –v.gr., el derecho a consulta del art. 6-, por lo que no tiene sentido leer que el art. 34 estatuye como “condición implícita para el cumplimiento de sus normas” la adopción de medidas; asimismo, el texto de la provisión nos dice que lo que los estados pueden determinar con flexibilidad es la “naturaleza” y “alcance” de las medidas que adopten para dar efecto al Convenio, y no que (a) siempre es necesaria la existencia de medidas para que el Convenio genere efectos²⁴, ni (b) que el artículo los faculta para dar por cumplidas sus obligaciones internacionales con las normas internas existentes, por el solo hecho de declararlo así. Sostener interpretaciones de este tipo, como aclara la Corte Constitucional de Colombia, riñe con las normas más elementales de interpretación de los tratados:

[...] el instrumento [el Convenio 169 de la OIT] otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”²⁵.

²³ “En primer lugar, para la aplicación de sus disposiciones, deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones. Luego, **este principio constituye una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido**, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual”. Considerando 49°. El énfasis es mío. En el mismo sentido Valdivia, José Manuel. Alcances Jurídicos del Convenio 169. *Estudios Públicos*, N° 121, 2011, p. 68, y Correa, Rodrigo, *Op. Cit.*, p. 5.

²⁴ Cfr. Vázquez, Carlos Manuel. The four doctrines of self-executing treaties. *The American Journal of International Law*, Vol. 89, N°4, 1995, pp. 709 y 710.

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-169/01 (2001), citada en Anaya, James. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril de 2009, párr. 16.

Lamentablemente, aunque hoy con menos fuerza que antes, tanto (a) como (b) subsisten como válidas en el imaginario jurídico oficial –de hecho, uno de los fallos más importantes de la Corte Suprema en este tema fue sustentado en (b), como se verá *Infra*-.

El segundo argumento que se encuentra en la sentencia del TC y que es funcional a la tesis del gobierno, tiene que ver con la contradicción en que incurrió el Tribunal al momento de pronunciarse sobre el derecho a consulta en relación con otras disposiciones aparentemente similares del orden interno. En la sentencia en comento, el TC se pronuncia en dos ocasiones sobre este derecho: primero, al momento de decidir sobre la inconstitucionalidad de forma de la aprobación del Convenio –si el art. 6.1.a era modificadorio de LOC's, entonces significaba que tenía que ser aprobado con el quórum necesario para este tipo de leyes-, y, segundo, cuando examina la inconstitucionalidad de fondo de artículos determinados –específicamente del 15.2 oración primera²⁶-.

Así las cosas, al proceder al análisis del art. 6.1.a, el TC parte por rechazar explícitamente la postura del Gobierno de que “este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación”, específicamente en los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, estimando en cambio que la consulta del art.6 es “autoejecutable o de aplicación directa”. Ello porque, en palabras del propio Tribunal, la consulta del artículo 6.1 letra a) tiene una “diferencia esencial (...) con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo”:

Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *stricto sensu* si [sic] tiene una **connotación jurídica especial** que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6° que dice: “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”²⁷.

Hasta este punto, la decisión del Tribunal era correcta; basta una somera lectura del artículo 34 de la Ley Indígena para darse cuenta de la distancia que existe entre los deberes/derechos que

²⁶ 15.2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras

²⁷ Considerando 7°.

éste mandata²⁸ y aquellos prescritos en el art. 6 del Convenio. Sin embargo, al llegar al análisis del art. 15.2, que también establece el deber de consultar a los pueblos indígenas, el TC no sólo determina que éste es de carácter programático –i.e., no autoejecutable-, sino que agrega:

[...] que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena²⁹;

En otras palabras, mientras en una parte el TC sostiene la “diferencia esencial” que hay entre la consulta del Convenio con “aquellas otras contempladas en el actual ordenamiento positivo”, en otra parte dice pura y simplemente que “los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna”, citando al efecto la participación ciudadana de la Ley 19.300 y –sorprendente y contradictoriamente- el art. 34 de la Ley 19.253. Con esto legitima la tesis del Gobierno, i.e., que la mayoría de los derechos del Convenio se encontraban ya garantizados por el ordenamiento jurídico interno. En la sentencia pronunciada en abril de 2008³⁰, por control obligatorio de constitucionalidad sobre las normas que “podrían modificar” Leyes Orgánicas Constitucionales –a diferencia de la sentencia del año 2000, acá el Tribunal solo se pronuncia a través de enunciados condicionales³¹-, el TC no se pronuncia mayormente sobre la autoejecutabilidad de dichos preceptos, sino solo en los votos concurrentes de los Ministros Colombo Campbell y Navarro Beltrán, que se limitan a confirmar la jurisprudencia anterior.

I.III. La declaración interpretativa

Una última acción por parte del gobierno a la que cabe hacer mención, y coherente con el espíritu que había desplegado durante toda la tramitación del Convenio –aunque, cabe reconocer, menos tosca que sus pretensiones primitivas de entender cumplidas las obligaciones del Convenio con la Ley indígena-, fue aprobar, a comienzos del año 2008, la propuesta de la

²⁸ Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

²⁹ Considerando 70°.

³⁰ STC de 3 de abril de 2008, Rol 1050/2008.

³¹ “[...] los preceptos consultados **pueden obligar** a que [...] resulte obligatorio a las comisiones legislativas llevar a cabo consultas que, hasta la fecha, eran puramente facultativas”; “[...] de igual modo, al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante ‘en los actos de gobierno’ [...] **puede alterar** procedimientos administrativos [...]”. Considerando 12°. El énfasis es mío.

Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, que recomendaba que la ratificación del mismo fuese acompañada con una “declaración interpretativa” restringiendo los efectos del art. 35. Recuérdate que este artículo dispone que “[l]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”. En función de lo anterior, la “declaración” limitaba el art. 35 “ a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes”; con esto, como se colige de las discusiones que se llevaron a cabo en la Comisión³², se buscaba excluir principalmente el uso que se pudiese hacer de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que había sido aprobada por la Asamblea General de la ONU el año 2007, con el voto favorable de Chile.

Dado que la Constitución de la OIT no tiene una reglamentación sobre las “declaraciones interpretativas”, el gobierno elevó una consulta a dicho organismo, el cual expresó su rechazo a la misma, por lo que finalmente fue retirada. No podía ser de otra manera, ya que el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT prohíbe la utilización de un convenio o de su respectiva ratificación para menoscabar derechos reconocidos de en otros instrumentos internacionales³³.

II. Ex – Post: el derecho a consulta y la aprobación ambiental de los proyectos de inversión

II.I. El Decreto Supremo 124 de MIDEPLAN

Quizás algo que ya se puede ir coligiendo de las actitudes del gobierno, es que en su intención de restar relevancia jurídica al Convenio, se va centrando en aspectos específicos, que son los que mayores complicaciones le podrían traer a su política en el futuro. De estos, claramente, el más acuciante era el de la aplicación de la consulta a la aprobación de proyectos de inversión. Para ello, a los diez días de haber entrado en vigencia el Convenio, el gobierno, a través del

³² Centro de Derechos Humanos UDP. *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2008*. Santiago: UDP, 2008, pp. 368-371.

³³ Sin embargo, aunque de forma un poco más precaria, el gobierno tuvo un intento más de limitar el alcance del art. 35, como explica Hernando Silva: “Pero las propuestas políticas para limitar el alcance del Convenio siguieron adelante. De hecho la Presidenta de la República incluyó en el depósito de la ratificación hecho en Ginebra, el 8 de agosto de 2008, una referencia a un intercambio epistolar entre el titular del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo y el director de la Oficina subregional de la OIT para el Cono Sur, Guillermo Miranda. En esas misivas se discurría en torno al alcance del artículo 35 del Convenio, cuya lógica interpretación conduce a incorporar los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de NN.UU. al ordenamiento interno”. “El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N° 169”. Aylwin, José [et. alt.]. *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Segunda edición revisada y aumentada. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 2011, p. 65.

entonces Ministerio de Planificación –hoy Ministerio de Desarrollo Social-, publica el Decreto Supremo (DS) 124 que “Reglamenta El Artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas”.

Presentado como una regulación transitoria a la consulta a través de la obligación contenida en el art. 34 de la ley indígena³⁴ –lo que desde ya es un despropósito, por cuanto el Convenio vendría a derogar parcialmente dicho artículo³⁵-, el DS 124 vulnera en casi todas sus materias los estándares más básicos del derecho internacional sobre el derecho en cuestión³⁶ –así, por lo demás, se lo hizo saber al gobierno la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la propia OIT, por medio de una Solicitud Directa de finales del 2010³⁷-. No me detendré mayormente en un análisis de las contradicciones de este decreto, más aún cuando el propio gobierno ya ha manifestado su intención de derogarlo; lo que me parece importante es el gesto de la administración de normativizar la tesitura que venía defendiendo, referida a la irrelevancia jurídica del Convenio en nuestro país.

En ninguna parte esto es más claro, que en la regulación de la consulta ante proyectos de inversión a ejecutarse en tierras indígenas o Áreas de Desarrollo Indígena (ADI)³⁸. En efecto, el art. 5 del DS 124 expresa, de manera muy poco elegante por cierto, que en estos casos dichos proyectos “serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales”. Bajo estas premisas, el razonamiento que deben hacer los órganos de la administración es silogístico y, por tanto, la conclusión a la que se llega –en

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

³⁵ “Como señalamos más arriba y como el propio Tribunal Constitucional lo reconociera, el Convenio 169 innovó en materia de derecho a participación, con lo cual el artículo 34 debe entenderse tácitamente derogado (al menos en su primera parte). De este modo, el nuevo reglamento, que intenta ejecutar una norma legal parcialmente derogada, corre el serio riesgo de ser nulo de nulidad de Derecho público”. Montt Oyarzún, S. y Matta Aylwin, M. Una visión panorámica al Convenio 169 de la OIT y su implementación en Chile. *Estudios Públicos*, N°121, 2011, pp. 196 y 197.

³⁶ Un buen compendio de los principales argumentos contra el DS 124, se puede encontrar en Ríos Angulo, Marcos Javier. Implementación del derecho de consulta de los pueblos indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio N°169 de la OIT. Caso del Decreto Supremo 124/2009 que crea el reglamento sobre consulta. *Revista catalana de dret ambiental*, Vol. II N°2, 2011, pp. 1-41.

³⁷ OIT. Solicitud Directa (CEACR) - adopted 2010, published 100th ILC session (2011). (acceso 22/10/12).

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID.P13100_LANG_C_ODE:2334939,es:NO

³⁸ Las ADIs están contempladas en el art. 26 de la ley 19.253, que dice en su inciso 1°: “El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo indígena que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”.

esta ocasión quien lo hace es el Departamento Jurídico de la ex - CONAMA- es casi tautológica:

En conclusión, y conforme al reglamento que implementa la consulta y participación de las comunidades indígenas, es el parecer de este Departamento que en la evaluación de impacto ambiental del proyecto “Exploración Minera Proyecto Catanave” debe estarse a las normas de participación reguladas en la Ley N° 19.300 y el Reglamento del SEIA [...] ³⁹.

De esta forma, el gobierno venía a consumir normativamente la intención que venía manifestando desde sus primeros actos respecto del Convenio, aunque circunscribiéndola a un tema en específico, el derecho a consulta.

II.II. Interpretación armónica y la adecuación del Convenio a la ley

Aún cuando el decreto formalmente sigue vigente y sirve de modelo para algunas consultas *ad-hoc*, lo cierto es que debido a la poca recepción que tuvo a nivel judicial, la administración fue abandonando su uso en sede constitucional en preferencia de la tesis mucho más simple –no por ello mejor- de que, a partir de una “interpretación armónica” del Convenio, la Ley 19.253 y la Ley 19.300, se puede colegir que es la participación ciudadana el instrumento encargado de llevar a cabo al consulta.

Al fin, de una u otra forma, la administración ha perseverado en su narración de restarle efectos jurídicos al Convenio, bajo el argumento de la mera declaración de que los derechos de éste ya se encontraban garantizados en la legislación interna. De esta forma, en vez de propiciar la adecuación de las disposiciones internas al derecho internacional de los derechos humanos – como obliga, lo vimos, el art. 2 de la Convención Americana-, la adecuación propugnada por la administración se centra en suponer la irrelevancia del tratado de derechos humanos, por cuanto sus disposiciones ya se hayan comprendidas en el derecho interno. Esto, no solo es contrario al derecho de los tratados, sino, por aplicación del art. 5 inciso 2º, a la propia Constitución.

En términos concretos, las diversas interpretaciones del ejecutivo llevaban a que, al momento de votar la calificación ambiental de un proyecto sometido al SEIA, y a pesar de las continuas solicitudes de las comunidades indígenas afectadas, la autoridad ambiental no realizase procedimientos de consulta alguna. Esto impulsó a las comunidades a entablar acciones

³⁹ CONAMA, Dirección Ejecutiva, Departamento Jurídico. MEMORANDUM DJ N°5/10, de fecha 14 de enero de 2010.

constitucionales, reclamando la invalidación de tales resoluciones, dado que en ellas se había omitido la consulta del Convenio 169, lo que lesionaba, principalmente, las garantías constitucionales de la igualdad ante la ley (Art. 19Nº2) y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19Nº8). En el Capítulo siguiente abordaré dicho proceso de judicialización, describiendo la respuesta de los tribunales y analizando las implicancias que ésta trae consigo.

Capítulo II:

La judicialización de la consulta indígena en el marco Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Shy. Is that the law?

William Shakespeare, *The Merchant of Venice*

En 1983, en su clásico artículo “Nomos and Narrative”, Robert Cover remarcaba la dicotomía existente entre la organización social del derecho como poder y la organización social del derecho en cuanto significado⁴⁰; todos los ciudadanos de un país podemos compartir un texto nacional, explicaba, pero no compartimos una narración obligatoria acerca de su significado⁴¹:

The precepts we call law are marked off by social control over their provenance, their mode of articulation, and their effects. But the narratives that create and reveal the patterns of commitment, resistance, and understanding [...] are radically uncontrolled. They are subject to no formal hierarchical ordering, no centralized, authoritative provenance, no necessary pattern of

⁴⁰ Cover, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: *Nomos* and Narrative. *Harvard Law Review*, Vol. 97, Nº4, 1983, p. 18.

⁴¹ *Ibid.* “Thus, the narrative strand integrating who we are and what we stand for with the patterns of precept would differ even were we to possess a canonical narrative text” *Ibid.*

acquiescence [...] Authoritative precept may be national in character –or at least the authoritative text of the authoritative precepts may be. But the meaning of such a text is always “essentially contested”, in the degree to which this meaning is related to the diverse and divergent narrative traditions within the nation⁴².

Así, por más que tengan el control de la creación y articulación del derecho positivo, cuando las instituciones oficiales intentan crear significado respecto de los preceptos que articulan –como ocurre con la Administración respecto de la consulta y la participación ciudadana-, en ese aspecto no tienen privilegio alguno *vis-a-vis* a la creación de significado de otras comunidades – *v.gr.*, los pueblos indígenas, ONG’s, órganos internacionales, etc.-⁴³. Y ante esta multiplicidad de significado posible –lo que Cover denomina el principio jurisgenético (“jurisgenerative principle”)⁴⁴-, la labor de los tribunales aparece vinculada a la de afirmar que sólo una de las interpretaciones es derecho y destruir o tratar de destruir el resto –y en este sentido el cargo que ocupan es “jurispático”⁴⁵-. Esto, claro está, no descansa en la creencia de que los jueces posean una hermenéutica metodológicamente superior –la “razón artificial” de la que hablaba E. Coke en sus *Prohibitions del Roy*⁴⁶ - a las empleadas por las diversas comunidades que reclaman para sí y frente a los demás una determinada interpretación del derecho, sino en el reconocimiento de que una sentencia judicial vale, como explicaba Schmitt, no porque contenga “una argumentación que pretenda convencer a todos, sino [...] una decisión que se limita a suprimir la duda de un modo autoritario”⁴⁷.

De esta manera, frente a la narración de la Administración mostrada *Supra*, los pueblos indígenas, apoyados en el derecho internacional de los derechos humanos y recogiendo partes del fallo del Tribunal Constitucional del año 2000, elaboraron un significado jurídico en donde existía una “diferencia esencial” entre consulta y participación ciudadana, y, por ser la primera un derecho fundamental amparado por el Art. 5 inc. 2º de la CPR, ésta debía prevalecer sobre la segunda. El argumento de las comunidades se desarrollaba normativamente de la siguiente forma: considerando que (i) la RCA favorable al proyecto era una “medida administrativa” que,

⁴² *Íd.*, p. 17.

⁴³ *Íd.* p. 18.

⁴⁴ Uso acá la traducción de Christian Curtis en Cover, Robert. *Nomos y narración. Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002.

⁴⁵ Cover, Robert, *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*, p. 53.

⁴⁶ “[...] that true it was, that God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature ; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it [...]”. Coke, Edward. *Prohibitions del Roy*. (Acceso 21/10/2012). <http://www.uniset.ca/other/cs4/77ER1342.html>.

⁴⁷ Schmitt, Carl. *Defensa de la Constitución*. Citado en Atria, Fernando. El derecho y la contingencia de la política. *Revista Derecho y Humanidades*, Nº 11, 2005, p. 21.

al certificar que el proyecto cumple todos los requisitos ambientales aplicables (art. 24, Ley 19.300), (ii) era susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas cercanos al área de emplazamiento del proyecto⁴⁸, se llegaba a la conclusión que (iii) era procedente la consulta del art. 6.1 letra a), la cual, al requerir el Convenio que ésta fuese “mediante procedimientos apropiados”, “a través de sus instituciones representativas” y con “la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, (iv) se entendía como una forma de participación “esencialmente diferente” de la participación ciudadana que la ley 19.300 establece en la tramitación de los EIA.

Afirmando esta interpretación, y dado que unas de las consecuencias de la posición del ejecutivo era que el SEIA no se veía modificado, se produjo lo que he denominado la “judicialización de la consulta”, un proceso en donde las comunidades, una vez entrado en vigencia el Convenio, interpusieron recursos de protección reclamando que, bajo la premisa señalada en (iv), la dictación de una RCA sin la realización de la consulta era un acto ilegal y arbitrario, que vulneraba, *inter alia*, las garantías constitucionales de igualdad ante la ley (19N°2), y el derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación (19N°8).

Lógicamente, la Administración se opuso a estos cuatro puntos, y si bien todos en alguna oportunidad recibieron atención de las cortes de apelaciones⁴⁹, lo cierto es que a nivel de la

⁴⁸ Nótese que acá me estoy refiriendo a la aptitud que tendría en abstracto la RCA de afectar a los pueblos indígenas al dar la autorización ambiental para el desarrollo del proyecto, el cual, como presupuesto de la argumentación, afectaría fácticamente a las comunidades. Una cuestión completamente diferente es si fácticamente el proyecto afecta a los pueblos indígenas. De nuevo, lo que sostengo es que si, como cuestión de hecho, el proyecto es susceptible de afectarlos, normativamente la RCA favorable es la medida que posibilitaría esa afectación.

⁴⁹ V. gr., respecto de si la RCA era o no una “medida administrativa” de las que hacía procedente la consulta, si bien las argumentaciones de la CS suponían que sí era, no se pronunciaban explícitamente sobre ello, lo que sí ocurría a nivel de cortes de apelaciones. Por un lado, la Corte de Apelaciones de Temuco, en el caso *Palguin*, acogió la interpretación de las comunidades entendiendo que aunque el Convenio no definía el concepto de “medida administrativa”, ésta “debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas (medida administrativa que en sentido natural y entendible para todos es la que proviene de la administración del Gobierno)”, por lo que una RCA caía dentro de las medidas susceptibles de ser consultada (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 21 de enero de 2010, en causa Rol 1705-2009, caratulados “*Puelman Ñanco, Mariano y otro con Comisión Regional del Medio Ambiente*”, Considerando 8°). Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Valdivia en el caso *Mehuín*, siguió el razonamiento de la administración, al considerar que el DS 124 era el que regulaba la consulta, y según lo dispone su art. 14, por “medida administrativa” se debía entender “las nuevas políticas, planes y programas” dictados por los órganos de la administración, con lo que se excluían implícitamente los actos administrativos, y, dado que la RCA es un acto administrativo, la consulta no procedía respecto de ella: “Como se observa, la consulta es necesaria en el caso que la administración del Estado sostenga nuevas políticas (medioambientales u otras), nuevos planes y programas que afecten directamente a los pueblos indígenas, circunstancias del todo ajenas al acto administrativo impugnado, que es el resultado de un Estudio de Impacto Ambiental”(SCA de Valdivia de 26 de mayo de 2010, en autos caratulados “*Javier Nahuelpan y otros C/ COREMA XIV Región*”, Rol 148- 2010, Considerado 12°).

Corte Suprema la discusión se desarrolló aceptando la procedencia del deber de consulta, pero difiriendo en su relación con la participación ambiental.

En este orden de ideas, en el presente capítulo presentaré la forma en que la Corte Suprema ha ejercido aquel oficio jurispático del que hablaba Cover, en torno a decidir qué cuenta como derecho en lo relativo a la consulta en el marco del SEIA. Para ello, dividiré la jurisprudencia de la Corte en tres etapas, según la comprensión que tuvo ésta de la naturaleza de la obligación contenida en el Convenio, la que transita desde la aceptación por parte del máximo tribunal de la tesis del gobierno, hasta un reconocimiento de la diferencia entre la participación ciudadana y la consulta (I). A partir de lo anterior, realizaré una somera evaluación de este proceso de judicialización, desde la perspectiva de las implicancias que tiene para el sistema jurídico chileno la existencia de una jurisprudencia en donde se aplica directamente un tratado de derechos humanos para invalidar actos administrativos, previa modificación tácita de una ley (II). Finalmente, en relación con el remedio propuesto por la Corte, me detendré en las consecuencias que puede tener para el Estado de Derecho la falta de regulación de la consulta, con el objetivo específico de que, ante los nuevos proyectos de regulación presentados por la autoridad administrativa, se evidencie la necesidad de profundizar en las definiciones sustantivas de algunos elementos del derecho en análisis (III).

I. Armonización, superposición y diferencia: tres etapas en la jurisprudencia de la Corte Suprema

El 27 de abril del presente año, la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que dejaba sin efecto la RCA del proyecto minero “El morro”. A ubicarse en la región de Atacama, este proyecto de la empresa canadiense Goldcorp –también propietaria de la mina Marlin I en Guatemala, que fuera objeto de Medidas Cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2010⁵⁰- suponía una inversión de US\$ 3.900 millones para producir oro y cobre. Sin embargo, al no contemplar el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) una evaluación de los efectos sobre las comunidades y personas diaguitas que se encontraban en el área de emplazamiento, los tribunales decidieron

⁵⁰ Éstas, inter alia, solicitaban al gobierno la suspensión de sus actividades por posibles violaciones a las comunidades mayas presentes en el área de influencia. Cfr. CIDH. *Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala*. MC 260-07, 2010.

que mientras ello no fuese subsanado –lo que, entre otras cosas, implica la realización de la consulta del Convenio 169 de la OIT-, se debía paralizar el proyecto⁵¹.

Tanto por la magnitud del mismo, como por el hecho de que por primera vez era un EIA y no una Declaración de Impacto Ambiental (DIA)⁵² la resolución fue declarada ilegal. Esta decisión fue leída como un paso decisivo de la Corte Suprema en la consolidación de la línea jurisprudencial que entiende a la consulta indígena como autónoma y distinta de la participación ciudadana contemplada en la legislación ambiental⁵³. Vale recordar que, aunque en términos técnicos sea muy difícil sostener la tesis contraria, esto es, que la consulta y la participación ciudadana están en armonía y que ésta comprende normativamente a aquella⁵⁴, como se vio en el capítulo anterior, tal ha sido la posición general de la Administración no solo respecto del derecho a consulta, sino del Convenio en su totalidad. Ésta implicaba que los procedimientos de evaluación ambiental fueran indiferentes a la entrada en vigencia del Convenio, cuestión que fue rechazada por las comunidades y que derivó en la interposición por parte de éstas de acciones constitucionales ante los tribunales superiores de justicia de todo el país. Es la intención de este

⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de 27 de abril de 2012, en autos caratulados *Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comision de Evaluacion III Region de Atacama*, Rol N° 2211-2012, que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 17 de febrero de 2012, Rol N° 618-2011. Ver especialmente los Considerandos 10°, 11° y 12° de este último fallo.

⁵² El art. 2 de la ley 19.300 define una DIA como “f) Declaración de Impacto Ambiental: el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes;” y un EIA como “el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos;”. Para nuestro trabajo, son importantes dos puntos respecto a la diferencia entre ambas formas de evaluación: i) Los proyectos que se someten a una evaluación de impacto ambiental deberán presentar un EIA cuando se den los efectos del art. 11 de la ley; y ii) en la ley 19.300 previa a su reforma del 2010, sólo en el EIA procedía la Participación Ciudadana (en ciertos casos la actual ley permite una participación ciudadana reducida para las DIA). Por ser la ley previa a la reforma la que rigió en lo sustantivo en los procesos que se describirán a lo largo del capítulo, si ninguna especificación se hace, debe entenderse que se está ocupando a ésta como referencia.

⁵³ Contesse, Jorge. “Consulta indígena y Corte Suprema”. *La Tercera*, mayo 6, 2012, (acceso 13/06/12). <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2012/05/895-459404-9-consulta-indigena-y-la-corte-suprema.shtml>

⁵⁴ Para una comparación entre ambos tipos de participación previa a la reforma a la ley del año 2010, véase Prech, A. y Aylwin, S. “Entrada en vigencia del convenio n° 169: el proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”. *Derecho ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010, pp. 456 y ss. En este capítulo se hará referencia a la PAC contenida en la ley 19.300 previa a la reforma del 2010 por la ley 20.417, por cuanto las modificaciones incorporados por ésta al SEIA en su conjunto, debiesen ponerse en plena práctica recién a partir de la entrada en vigencia del Nuevo Reglamento del SEIA (NRSEIA), que se encuentra en espera de su Toma de Razón por la Contraloría General de la República. Esto quiere decir que toda la jurisprudencia en la materia ha sido desarrollada teniendo en cuenta (aun con algunas modificaciones) la PAC de la ley 19.300 previa a la reforma. En cualquier caso, como se verá en los capítulos siguientes, la nueva PAC, que tiene una participación diferenciada para los pueblos indígenas, sigue estando bajo el estándar internacional respecto al derecho a Consulta.

apartado el realizar una reconstrucción del derrotero jurisprudencial que recorrió la Corte Suprema, hasta a llegar a la sentencia precitada. La división propuesta, obviamente artificial e impuesta, pretende hacer inteligible la variación del entendimiento de la Corte de la naturaleza e implicancias del derecho a consulta.

I.I. Primera etapa: la “integración armónica” del Convenio a la ley

La primera vez que la Corte Suprema se pronuncia sobre la procedencia del derecho a consulta en el marco del SEIA, fue conociendo⁵⁵ el llamado caso *Palguin*. Interpuesto por representantes –una autoridad tradicional y una funcional- de comunidades del Lof Mapu Palguin, ubicado en la Región de la Araucanía, este caso fue la primera vez que se intentó impugnar judicialmente una RCA por falta de consulta. Se trataba de una resolución emanada de la COREMA –en la actualidad Comisión de Evaluación- de la Región de la Araucanía⁵⁶, que calificaba favorablemente la DIA de una piscicultura que pretendía instalarse a unos seiscientos metros aguas arriba por el Río Palguín, de las comunidades mapuche de Palguín Bajo y Antonio Huenuñanco. En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Temuco falló a favor de las comunidades, declarando que el art. 6 del Convenio era autoejecutable, que el DS 124 regulaba el art. 34 de la Ley indígena y no el Convenio 169, y que el Estado en virtud del art. 27 de la Convención de Viena no podía invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado; en mérito de lo expuesto, invalida la RCA y ordena la realización de la Consulta del art. 6 del Convenio N° 169⁵⁷.

Sin embargo, en una decisión que fue seminal para el posterior desarrollo jurisprudencial de esta etapa, la Corte Suprema revocó la sentencia, argumentando que no habría una “afectación” que hiciese procedente la Consulta. Por su importancia, me detendré en ella para tratar de identificar las diversas aristas que contiene⁵⁸.

El razonamiento de la Corte fue el siguiente: (a) el deber de la consulta del art. 6 del Convenio debe cumplirse cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar

⁵⁵ En virtud del *Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales*, modificado el 8 de agosto de 2007, las cortes de apelaciones son las encargadas de pronunciarse sobre los recursos de protección y Corte Suprema sólo puede conocer de estos por vía de apelación.

⁵⁶ Res. Ex. N°242 del 9 de Octubre de 2009

⁵⁷ SCA de Temuco de 21 de enero de 2010, en causa Rol 1705-2009, caratulados “*Puelman Ñanco, Mariano y otro con Comisión Regional del Medio Ambiente*”, Considerando 6° y ss.

⁵⁸ SCS de 17 de mayo de 2010, en causa Rol 1525-2010, caratulados “*Puelman Ñanco, Mariano y otro con Comisión Regional del Medio Ambiente*”.

directamente a los pueblos indígenas; (b) dicha “susceptibilidad de afectación” es homologable a la presencia de alguno de los efectos, características o consecuencias señaladas en el art. 11 de la ley 19.300, de los cuales el literal c) se refiere especialmente a la producción de un efecto que pueda afectar a los pueblos indígenas; (c) el art. 10 de la ley 19.300 expresa que aquellos proyectos que presenten al menos uno de los efectos del art. 11 deberán ser evaluados a través de un EIA; en caso contrario, serán evaluados por una DIA; (d) de la revisión del expediente ambiental, se comprueba que ninguno de los órganos sectoriales competentes determinó que se producía el efecto contenido en el art. 11 letra c), esto es, que no había efectos negativos o afectación directa para los pueblos indígenas, y por tanto, no procedía ni un EIA, ni la consulta del Convenio. Como contrario sensu lo explica la Corte:

DUODECIMO: Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado de manera indefectible-[sic] que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación;

Es interesante notar que el citado considerando contiene dos líneas argumentales relevantes respecto la consulta. Por un lado, aquella que sostiene que la “susceptibilidad de afectación directa” que la hace procedente se entiende acreditada cuando se produce alguno de los efectos del art. 11 que diga relación con los pueblos indígenas –la Corte se refiere solamente al literal c), pero es claro que también comprende los literales d) y f) del mentado artículo-. Por otro, aquella que la entiende cumplida con la realización de los procedimientos e instancias – publicidad del expediente, publicación del extracto, observaciones ciudadanas, etc.- de la participación ambiental. El presente capítulo se centrará en el último punto, dado que fue éste el hegemonizó el debate jurisprudencial hasta el presente año; el primero será analizado en el siguiente capítulo.

Hecha esta precisión, volvamos al razonamiento del considerando 12º. La Corte construyó su argumentación a partir de las tres primeras premisas que conformaban la narración de las comunidades indígenas –a saber, que (i) la RCA es una “medida administrativa” que debe ser consultada⁵⁹, (ii) que es normativamente apta para causar afectación, y (iii) que la consulta del

⁵⁹ Como explicaron Fernández y de la Piedra, en esta sentencia: “[...] la Corte estimó que la consulta es procedente cuando se produzca ‘afectación’ en los términos que se indica, sin ser relevante si la medida constituye un acto administrativo de efectos generales o particulares, como es en este último caso una RCA. Con lo anterior se pondría término a la discusión en cuanto a que sólo las medidas administrativas generales, tales como decretos o reglamentos, deben ser consultadas”. Fernández Alemany, A. y de la Piedra Ravanal, C. Implementación y evolución de los derechos contenidos en el convenio OIT 169.

Convenio es procedente-, estableciendo, *prima facie*, que debe haber consulta cuando se den los efectos del art. 11 letra c) de la ley ambiental, o, lo que es lo mismo, cuando haya un EIA y no una DIA; coherentemente, como los organismos sectoriales pertinentes señalaron que no existía la mentada afectación en los términos del art. 11, entonces el tribunal estimó que la consulta indígena no era procedente⁶⁰. Sin embargo, las implicancias de este fallo no se agotan con el análisis precedente. En efecto, si miramos una vez más el considerando citado, se puede notar que la Corte introduce, a modo de *obiter dicta*, la que será su línea argumental más fuerte en esta primera etapa: que la regulación de un EIA, con la subsecuente participación ciudadana de los arts. 26 y ss. de la ley 19.300, “implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación”⁶¹.

Si bien esta posición se manifiesta explícitamente en el caso *Mehuín*, lo cierto es que se anunció ya cuando la Corte confirmó, en septiembre de 2010, la sentencia de la ICA de Puerto Montt en el caso *Pepiukelen*⁶². La sentencia de primera instancia acogía el recurso interpuesto por la comunidad Pepiuekelen en contra de una empresa pesquera, por la construcción de una piscina de descarga de sedimentos y aguas lluvia que estaba contaminando un río dentro de territorio de la comunidad (Río Allipén), además de estar instalada fuera de los límites establecidos para el proyecto y en tierras indígenas. Un hito importante de la misma es que, al determinarse que la intervención en cuestión era en tierra indígena, la Corte de Apelaciones estimó que ésta no solo estaba protegida por la Ley indígena sino también por el Convenio 169, haciendo procedente la consulta, y precisando que ello era así independiente si el proyecto ingresaba como EIA o como DIA, ya que “una cuestión es el derecho 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”⁶³. La Corte Suprema, por decisión de mayoría, confirmó el fallo, pero lo

Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias. *Estudios Públicos* N° 121, 2011, p. 104.

⁶⁰ Este razonamiento, por más que parezca que rechazó el recurso de las comunidades por un elemento meramente fáctico –la no afectación-, en realidad es contrario a la naturaleza y objeto del derecho a consulta, como espero mostrar en el Capítulo III.

⁶¹ En términos generales, lo que ambas aristas sostienen es que es la participación ciudadana (en sentido amplio) la encargada de garantizar el cumplimiento del derecho en comento en el marco del SEIA. No obstante, su diferenciación analítica es importante, pues permite mostrar cómo el debate finalmente se ha centrado en una sola de las líneas descritas –la referida a los procedimientos de la PAC-, dejando a la restante asentarse pacíficamente en la jurisprudencia, doctrina y en el programa de la autoridad ambiental, cuando en realidad es tan insuficiente respecto de los estándares del Convenio como la primera –de ello me intentaré hacer cargo en el capítulo final de esta tesis-.

⁶² SCS de 15 de septiembre de 2010, en causa rol 5757-2010, que confirma la SCA de Puerto Montt de 27 de julio de 2010, en causa Rol 36-2010, caratulados “*Manuel Vera Millaquén c/ pesquera los fiordos*”.

⁶³ “NOVENO: “[...] Así las cosas, 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 derecho 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

hizo eliminando todos los considerandos, e inclusive frases, que mencionaran o tuviesen relación con lo “indígena”⁶⁴; de esta forma, y a pesar del voto disidente del Ministro Muñoz, el tribunal de alzada hizo inocua la sentencia en lo que a derechos indígenas se trataba. Al mismo tiempo, la forma tan poco sutil de hacerlo afirmó la convicción en las comunidades de que las diferencias entre su propia narrativa –afirmada en lo general por las cortes de apelación⁶⁵-, y la de la Corte Suprema, eran más por razones ideológicas⁶⁶ que jurídicas⁶⁷. Dichas aprensiones se profundizaron con el fallo de la Corte en *Mehuín*.

Éste venía a confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que había rechazado un recurso interpuesto por un conjunto de comunidades de la bahía de Maiquillahue en contra de la RCA que aprobaba la construcción de un ducto de descarga de los Residuos Industriales Líquidos (RILes) de una planta de celulosa, que atravesaba tierras y territorio indígena para terminar en el mar. Ahora bien, mientras el *a quo* razonó su rechazo principalmente a partir del DS 124 –i.e., que el EIA ingresó con anterioridad a la dictación del decreto, y que, en cualquier caso, la RCA no era una “medida administrativa” de las que, según el dicho cuerpo normativo, generaban el deber de consulta-, es menester acotar que el tribunal de alzada, si bien, de nuevo, confirmó la sentencia, lo hizo eliminando los considerados en donde se hacía referencia al

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 sólo 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”. SCA de Puerto Montt de 27 de julio de 2010, en causa rol 36-2010, autos caratulados “*Manuel Vera Millaquén c/ pesquera los fiordos*”.

⁶⁴ Se eliminaron los considerandos 9º y 10º –que hablaba del derecho a territorio-; la frase del Considerando 4º “que conforme los antecedentes es tierras indígenas, como lo informa la CONADI a fojas 261 y lo reconoce también la empresa recurrida a fojas 302”; y la frase “propiedad de la sucesión Millaquén Care” en el punto N°1 de la parte resolutive. SCS de 15 de septiembre de 2010, Rol 5757-2010, caratulados “*Manuel Vera Millaquén c/ pesquera los fiordos*”

⁶⁵ Además de lo fallado por las cortes de Temuco y Puerto Montt en los casos *Palguin* y *Pepiukelen*, véase SCA de Concepción de 10 de agosto de 2010, causa Rol 289-2010, en autos caratulados “*Presidente de la Comunidad Indígena Chilcoco y otro contra I. Municipalidad de Arauco y Consejo Municipal*”. En ésta, La Corte afirma el carácter de Ley de la República que tiene el Convenio, lo que deriva en la obligación de los órganos del Estado de reconocer la importancia vital que tienen para los pueblos indígenas sus tierras y territorios (art. 13) y el deber de consultarlos de acuerdo a los términos del Convenio (art. 6).

⁶⁶ “When we challenge a verdict on ideological grounds –that is, on the ground that the decisionmaker’s construction of reality was distorted by the social determinants of his mental world- we make what is far more and much less than a claim of error”; “[...] in the realm of dispute resolution, in precisely those cases in which relevant norms, as articulated, appear not to be subject to controversy, ideological differences may work their most insidious harm. For it is here that authority is seen not only as in conflict but as untrustworthy”. Cover, Robert. *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology and Innovation*. *William and Mary Law Review*, Vol. 22, N° 639, 1981, pp. 664 y 667 respectivamente.

⁶⁷ Denuncia fallo de la Corte Suprema en caso de comunidad PEPIUKELEN con pesquera Los Fiordos en Pargua Región de Los Lagos, 25 de septiembre de 2010, *Mapuexpress* (acceso: 26/10/12) <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=6041>.

mentado DS. En su reemplazo, la Corte Suprema por primera vez expresa directamente su comprensión de las relaciones entre la consulta y la participación ciudadana:

SEPTIMO: Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen⁶⁸.

Si se revisan los “lineamientos” en los que basa su conclusión la Corte, la verdad es que es muy difícil sostener que haya algo de “forzoso” en ésta. De partida, los cuatro primeros considerandos son análisis disgregados sobre el carácter de la consulta, que son irrelevantes para el desarrollo del argumento. En los dos considerandos siguientes –quinto y sexto-, se realiza un examen de la norma de flexibilidad que tiene el art. 34 del Convenio, de lo cual colige que hay un deber por parte del Estado a tender “a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de éstos”; esto, en general, no es incorrecto. Sin embargo, en los considerandos siguientes la Corte hace justamente lo contrario: compatibiliza el Convenio a las normas internas y no las normas al Convenio, señalando que es a “la integración armónica del Convenio N°169 en nuestro ordenamiento jurídico interno a que deben propender todos los órganos de la Administración del Estado”⁶⁹. Este *non sequitur* en el que incurre y torna falaz el argumento, se ve expuesto además en su repaso que hace de los procedimientos⁷⁰ y “talleres informativos”⁷¹ que conlleva la participación ambiental, y su comparación con los deberes estatuidos en el art. 6N°2 del Convenio⁷². En este sentido, no se equivocaba Contesse cuando decía que, a partir de este tipo de interpretaciones, se llega “a la conclusión de 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 la Ley 19.300-, no se aprecia cómo las nuevas disposiciones internacionales podrían tener impacto en la consulta y participación de los pueblos indígenas”⁷³.

68 SCS de 14 de octubre de 2010, Rol 4078-2010, caratulados “Javier Nahuelpan y otros C/ COREMA XIV Región”, Considerando 7º, que confirma la sentencia de la ICA de Valdivia, Rol 148- 2010,.

69 Considerando 12º.

70 Considerando 8º.

71 Considerando 9º.

72 “No se conoce de qué manera unos talleres informativos satisfacen los estándares del Convenio 169. La Corte tampoco dio a conocer las razones por las cuales un proceso meramente informativo de considerarse un proceso de buena fe a la luz del tratado”. Contesse, Jorge. “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, p. 218.

73 Contesse, Jorge. “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”. Contesse, Jorge (Ed.). *Op. Cit.*, p. 217.

Esta sentencia, que representa el colofón de la tendencia de la “integración armónica” del Convenio, y que de aquí en más será usado profusamente por las cortes de apelaciones para desestimar las alegaciones de las comunidades, contiene a su vez el voto disidente del Ministro Brito, quien estuvo por revocar la sentencia de la Corte de Valdivia, invalidando la RCA por no haberse realizado la consulta en la evaluación ambiental. El voto, *inter alia*, reconoce que todo proceso que pueda afectar de alguna forma a los pueblos indígenas tiene que llevarse a cabo desde su particularidad, cuestión que no se lograría con la medida adoptada; asimismo, desecha la argumentación de la mayoría en lo referente que a partir de los “talleres informativos” se cumpliría el estándar mandado por el tratado internacional, pues en dichos procesos no habría la posibilidad de influir en el resultado, ni se harían a través de los organismos representativos de los pueblos indígenas. Finalmente, dado que los antecedentes no dan cuenta que en el procedimiento ambiental se hayan tomado en cuenta los elementos propios de la realidad indígena, Brito concluye que la resolución impugnada incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, tornándola arbitraria y lesionando la garantía de la igualdad ante la ley. En otras palabras, frente a la doctrina mayoritaria de la Corte, Brito se comprometió con afirmar la premisa (iv) de las comunidades.

Cover señalaba que la existencia de foros alternativos llegando a decisiones contradictorias sobre un mismo tema era claramente una señal importante para los tribunales, que afectaba tanto sus decisiones subsiguientes como la forma en que articulaban el razonamiento⁷⁴. Las disidencias, aun cuando funcionen en un nivel diferente, tienen un efecto similar. En un interesante trabajo publicado recientemente, Sergio Verdugo describe cómo las disidencias pueden ser vistas como una interpretación alternativa del pasado que tiene la capacidad para influir en cambios futuros de la interpretación del derecho⁷⁵ –lo que William A. Fletcher denominó “efecto profético de las disidencias”⁷⁶-. El caso de la Corte Suprema norteamericana, por ejemplo, es prolífico en disidencias que fueron importantes para la protección de los derechos fundamentales, y que después se convirtieron en doctrina mayoritaria –quizás el caso más obvio sea el voto particular de Harlan en *Plessy v. Ferguson*, en el que argumentó contra la doctrina que defendía la diferencia racial en el principio “separados pero iguales”, y que décadas más tarde sería adoptado por la mayoría de la Corte en *Brown v. Board of Education*⁷⁷-. En este sentido, sin negar que en el cambio de jurisprudencia que se empezó a decantar desde

⁷⁴ Cover, Robert. *The Uses of Jurisdictional Redundancy*, p. 672.

⁷⁵ Verdugo R., Sergio. Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N°2, 2011, pp. 256 y ss.

⁷⁶ Fletcher, William A. *Dissent*. Citado en *Íd.*, p. 257.

⁷⁷ *Ibíd.*

este fallo influyeron factores “externos”⁷⁸ –después de todo, lo decía Feyerabend, “son los eventos, no necesariamente los argumentos, la causa de que adoptemos nuevos estándares, incluyendo formas nuevas y más complejas de argumentación”⁷⁹- no se puede desconocer la importancia del voto de minoría de Brito, que comprendió desde cosas tan simples como mostrar que existía una argumentación más coherente de las normas en disputa, hasta el efecto simbólico que produjo en las comunidades el saber que su postura tenía una representatividad - aunque fuese mínima- en la Corte Suprema. Con todo, al tener este apartado una orientación preferentemente descriptiva, antes que como explicación causal, el voto de Brito será usado como hilo conductor para ir desarrollando la evolución jurisprudencial.

Así las cosas, mientras la mayoría de la Corte mostraría ciertas fisuras en su línea argumentativa, el Ministro Brito perseveraría en su afirmación de la diferencia entre la consulta y la participación ciudadana. Por lo mismo, la siguiente etapa se caracteriza por ser una de tránsito, en donde a la seguridad jurídica que daba la Corte Suprema de que la consulta no tendría mayor relevancia en los temas medioambientales, empieza a cargarse de inestabilidad, sea porque evita pronunciarse sobre temas de fondo o por fallos que derechamente sostienen posiciones contrarias.

I.II. Segunda etapa: la superposición y convivencia de interpretaciones en competencia

Este período se inaugura con una inesperada sentencia de la Corte en la causa “*Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*”. Esta causa se origina en un recurso de protección iniciado por la Presidente de la Comunidad Indígena Puquiñe y agricultores del sector de Lanco, Región de los Ríos, en contra de la RCA que calificaba favorablemente una DIA presentada por la Municipalidad, por la construcción de una estación de transferencia de residuos sólidos domiciliarios.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso, pero lo hizo en un fallo equívoco y desprolijo, en donde si bien reconoce la relación especial que existe entre los pueblos indígenas su territorio, a su vez menciona la existencia del deber de consulta, pero sin clarificar en lo absoluto el contenido sustantivo de esta obligación y confundiéndolo con el

⁷⁸ Estos pueden comprender desde modificaciones en la integración de la Tercera Sala, el rechazo de la Corte a la creación de los tribunales ambientales, la presión política ejercida por los pueblos indígenas, la mayor claridad de los pronunciamientos técnicos de CONADI, etc.

⁷⁹ Feyerabend, Paul K. *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Barcelona: Ediciones Folio, 2002, p. 20.

deber contenido en el art. 34 de la Ley indígena⁸⁰. Por lo mismo, el tribunal acoge el recurso solo en lo referente a la vulneración de las garantías contenidas en el art. 19Nº1 (derecho a la vida y la integridad física y síquica) y Nº8 (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) de la Constitución⁸¹, desechando la violación del numeral 2º (igualdad ante la ley)⁸² y, consecuentemente, limitándose a invalidar la resolución impugnada sin ordenar que se realizase una consulta. Vale acotar que, además, la decisión no fue unánime, sino que contó con una disidencia que estaba por rechazar el recurso tanto por no existir una acreditación de la afectación, como por no ser la RCA –según lo dictamina el art. 14 del DS 124- una “medida administrativa” que hiciese obligatoria la consulta⁸³.

Por las características enunciadas y la jurisprudencia que se había consolidado ya de parte del máximo tribunal, se esperaba que, o se repitiera la situación de *Pepiukelen -viz.*, se confirma la sentencia pero eliminando lo “indígena” y dejando lo ambiental-, o que fuera derechamente revocada por falta de acreditación de la afectación, como en *Palquin*. Sin embargo, la Corte Suprema decide por unanimidad confirmar la sentencia, y aun cuando lo hace eliminando los principales considerandos del fallo de la corte de Valdivia, en su reemplazo, (a) clarifica la ilegalidad de la resolución, en el sentido de que al ser un proyecto que podía producir los efectos del art. 11 letra a) de la Ley 19.300⁸⁴ debía haber ingresado por EIA y no por DIA como lo hizo⁸⁵, y, (b) dictamina que, por lo anterior, se “debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley Nº 19.300, contemplando además los estándares del Convenio Nº169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”⁸⁶.

⁸⁰ Efectivamente, por un lado, una vez que verifica que el proyecto podía afectar el ambiente y, consecuentemente, la salud y vida de las familias que se encontraban en sectores aledaños, la Corte de Apelaciones declaró el acto del Estado como arbitrario e ilegal, utilizando el art. 25 de la Declaración de NU sobre los derechos de los pueblos indígenas para fundar la obligación de protección de la “vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea”; sin embargo, en los párrafos siguientes, cita indistintamente tanto el art. 34 de la Ley indígena –el que, recordemos, establece la obligación de “escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas”- como los arts. 6 y 7 del Convenio, sin mayor justificación para este último instrumento que un escueto “es relevante en la materia”. SCA de Valdivia de 4 de agosto de 2010, en causa Rol 243-2010, caratulados “*Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*”, Considerando 4º.

⁸¹ Considerando 5º.

⁸² Considerando 6º.

⁸³ Como explica Cass Sunstein, la “disidencia puede captar la atención de la Corte Suprema y llevar a que una sentencia impugnada sea revertida; las decisiones de las cortes de apelaciones están más sujetas a una probable revisión si alguno de sus jueces presenta una disidencia. El disidente puede actuar como un denunciante”. Sunstein, Cass. *Why societies need dissent*. Citado en Verdugo R., Sergio, *Op. Cit.* p. 258.

⁸⁴ Art. 11. “a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;”.

⁸⁵ SCS de 4 de enero de 2011, causa Rol 6062-2010, caratulados “*Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*”, que confirma la SCA de Valdivia de 10 de agosto de 2010, Rol 243-2010, Considerando 2º.

⁸⁶ Considerando 3º.

Aunque no de manera radical como planteaban las comunidades en (iv), esta fórmula sí sostiene una diferencia entre consulta y participación ambiental, en el sentido que ésta debiese cumplir con los estándares establecidos por la primera. Con ligeras variaciones, ésta será la frase usará la Corte en futuras determinaciones sobre el tema. Debe notarse, eso sí, que acá la falta de consulta aparece como un vicio derivado de no haberse respetado la ley de bases generales del medio ambiente, que es la ilegalidad que produce al afectación a la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19N°8).

Decía que esta etapa se caracterizaba por la superposición y convivencia de ambas tesis respecto del derecho a consulta, por lo que no se podía distinguir una posición nítida de la Corte al respecto. Ello se evidencia en que, después del fallo precedente, la Corte prefirió abstenerse de pronunciarse directamente sobre el tema en cuestión, al conocer en apelación el caso *Nuevo Aeropuerto de la Araucanía*.

A diferencia de las causas anteriores, en ésta las comunidades recurrentes no buscaban la invalidación de la RCA para el proyecto de construcción del Aeropuerto —ésta había sido dictada en octubre del año 2007, respecto del “anteproyecto referencial” presentado por el Ministerio de Obras Públicas (MOP), por lo que una acción de este tipo no sólo era extemporánea, sino que no podía invocar los derechos garantizados por el Convenio, dado que este entraría en vigencia dos años más tarde—; así, la medida administrativa cuya invalidación se solicitó a la Corte de Apelaciones de Santiago, fue el Decreto N° 121 del MOP de 12 febrero del año 2010, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril del mismo año, que adjudicaba la licitación para la construcción de la obra. Además de la magnitud del proyecto, la causa adquirió notoriedad porque la Corte de Apelaciones de Santiago otorgó una Orden de No Innovar, bajo la cual el proyecto estuvo suspendido hasta que hubiese una sentencia ejecutoriada en la causa. Finalmente, la Corte decide por votación de mayoría⁸⁷ no otorgar la protección

⁸⁷ En su voto de minoría, la Ministra Chaimovic, utiliza la interpretación del Comité de Expertos de la OIT para desestimar diversos puntos a partir de los cuales que la mayoría argumentaba la armonía entre participación y consulta, y termina replicando los términos de la disidencia de Brito para rechazar la conclusión de la mayoría: “7) Que los mecanismos de participación que se llevaron a cabo en este proceso no se corresponden con aquél contemplado en el artículo 6° del Convenio Número 169 de la OIT, motivo por el cual se estima que la decisión atacada 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 consulta 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’”.

requerida por las comunidades, reproduciendo los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema en Mehuin⁸⁸.

Como señalaba, al conocer la apelación, la Corte prefiere soslayar la encrucijada que se le presenta, a saber, si volver a su doctrina de la “compatibilización del Convenio a la Ley” o seguir con la tesis enunciada en *Lanco*, de que la participación ciudadana debía contemplar los estándares de la consulta. Finalmente confirma la sentencia, pero eliminando las razones sostenidas por el *a quo* para rechazar el recurso, relativas a la armonía entre ambos procesos de participación. En su lugar, el tribunal supremo otorga por mayoría un motivo puramente formal: el decreto del ejecutivo que se impugna constituye la culminación de proceso de licitación que se empezó en el año 2006, de manera tal que todos los asuntos que les interesan a las comunidades no fueron decididos a través del mismo, “sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N° 169 de la OIT”⁸⁹. Esto hacía que la consulta no fuese exigible a dicho acto⁹⁰. Al respecto, el Ministro Brito disiente de la opinión de la mayoría, por una razón muy simple –la que, por lo demás, es bastante obvia-: al momento de la dictación del Decreto de Adjudicación, el Convenio ya se encontraba vigente, y, por ende, era procedente la consulta.

Independiente de que la motivación de la Corte parezca más una excusa que una razón, dicho gesto no deja de ser significativo. Sin caer en el voluntarismo, se podría argüir que esta decisión no era contradictoria con la línea manifestada en *Lanco*; después de todo, explícitamente se eliminan los considerandos de la Corte de Santiago donde sostenía la tesis de la compatibilización entre consulta y participación ciudadana. Sin embargo, a esta posición se superpone la decisión de la Corte Suprema, de junio del 2011, de confirmar –por mayoría y con la disidencia de Brito- la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica⁹¹, que rechazó la solicitud de invalidación de la RCA del proyecto de exploración minera “Catanave”, suscribiendo a la tesis de que los derechos de participación contenidos en el Convenio se rigen por el procedimiento contemplado en la legislación ambiental⁹².

⁸⁸ SCA de Santiago de 31 de enero de 2011, en causa Rol 1794-2010, en autos caratulados *Reyes Alcamán, Iván y otros con Ministerio de Obras Públicas*, Considerando 10°.

⁸⁹ SCS de 6 de mayo de 2011, en causa Rol 1608-2011, autos caratulados “*Reyes Alcamán, Iván y otros con Ministerio de Obras Públicas*”, que confirma la SCA de Santiago de de 31 de enero de 2011, en causa Rol 1794-2010, Considerando 5°.

⁹⁰ Considerando 6°.

⁹¹ SCS de 16 de junio de 2011, en causa Rol 2262-2011, caratulados “*i. municipalidad de putre contra corema*”, que confirma la SCA de Arica de 4 de marzo de 2011, en causa Rol 9-2011.

⁹² SCA de Arica de 4 de marzo de 2011, en causa Rol 9-2011, caratulados “*i. municipalidad de putre contra corema*”, Considerando 14°.

Con esta sentencia se cierra la etapa de mayor incertidumbre en las decisiones de la Corte respecto del derecho a consulta. Si bien es claro que, tanto por la inseguridad jurídica como por la desigualdad en la protección del derecho que genera, situaciones de este tipo son perjudiciales para el Estado de Derecho, al mismo tiempo no puede desconocerse que esa misma indeterminación abre un espacio y legitima interpretaciones hasta entonces minoritarias, propiciando de este modo un eventual cambio de jurisprudencia. La etapa que sigue –y que se sostiene hasta la actualidad- puede tomarse como ejemplo de ello.

I.III. Tercera etapa: la diferencia entre consulta y participación ciudadana

Hemos revisado cómo sistemáticamente el Ministro Brito sostuvo una disidencia sustancial respecto de las posturas de la Corte que propugnaban la asimilación de la consulta a la participación ambiental. Pues bien, el 13 de julio del año 2011, conociendo del caso “*Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional Del Medio Ambiente Region Antofagasta*” (San Pedro), la Corte Suprema adhiere por primera vez y por unanimidad a la tesis de que la consulta es un imperativo legal y que no está contenida en la participación ambiental.

Redactada por el mismo Brito, en ésta se revoca la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que rechazaba la acción impetrada por diversas comunidades y el Consejo de Pueblos Atacameños en contra de la RCA que aprobaba de manera inconsulta el Plan Regulador de San Pedro de Atacama. Entre las razones esgrimidas para rechazar la acción constitucional, el tribunal de primera instancia usó la *ratio decidendi* expresada por la Corte Suprema en Palguin, i.e. (a) ya que ninguno de los órganos sectoriales estableció que se producía alguno de los efectos del art. 11 de la ley 19.300, es que no existía la afectación que hace procedente la consulta, agregándose que, por lo demás, (b) la comunidad fue “escuchada” en la instancia pertinente⁹³.

Sobre (a), la afectación de la medida administrativa, la Corte Suprema se limitó a señalar que el propio plan regulador objeto del recurso reconocía como su finalidad primordial el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente, por lo que era claro que el mentado acto era susceptible de afectar a los recurrentes, haciéndose, por tanto,

⁹³ SCA de Antofagasta de 21 de diciembre de 2010, en causa Rol 782-2010, caratulados “*Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Region Antofagasta*”, Considerando 10°.

procedente la consulta⁹⁴. Respecto de (b), las medidas de participación que dice haber realizado la recurrida, la Corte estima que éstas “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha”, reiterando lo ya dicho en los votos de minoría, respecto a cómo el desplegar información no constituye un acto de consulta, pues no le permite a los afectados influir en la nueva planificación territorial, produciéndose una situación que contradice netamente el espíritu del Convenio:

Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de éstas.

En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que ataque a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones⁹⁵;

Por esto, la Corte determina que la RCA es ilegal, lesionándose la garantía de la igualdad ante la ley, pues “al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”⁹⁶. Consecuentemente, se debía realizar un EIA que contemple una participación ciudadana que “deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido”⁹⁷.

La sentencia es relevante no sólo porque retoma la línea sentada por el tribunal en *Lanco*, en el sentido de rechazar la homologación entre participación ambiental y consulta, sino porque es la primera vez que la Corte acepta la tesis de los recurrentes, en el sentido de considerar que la falta de consulta es el hecho ilegal que produce la afectación de la garantía constitucional señalada. En las próximas sentencias, dicha interpretación se iría consolidando.

En efecto, en el último fallo en el que se pronunciaría Brito como miembro de la Tercera Sala, la Corte Suprema confirma un fallo en donde la Corte de Arica había desestimado una acción

⁹⁴ SCS de 13 de julio de 2011, en causa Rol 258-2011, caratulados “Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Region Antofagasta”, Considerando 7°, que revoca la SCA de Antofagasta de 21 de diciembre de 2010, Rol 782-2010.

⁹⁵ Considerando 8°.

⁹⁶ Considerando 9°.

⁹⁷ Considerando 10°.

inciada frente al proyecto minero “Manganeso Los Pumas”. Si bien la razón principal del tribunal *a quo* para rechazar el recurso podría estimarse plausible –después de todo, el recurso se interpuso contra la presentación del EIA del proyecto, sin identificar claramente un acto administrativo-, en su considerando décimo cuarto agrega como *dictum* que la participación ciudadana de los EIA cumple con la finalidad de la consulta⁹⁸. Por ende, al confirmar por unanimidad la sentencia, la Corte Suprema lo hace eliminando justamente el citado considerando décimo cuarto⁹⁹.

Luego de este fallo, el Ministro Brito abandona la Tercera Sala (Constitucional) de la Corte Suprema; al mismo tiempo, ingresa el Ministro Sergio Muñoz, bajo cuya presidencia la sala consolidará la línea jurisprudencial correspondiente a esta tercera etapa, a través de tres sentencias dictadas en la primera mitad del presente año.

En efecto, con un poco más de una semana de distancia, el 22 y 30 de marzo de 2012, la Corte Suprema emite pronunciamiento sobre los casos *Parque Eólico Chiloé*¹⁰⁰ y *Paguanta*¹⁰¹, revocando las sentencias de primera instancia dictadas por las cortes de Puerto Montt e Iquique respectivamente, e invalidando consecuentemente las resoluciones de calificación ambiental correspondientes a los proyectos, por la falta de consulta a las comunidades indígenas en sus procesos de evaluación ambiental. Es interesante notar que ambas replican las tres características más importantes expresadas en San Pedro: (a) hay un raciocinio factual de la Corte en orden a que, sin entrar en pronunciamientos técnicos, de la sola revisión de los antecedentes contenidos en el expediente ambiental se desprende la posibilidad de afectación a los pueblos indígenas –la existencia de “sitios arqueológicos” y la acreditación por medio de un estudio antropológico del valor simbólico que dichos sitios y el territorio en general tenían para las comunidades indígenas del sector, en *Parque Eólico*¹⁰², y el desarrollo del proyecto en un

⁹⁸ SCA de Arica de 2 de noviembre de 2011, en causa Rol 359-2011, autos caratulados “*Gino Raul Grunewald Condori y otros contra Rodolfo Barbosa Barrios Intendente de la Región de Arica y Parinacota*”, Considerando 14°.

⁹⁹ SCS de 2 de diciembre de 2011, en causa Rol 10869-2011, autos caratulados “*Gino Raul Grunewald Condori y otros contra Rodolfo Barbosa Barrios Intendente de la Región de Arica y Parinacota*”, que confirma la SCA de Arica de 2 de noviembre de 2011, en causa rol 359-2011.

¹⁰⁰ SCS de 22 de marzo de 2012, en causa Rol 10090-2011, autos caratulados “*Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Lagos*”, que revoca la SCA de Puerto Montt de 11 de octubre de 2011, en causa Rol 239-2011.

¹⁰¹ SCS de 30 de marzo de 2012, en causa Rol 11040-2011, caratulados “*Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá*”, que confirma la SCA de Iquique de 8 de noviembre de 2011, en causa Rol 472-2011.

¹⁰² “Séptimo: Que en contradicción con lo previamente señalado y teniendo en consideración lo dispuesto en la letra f) del artículo 11 de la citada ley, los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto en los antecedentes con que contaba el organismo, contenidos en el documento acompañado a la Declaración de Impacto Ambiental denominado “Línea base aspectos culturales y

Área de Desarrollo Indígena y la existencia de una comunidad al aymara aledaña al mismo, en *Paguanta*¹⁰³; (b) el hecho ilegal que lesiona la garantía constitucional de la igualdad ante la ley es la falta de consulta, y es ésta la que obliga la realización de un EIA¹⁰⁴; y (c) el restablecimiento del imperio del derecho opera a través de la realización de un EIA, “que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla”¹⁰⁵. Además, a diferencia del primer período, en donde eran los tribunales a quo los que sostenían con mayor firmeza la interpretación de los pueblos indígenas, en los cuatro fallos correspondientes a esta etapa, es la Corte Suprema la que viene enmendar en lo pertinente –sea confirmando con declaración, sea revocando- decisiones de las cortes de apelaciones.

El caso El Morro, de abril del presente año, tal como se mostró al inicio de este capítulo, trasciende a las argumentaciones precedentes: fue la misma Corte de Apelaciones de Antofagasta la que invalidó la RCA, de un proyecto tramitado por EIA, determinando que no se había dado cumplimiento a la ley ambiental y haciendo procedente la consulta del Convenio; la Corte Suprema se limita a confirmar con una breve declaración, que mantiene intactos los derechos de los pueblos indígenas garantizados por el *a quo*. Puede que a partir de ello se desarrolle una nueva etapa en la garantía del derecho a consulta, o que en verdad sea solo una forma más compleja, menos lineal, de articular la misma dentro del proceso mayor que significa la evaluación ambiental. En cualquier caso, la futura entrada en vigencia del Nuevo Reglamento del SEIA, que contiene una participación ciudadana diferenciada para los pueblos indígenas, y de los Tribunales Ambientales, cuyas apelaciones serán igualmente conocidas por la Tercera Sala de la Corte, constituyen factores que obligarán a los diferentes actores a reformular sus narraciones respecto a la consulta, y a la Corte a decidir autoritativamente sobre ellas.

arqueológicos” que da 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”; Octavo: “[...] Se debe considerar, además, lo indicado en el estudio antropológico realizado en mayo de 2011, que se adjunta a la citada ADENDA N°2, donde se reconoce el valor patrimonial y la significación simbólica que las comunidades le otorgan a los sitios arqueológicos identificados, relacionados con sus prácticas ancestrales, identificando la zona de Playa Mar Brava -lugar de asentamiento del proyecto- como territorio Huilliche, destacándose el Puente Quilo como un lugar vinculado a ceremonias rituales fúnebres”.

¹⁰³ “SÉPTIMO: Que tal como consta en el proceso de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, la CONADI, durante la tramitación de la misma efectuó constantes reparos a la aprobación de referida Declaración fundados en la existencia del Área de Desarrollo Indígena “Jiwsa Orage”, como también en el asentamiento del proyecto cerca de la Comunidad Indígena Aymara de Cultane reconocida por la Ley N° 19.253 [...]”.

¹⁰⁴ Considerando 7°, y Considerandos 10° y 11°, respectivamente.

¹⁰⁵ Considerando 10° y 11°, respectivamente.

II. Las implicancias de la judicialización: separación de poderes y la aplicación judicial de los tratados de derechos humanos.

A mediados del presente año, el Presidente de la Corte Suprema, Rubén Ballesteros, acusaba que en Chile se estaba produciendo una “judicialización de los conflictos ambientales”, en el sentido de un número creciente de disputas de carácter medioambiental se sometían a conocimiento de los tribunales cuando, en opinión de Ballesteros, serían competencia de otras autoridades¹⁰⁶. Sin embargo, meses más tarde, en respuesta a las críticas del poder ejecutivo luego de que la Corte dejara sin efecto las autorizaciones ambientales de una serie de proyectos energéticos –entre los que se encontraba el ya revisado “Parque Eólico Chiloé”–, el mismo Ballesteros replicaba: “las personas también tienen derechos”¹⁰⁷.

En cierto sentido, si se entiende a la judicialización como la presencia cada vez mayor de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social, y la creciente resolución en los tribunales de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad¹⁰⁸, se comprende cómo la ambivalencia de Ballesteros responde a una tensión genuina que se da en el núcleo de la actividad judicial respecto del entramado de *checks and balances* existente para mantener el equilibrio entre los diversos poderes del Estado –i.e., entre la deferencia debida a la Administración y la cautela de los derechos fundamentales–. En nuestro caso, el conflicto más obvio, pero no el más importante, que se presentaría en el proceso de judicialización descrito sería aquel que se da por la invalidación de actos administrativos de la autoridad ambiental. Comencemos, entonces, revisando las consecuencias de ello.

En Chile, existen una serie de órganos ajenos a la estructura de la administración estatal – Contraloría General de la República, los Tribunales de Justicia y el Tribunal Constitucional– que ejercen el control de la juridicidad de sus actos. No obstante, por la misma lógica de la división de poderes, la revisión judicial de los actos de la Administración –en particular las que realizan

¹⁰⁶ *Presidente de la Corte Suprema acusa judicialización del país en torno a conflictos medioambientales*, Radio Bío-Bío, Lunes 28 de mayo de 2012, (acceso 01/11/12). <http://www.biobiochile.cl/2012/05/28/presidente-de-la-corte-suprema-acusa-judicializacion-del-pais-en-torno-a-conflictos-medioambientales.shtml>

¹⁰⁷ *Presidente de la Corte Suprema tras portazo a termoeléctricas: “La gente también tiene derechos”*, Radio Bío-Bío, 30 de agosto de 2012. (acceso 15/10/12) <http://www.biobiochile.cl/2012/08/30/presidente-de-la-corte-suprema-tras-portazo-a-termoelectricas-la-gente-tambien-tiene-derechos.shtml>

¹⁰⁸ Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. “Introducción”. Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (Eds.). *La judicialización de la política en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 15.

los Tribunales Superiores de Justicia a través del recurso de protección- siempre ha sido particularmente compleja, y típicamente los tribunales han situado éstas prácticas más allá de su control, fundando dicha abstención, por ejemplo, en que no les corresponde pronunciarse sobre los méritos de la decisión sino solo de si ésta estaba dentro de la jurisdicción o de los poderes de del funcionario¹⁰⁹.

Hasta hace unos pocos años, basándose en que el art. 20 inc. 2º de la Constitución requiere la “ilegalidad” del acto¹¹⁰ para hacer procedente el recurso de protección en materia ambiental¹¹¹, la doctrina jurisprudencial a propósito de esta acción se orientaba en abrumadora mayoría por el rechazo del amparo del N°8 del artículo 19 cuando los actos impugnados se encontraban sometidos *prima facie* al imperio de la ley, i.e., como cuando se sujetan al SEIA o a la legislación sectorial de relevancia ambiental¹¹². En este sentido, una revisión de los aspectos técnicos de la evaluación ambiental –se argumentaba- le corresponde a la autoridad administrativa designada al efecto; proceder de forma contraria, esto es, realizando un examen de mérito de la resolución, significaría la sustitución, por parte de los tribunales, de la administración que le corresponde al Estado –esta deferencia que sitúa a la violencia estatal “más allá del derecho”, es a lo que Cover llamaba la “hermenéutica de la jurisdicción”¹¹³-. Sin embargo, desde la dictación por la Corte Suprema del fallo *Campiche* en el 2009¹¹⁴, se ha establecido que la RCA sí es susceptible de revisión judicial por las cortes, en una

¹⁰⁹ Cfr. Fitzpatrick, Peter. *La mitología del derecho moderno*. México D.F.: Siglo veintiuno editores, 1998, pp. 166 y ss.

¹¹⁰ El art. 20 de la CPR exige para que proceda: (i) un acto u omisión ilegal o arbitrario; (ii) vulneración de una garantía constitucional; y (iii) nexos causal entre ambos. En el caso del RP ambiental es más restringido, por cuanto : solo procede ante “acto u omisión ilegal” que además debe ser “imputable a una autoridad o persona determinada”.

¹¹¹ “Al exigir el supuesto de hecho del recurso de protección que el acto u omisión sea ilegal, entendemos que el juez necesariamente debe verificar la adecuación del acto u omisión impugnado con la ley habilitante, lo cual no significa que la Constitución quede opacada por la ley, impidiéndole ser aplicada. No obstante, hay jurisprudencia que ha definido el alcance del término ilegal, como lo contrario a la ley, entendida esta última de acuerdo con la definición que de ella hace el artículo 1º del C.C.”. Silva Irarrázaval, Luis Alejandro. Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos. *Estudios Constitucionales*, Año 5 N°1, 2007, p. 295. Sobre la importancia de la antijuricidad calificada que se requiere en el recurso de protección ambiental, véase Guiloff, Matías. Campiche: es revisable la resolución de calificación ambiental. *Anuario de Derecho Público*, N°1, 2010, pp. 206-208.

¹¹² Cfr. Zúñiga, Francisco. “Derechos fundamentales y garantías en la reforma constitucional”. Citado en Silva Irarrázaval, Luis Alejandro. *Op. Cit.*, p. 296.

¹¹³ “[...] In the name of principles of deference that emerge from ideas of federalism or separation of powers, place the violence of administration beyond the reach of ‘law’ –even court law; “The result in all cases is deference to the authoritarian application of violence, whether it originates in court orders or in systems of administration. **Law, even constitutional law, succumbs to the hermeneutic of jurisdiction**”. Cover, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: *Nomos* and Narrative, p. 57. El énfasis es mío.

¹¹⁴ SCS de 22 de junio de 2009, causa Rol 1219-2009, caratulada *Ricardo Gonzalo Correa Dubri contra Comisión Regional Del Medio Ambiente de Valparaíso*, que confirma la SCA de Valparaíso de 8 de enero de 2009, Rol 317-2008. Cfr. Guiloff, Matías, *Op. Cit.*, pp. 204-219.

jurisprudencia que alcanza su epítome en el reciente caso *Castilla*¹¹⁵. Bajo esta lectura, e independientemente que la mayoría de las invalidaciones revisadas hayan sido por lesionar la igualdad ante la ley –el argumento funciona igual en estos casos, pues las invalidaciones se producen, de la misma manera que en lo referente al derecho al medio ambiente, por la “ilegalidad” del acto y no por su “arbitrariedad- los recursos acogidos por la Corte Suprema respecto al Convenio 169 no vienen sino a operar y reforzar las líneas jurisprudenciales que sostienen el control constitucional de los actos del administrador ambiental.

Ahora bien, sin desconocer lo anterior, hay un hecho particular que se da en las invalidaciones de las resoluciones de calificación ambiental efectuadas durante la tercera etapa, y que tiene que ver con la comprensión de la “ilegalidad” del acto que lesiona las garantías constitucionales. En el marco del SEIA, clásicamente se ha entendido que la “ilegalidad” se refiere a la infracción en el ejercicio de los elementos reglados de la potestad jurídica que a la administración le ha sido conferida por el legislador¹¹⁶. Asimismo, los tribunales la han homologado a lo que es contrario a la ley, según el concepto contenido en el art. 1 del Código Civil¹¹⁷. De hecho, en *Catanave*, la Corte de Apelaciones de Arica construyó su argumentación justamente bajo este supuesto: porque el recurso de protección –sea por derecho al medioambiente o no- requiere que exista un acto “ilegal”, y la autoridad ambiental actuó en estricto cumplimiento de la normativa vigente sobre participación de la comunidad en el proceso de evaluación de impacto ambiental, la que, según la propia Corte Suprema da cumplimiento a los derechos consagrados en el Convenio 169, es que no era procedente el recurso¹¹⁸. El razonamiento anterior nos muestra que la premisa de la cual comenzaban los pueblos indígenas, y que después acogió la Corte, implicaba un concepto de “legalidad” que excedía la definición del Código Civil, al incorporar dentro de ésta a los derechos garantizados por el Convenio, que venían a modificar en lo pertinente la ley de bases generales del medio ambiente. Tal como lo comprendió la Corte de Apelaciones de Concepción, previo a desestimar el recurso entablado contra la “Minicentral Hidroeléctrica Cayupil”:

8°.- Que, en las conclusiones anotadas esta Corte no observa alguna ilegalidad ni menos arbitrariedad en la tramitación de la Resolución que se impugna, salvo que se estime [...] que la

¹¹⁵ SCS de 28 de agosto de 2012, Rol 1960-2012, caratulada “*Manuel Luciano Rocco Hidalgo y otros contra Directora Regional (S) Servicio Evaluación Ambiental e Intendente (S) III Región Atacama*”, que revoca la SCA de Antofagasta de 30 de enero de 2012, Rol 174-2011 y confirma la SCA de Antofagasta de 6 de marzo de 2012, Rol 173-2011.

¹¹⁶ Galindo, Mario. *El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la jurisprudencia*. Citado en Guiloff, Matías, *Op. Cit.*, p. 207.

¹¹⁷ Artículo 1°. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

¹¹⁸ Considerando 11° y ss.

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 fundamental¹¹⁹.

Dejando de lado las consecuencias relativas al desconocimiento jurisprudencial del DS 124 que se dio de manera transversal en los tres períodos revisados, la ampliación del concepto de “ilegalidad” que realiza la Corte en el período final, y que en términos prácticos supone una modificación tácita de la Ley 19.300, abre diversas interrogantes respecto a los efectos de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno. Por ejemplo ¿implica esta decisión de la Corte Suprema una forma de “control de convencionalidad” de la leyes a la manera que sugiere la Corte Interamericana¹²⁰? Y si lo hace ¿es objetable democráticamente dicho control? Después de todo, se podría decir, el Congreso tuvo la oportunidad de incorporar los estándares del Convenio a la participación ciudadana al momento de la reforma de la Ley 19.300 por la ley 20.417, publicada en enero de 2010, y si bien los consagró a manera de directrices generales en el art. 4 inciso 2º¹²¹, no hubo acuerdo para incorporarlos

¹¹⁹ SCA de Concepción de 1 de diciembre de 2010, Rol 401-2010, caratulados “*H.D. Fernando Meza Moncada y otros contra Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Del Bio-Bio*”, considerando 8º.

¹²⁰ “Teniendo en cuenta las exigencias propias de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación, a través del denominado ‘control de convencionalidad’ la Corte ha hecho notar a los Estados que, independientemente de las reformas legales que deban adoptar para compatibilizar determinadas disposiciones y prácticas con la Convención Americana y los estándares internacionales que correspondan, en principio, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles deben actuar inmediatamente y de oficio en el sentido de adecuar sus decisiones a dichas disposiciones y estándares, frente al conocimiento de los casos que se les sometan”. Ibáñez Rivas, María José. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile, 2012, pp. 105 y 106. De hecho, en la primera sentencia en la que se refirió a esta fue sobre la aplicabilidad del DL de amnistía en Chile. Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006*. Serie C No. 154, párr. 124. En sentencias posteriores, la Corte especifica que el “control de convencionalidad” no se limita a la Convención Americana, sino que incluye en general a los tratados de derechos humanos: “La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008*. Serie C No. 186, párr. 180. Para una crítica del “control de convencionalidad” para el caso chileno véase Fuentes Torrijos, Ximena. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, vol. 15 N° 4, 2007, pp. 21-35.

¹²¹ Artículo 4º.- Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

específicamente en el Párrafo 3º del Título I de la Ley –“De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”-. En este sentido, ¿está legitimado el juez constitucional para suplir dicha omisión?

La respuesta a la primera pregunta –i.e., si operó un “control de convencionalidad”- se podría decir que es afirmativa, por cuanto los jueces construyen la “ilegalidad” que hace procedente el recurso, utilizando directamente la norma del art. 6 del Convenio 169 para complementar la participación de la ley ambiental y, a partir de la omisión fáctica de aquella, determinar la ilegalidad del acto administrativo. Sin embargo, quizás fuese más correcto hablar acá de un “control de constitucionalidad” –la misma Corte IDH reconoce la complementariedad entre ambos controles¹²²-, ya que lo que faculta al tribunal para ejercer dicho control es menos el derecho internacional de los derechos humanos que en el artículo 5 inciso 2º de la CPR, pues, por más que la doctrina no esté conteste en la jerarquía normativa específica que a partir de dicho artículo tendrían los tratados de derechos humanos –si supraconstitucional, constitucional, o supralegal pero infraconstitucional- de cualquier forma sí habría consenso en que al menos tendrían una jerarquía superior a la ley. Recuérdese también que el Tribunal Constitucional dictaminó que el art. 6 del tratado podía derogar leyes orgánicas constitucionales, y había sido aprobada con el quórum para ello.

En este caso, entonces, para determinar si el acto de la autoridad ambiental era ilegal, la Corte Suprema no agota su análisis en la adecuación de éste a la ley 19.300, sino que realiza un control de juricidad en sentido amplio, en donde el parámetro de control comprende no solo la ley, sino también los derechos fundamentales reconocidos por la CPR, llegándose justamente a la conclusión respecto a la cual mostraba escepticismo la corte de Concepción, a saber, 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”.

Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

¹²² Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

Respecto a la segunda interrogante, i.e. aquella “dificultad contramayoritaria” presente cada vez que hay una evaluación judicial sobre la validez de una ley¹²³, lo cierto es que jurídicamente es muy difícil sostenerla respecto al derecho a consulta. En primer lugar, acá no estamos en presencia de un principio constitucional abstracto que sea incapaz de adjudicar un conflicto, y cuyo contenido sea finalmente determinado políticamente por el juez de turno¹²⁴; al contrario, por un lado, la interpretación que hace la Corte es respecto de las características específicas y precisas de ambos tipo de participación, examen técnico del cual colige que implican procedimientos diferentes; por otro, en los casos vistos, la Corte se limita a “poner en mora” de su incumplimiento al gobierno¹²⁵ y a ordenar la realización de la consulta, sin inmiscuirse en definiciones para las que es más adecuado un órgano con legitimidad democrática. A ello habría que agregar el antecedente no menor que el Convenio –como dispone el art. 54Nº1 inciso 1º- se sujetó, en lo pertinente, a los trámites de una ley, siendo ratificado luego de una larga discusión parlamentaria, en donde el Proyecto de Acuerdo finalmente fue aprobado con quórum de más 4/7 y 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio respectivamente¹²⁶, y en donde se dejó establecida, aun con las contradicciones que ya revisamos, la autoejecutabilidad del derecho a consulta. En tales condiciones, decir que la Corte Suprema está imponiendo su propia comprensión de una norma con un alto grado de indeterminación por sobre la voluntad popular, significa desconocer la naturaleza de la obligación aplicada, el tipo de remedio otorgado y el proceso de tramitación parlamentaria del tratado.

Por lo demás, no se debe olvidar que la acción de la Corte está dirigida a la protección de los derechos de un grupo vulnerable como son los pueblos indígenas –“población protegida”, para la legislación ambiental-, que es objeto de discriminación estructural y cuya participación política se haya fuertemente restringida¹²⁷, por lo que, siguiendo a John Hart Ely, el control

¹²³ “¿Cómo puede ser que un reducido grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Ésta es la denominada ‘dificultad contramayoritaria’”. Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 19.

¹²⁴ Cfr. Atria, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. *Revista Derecho y Humanidades*, Nº11, 2005, pp. 27-29.

¹²⁵ Cfr. Abramovich, V. y Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 44 y 45.

¹²⁶ Silva Neriz, Hernando. *Op. Cit.*, pp. 63-65.

¹²⁷ Como lo ha explicado Pedro Marimán: “A pesar de su importancia demográfica y de los esfuerzos del movimiento en sus 101 años de existencia formal, los mapuche están excluidos no solo de la formación de la “voluntad política nacional”, si no que, además, de la toma de decisiones en sus propias regiones. No cuentan con representación en ninguna de las dos cámaras del Congreso, apenas con un concejero regional en La Araucanía –situación que no se repite en las otras tres regiones constitutivas del Wallmapu–, dos alcaldes de 32 municipios en la misma región y la décima parte de los concejales municipales. Esto, a pesar de constituir la tercera parte de la población regional, como se ha mencionado anteriormente”. Marimán, Pedro. “La exclusión política de los mapuche, otro déficit de la democracia

judicial acá funciona precisamente para asegurar su participación en la democracia, en condiciones de igualdad¹²⁸. Esto se hace más evidente si se considera que el derecho que consagra el Convenio es una forma de participación política, la que fue ilegalmente omitida al aprobarse la ley 20.417 que reforma la ley 19.300, sin consulta previa.

III. Estado de Derecho y la necesidad de precisión del contenido sustantivo del derecho a consulta

Visto lo anterior, todavía subsiste una interrogante, que tiene que ver con el remedio (*remedy*) propuesto por la Corte Suprema. Mencionaba en el párrafo precedente que la fórmula usada - “un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla”- dejaba un amplio margen para que las autoridades políticas pudiesen definir los procedimientos que darían cumplimiento a los mandatos del Convenio. Esto, que puede ser deseable desde el punto de vista de la deferencia a órganos que poseen mayor legitimidad democrática y capacidad técnica para realizar tales precisiones, trae a su vez inconvenientes desde la perspectiva del Estado de Derecho, especialmente desde un concepto formal del mismo¹²⁹. Recuérdese que tanto la formulación formal como la material del Estado de Derecho, responden a la pregunta de cuál es la mejor forma de proteger los derechos

chilena” (acceso 15/10/12). http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/sites/default/files/biblioteca/art-exclusion_politica_mapuche_pedro_mariman_octubre_2011.pdf

¹²⁸ Cfr. Linares, Sebastián, *Op. Cit.*, pp. 121-129. Ely desarrolla su teoría a partir de la famosa *foot note four* del Juez Stone de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *United States v. Carolene Products Co.*: “[...] prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. La lectura común sugiere que el judicial review estaría justificado en protección la protección de estas minorías distintas y aisladas: “Minorities in the sense of that paragraph and in the sense we use the term today –religious. Ethnic, national and racial minorities – became a special object of judicial protection only with footnote four, which was written at almost the exact moment when majoritarianism became the dominant constitutional perspective”. Cover, Robert. The origins of judicial activism in the protection of minorities. *The Yale Law Review*, Vol. 91, N°7, 1982, p. 1294. Para Owen Fiss, en estos casos la objeción contramayoritaria pierde fuerza en tanto “la actuación del poder judicial podría ser vista como una intervención destinada a amplificar la voz de la minoría sin poder; como una forma de rectificar la injusticia del proceso político”. Fiss, Owen. “Grupos y la Cláusula de Igual Protección”. Gargarella, Roberto (Comp.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 142. Vale la pena señalar que incluso un detractor del judicial review como Jeremy Waldron, asume como presupuestos para rechazar el activismo judicial, *inter alia*, la existencia de una sociedad democrática y de instituciones legislativas en buena forma en lo que igualdad política se refiere; consecuentemente, refiriéndose a las “discrete and insular minorities”: “Minorities in this situation may need special care that only non-elective institutions can provide –special care to protect their rights and special care (as John Hart Ely points out) o repair the political system and facilitate their representation”. Waldron, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, Vol. 115, N°6, 2006, p. 1403.

¹²⁹ Quiero precisar que con esta aserción no digo que la Corte debió haber realizado estas definiciones, como lo ha hecho la Corte Constitucional Colombiana, sino más bien señalar una cuestión de hecho que debe ser abordada por la dogmática y remediada por el legislador.

fundamentales frente a la excepcionalidad política¹³⁰, pero mientras la última se orienta hacia la realización de los valores o bienes establecidos como derechos, que son concebidos como parámetros de justicia material¹³¹, la primera se caracteriza por basarse en una concepción estricta del imperio de las leyes, esto es, la sumisión de las autoridades –especialmente administrativas- al Derecho¹³². De aquí que, aun cuando no comparto sus conclusiones ni la totalidad de su diagnóstico, sí creo que tiene razón Correa al afirmar que las exigencias de una concepción formal del *rule of law* –claridad, generalidad y publicidad de las leyes- pueden ser difíciles de obtener si los tribunales aplican directamente los tratados internacionales¹³³, y nuestro caso lo ejemplifica.

Así las cosas, las características de la consulta señaladas por el art. 6.1 letra a) y 6.2 –i.e., que sea realizada mediante “procedimientos adecuados”, a través de sus “instituciones representativas”, cuando la RCA sea “susceptible de afectarles directamente”, que se “efectúe de buena fe”, “de una manera apropiada a las circunstancias”, y “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”- requieren, en mayor o menor grado, de un desarrollo de su contenido. Por ende, sin perjuicio que la autoridad ambiental objeto de la orden del tribunal deba recurrir a procesos *ad-hoc* para cumplir con su obligación en los casos específicos, tanto por razones de protección de derechos como de seguridad jurídica, es necesario establecer en términos formales el alcance y contenido de la consulta en materia de proyectos de inversión, por medio de una ley¹³⁴.

En la actualidad, el gobierno se encuentra llevando adelante diálogos con organizaciones indígenas respecto de una minuta de reglamento de consulta, la cual continúa la tradición del DS 124 de, ante proyectos de inversión susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, redirigirlos a los “procedimientos de consulta que se contemplan en la ley N° 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Esto prevé un escenario complejo, por cuanto, de partida, no existe ningún procedimiento de consulta en la ley 19.300, y la consulta indígena del Nuevo Reglamento del SEIA –el que todavía no entra en vigencia-, si bien se diferencia de la participación ciudadana, tampoco cumple con los estándares del Convenio.

¹³⁰ Cfr. Marshall Barberán, Pablo. *Op. Cit.*, p. 193.

¹³¹ *Íd.*, p. 194.

¹³² *Íd.*, p. 192.

¹³³ Correa González, Rodrigo. “Tratados internacionales bajo el embrujo de Brown”. *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001, p. 265

¹³⁴ Contesse, Jorge. “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, p. 226.

Todo lo anterior hace imperativo el análisis de las características que conforman el derecho a consulta, con el objeto de precisar su contenido sustantivo; a ello es a lo que me avocaré en la segunda parte de esta tesis.

Por las particularidades de este trabajo, solo profundizaré en el contenido de dos de las características enunciadas, las que si bien son de gran importancia operativa, han sido generalmente relegadas en los debates nacionales e internacionales: (a) la obligación de que sea realizada a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, y (b) la susceptibilidad de afectación que la hace procedente.

Ambas, se sabe, se vinculan directamente, una en sentido externo y otra interno, con el respeto al derecho a la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas. En el ámbito externo, la comprensión amplia de la “susceptibilidad de afectación” y la participación de las comunidades en la determinación de los efectos que ella implica, sirve “para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración”¹³⁵. En el orden interno, en tanto, las instituciones representativas de los pueblos indígenas “actúa[n] así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”¹³⁶.

Pues bien, lo decía, a pesar de sus complejidades, ambas han sido casi nulamente abordadas, y, lo que es peor, en el caso de (b) se ha ido consolidando erróneamente una línea que la articula con el art. 11 de la ley 19.300, privando así a la consulta de la especificidad cultural a la que debe responder. Será por este último concepto, entonces, que iniciaré el análisis.

¹³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T.973 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹³⁶ *Ibíd.*

Capítulo III:

La procedencia de la consulta y los efectos del art. 11 de la Ley Ambiental. Hacia un concepto amplio de afectación directa

El mapa es más interesante que el territorio.

Michel Houellebecq, *El mapa y el territorio*

“Cuando alguien pregunta: ‘¿quién decidirá qué derechos tengo?’”, decía Jeremy Waldron, “una respuesta (*mi* respuesta) es ‘la gente cuyos derechos están en cuestión tiene el derecho a participar en iguales términos en esta decisión’”¹³⁷. Sin embargo, notaba el autor neozelandés, esta no es la única respuesta posible: “[e]n lugar de otorgar el poder a la gente sobre la base de que, después de todo, son sus derechos los que están en juego, podríamos confiar la autoridad moral final a una elite académica o judicial, sobre la base que, con mayor probabilidad, va a resolver correctamente las cuestiones de esta materia”¹³⁸. La cuestión planteada, aun cuando se entienda formulada en el contexto del debate sobre el *judicial review*, me es útil para ilustrar las diferencias que operan en doctrina y jurisprudencia respecto de qué quiere decir el Convenio 169, cuando establece la obligación de consulta a los pueblos indígenas respecto de aquellas medidas que sean “susceptibles de afectarles directamente”. ¿Refiere simplemente a que la consulta procede una vez que se compruebe que los derechos de las comunidades van a ser afectados, o, por el contrario, implica que basta la plausibilidad de afectación para hacer

¹³⁷ Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 290.

¹³⁸ Íd., pp. 290 y 291.

procedente el derecho, de tal manera que justamente uno de los fines del mismo es tener certeza sobre si se producirán o no –y si es afirmativo, de qué forma y en a qué magnitud- dichas afectaciones? Así, estas diferencias, se constituyen en base a las respuestas que cada posición da a tres preguntas, a saber, ¿cuál es el significado del concepto “susceptibilidad de afectación directa”? ¿quién o quiénes son los actores jurídicamente legitimados para participar en la evaluación de los efectos que tendrá la medida administrativa? y, ¿pueden homologarse los efectos del art. 11 de la Ley 19.300 a la “susceptibilidad de afectación directa” que requiere el Convenio?

En este orden de ideas, el objetivo principal del capítulo es defender la hipótesis que se fundamenta en una comprensión amplia de lo que significa la “susceptibilidad de afectación directa”. En términos sencillos, ésta implicaría que basta la presencia de algunos factores básicos –v. gr., elementos que hagan suponer la existencia de un territorio indígena en las cercanías del proyecto- para que proceda la consulta. A su vez, ello supone que, tanto por razones normativas como por cuestiones de resultado, debe existir una participación de las comunidades en la determinación de si la medida les afecta, y en qué medida; por lo mismo, esta hipótesis rechaza explícitamente la homologación que se hace de la afectación requerida por el Convenio con los efectos del art. 11, por cuanto la determinación de estos pasa por agentes externos a las comunidades. Espero, al final del capítulo, haber hecho plausibles estas tres ideas ideas.

Con esta finalidad, comenzaré por describir la tesis predominante al respecto, que se basa en una concepción restringida de “afectación”, que sostiene que ésta debe hacerse por los órganos estatales, y la tiende a homologar con la generación por parte del proyecto de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley 19.300¹³⁹ (I). Una vez hecho esto, realizaré unas breves reflexiones en torno al criterio de “proximidad” en la ley ambiental para determinar la concurrencia de alguno de los efectos del art. 11 (II.I), para luego centrarme en la fundamentación y defensa de la concepción amplia de “susceptibilidad de afectación” que es la que se adopta acá (II.II). Terminaré con un breve análisis de dos modificaciones que, al respecto, tiene el nuevo reglamento del SEIA, y que son importantes para el tema (III).

¹³⁹ Ya en este capítulo, a menos que se haga referencia en contrario, cuando se hable de ley 19.300, debe entenderse la reformada por la ley 20.417.

I. Homologación entre susceptibilidad de afectación directa y los efectos del art. 11

He explicado ya, cómo la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de inversión en Chile puede ser realizada a través de una DIA o de un EIA, según si el proyecto genera o presenta al menos uno de los efectos, características o circunstancias establecidas en el art. 11. Es pacífico en doctrina y jurisprudencia que son los literales c), reasentamiento o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de las comunidades¹⁴⁰, d), localización del proyecto en o próximo a población protegida susceptible a ser afectada¹⁴¹, y f), alteración de monumentos o sitios con valor antropológico, arqueológico, y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural¹⁴², los que se refieren a las afectaciones sobre pueblos indígenas. Cada literal encuentra su correlato explicativo en los arts. 8, 9 y 11 del Reglamento del SEIA.

Si uno se fija en los términos que usan estos literales, como “alteración de los sistemas de vidas y costumbres”, “alteración de sitios con valor antropológico”, o especialmente “localización del proyecto próximo a población protegida susceptible de ser afectada”, se puede comprender por qué se utilizaron como sinónimos de la “susceptibilidad de afectación directa” que prescribe el art. 6.1 letra a) del Convenio. Sin embargo, este uso no era gratuito y en realidad posibilitaba la restricción del derecho a consulta a través de dos vías. Por un lado, hacía improcedente la consulta en las Declaraciones de Impacto Ambiental, las que, se sabe, corresponden a casi el 90% de los proyectos que se someten al SEIA. Y, por otro, permitía la equiparación de la consulta con la participación ciudadana reservada solo para los Estudios de Impacto Ambiental.

En términos normativos, la homologación entre la afectación del Convenio y los criterios del art. 11, puede remontarse al art. 5 del DS 124, el que, recuérdese, establecía que la consulta sobre los proyectos de inversión se entendía cumplida con las formas de participación establecidas en las normativas sectoriales correspondientes. No obstante ello, es claro que esta tesis encontró su articulación más coherente en la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Palguin*, tal como se puede apreciar en el ya citado considerando 12°:

DUODECIMO: Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado ?de manera indefectible-[sic] que concurren

¹⁴⁰ c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

¹⁴¹ d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

¹⁴² f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación;

Este considerando, se mencionaba en el capítulo anterior, contiene las dos líneas argumentativas más relevantes respecto de la consulta: por una parte la que sostiene que hay “susceptibilidad de afectación directa” cuando los organismos técnicos competentes acreditan que se produce alguno de los efectos del art. 11 de la ley 19.300; y, por otra, aquella que la entiende cumplida con la realización de los procedimientos de la participación ambiental. Respecto al primer punto –que es sobre el que versa el presente capítulo-, a primera vista, se podría pensar que lo que hizo la Corte fue desestimar el recurso por una cuestión de hecho: no se dieron los presupuestos fácticos –la afectación- que hacía procedente la consulta. Sin embargo, este aparente juicio basado en antecedentes que obran en el expediente ambiental, contiene dos premisas normativas menores: (i) que la “afectación directa” del Convenio es homologable a los efectos y consecuencias del art. 11 de la ley 19.300, y (ii) que son los organismos sectoriales los encargados de determinar dichos efectos. Ahora bien, ambas se derivan de una premisa normativa mayor, basada en qué se entiende por la “susceptibilidad de afectación directa” que señala como requisito el art. 6 del Convenio: la consulta procede cuando hay afectación directa determinada, y no para determinar si es que hay y cuál es.

Ahora bien, al contrario de lo sucedido entre los procedimientos de la consulta y los de la participación ciudadana, en donde ha operado una paulatina diferenciación entre las dos clases de participación, en este caso, dado lo errática que ha sido la jurisprudencia sobre el tema, las dos premisas menores han terminado confundándose en unos fallos y distinguiéndose en otros, siendo rechazadas unas veces, y aceptadas otras, lo mismo que la premisa mayor. Así, por ejemplo, en *Lanco*, la Corte, a partir de un abandono de la premisa (ii) puede hacer un juicio sobre la procedencia de (i). En efecto, haciendo un examen de los antecedentes que obran en su poder, determina que sí existiría la consecuencia del art. 11 letra a), esto es, que habría un riesgo para la salud de la población por la cantidad y calidad de residuos presentes en el proyecto, aun cuando los organismos técnicos afirmaron lo contrario. Esto, recuérdese, hacía que procediese un EIA y, consecuentemente, una participación ciudadana que debía contemplar los estándares del Convenio 169. En otros casos, la interacción entre las premisas es menos nítida y su aceptación dudosa. Por ejemplo, en *Freire-Melipeuco*, la Corte rechaza la acción de las comunidades mapuche contra la construcción de un tendido de transmisión eléctrica en su territorio, por estimar que no había afectación, pero al hacerlo no lo justifica en que (i) no se cumplen los efectos del art. 11, ni (ii) en que los órganos sectoriales estiman que no hay

afectación. Aún así, la que se mantiene en este caso es la premisa mayor, en tanto la Corte misma realiza un análisis de los antecedentes, y señala que no hay afectación basada en criterios extremadamente restringidos, como que a una distancia de 20 metros del proyecto no hay ningún sitio sobre el que se alegue afectación¹⁴³, y aquel que está contiguo a esta zona, a pesar de lo que digan las comunidades, no se verá afectado¹⁴⁴. Por último, señalar que aquellos fallos que identifiqué en la tercera etapa de la jurisprudencia de la Corte en el capítulo pasado, tienden a rechazar (i), y por lo mismo no se pronuncian sobre (ii) en referencia a la consulta, y la rechazan implícitamente, en tanto argumentan desde una noción amplia de “susceptibilidad de aceptación directa”, como se mostrará en el apartado siguiente.

Pero a pesar de esta indeterminación jurisprudencial, la doctrina acogió con fuerza la premisa (i) referente a que se podía compatibilizar la generación de efectos que hacían procedente un EIA, con la afectación que hacía procedente la consulta, y, a partir de ahí afirmar de la premisa mayor, cual es, recuérdese, la procedencia de la consulta solo una vez que se haya determinado una afectación directa. Así, por ejemplo, Precht y Aylwin Correa, aun después de haber desestimado que la participación ciudadana cumpliera los estándares del Convenio, se avocan a la tarea sugerida por la Corte en *Palguin*, de compatibilización del Convenio con la Ley 19.300, concluyendo que: “[e]l Convenio 169 utiliza la expresión de medidas administrativas como aquellas ‘[S]usceptibles de afectarles’ directamente. Por tanto, no toda medida administrativa que les afecte les debe ser consultada, sino que también se incorpora en este caso un criterio de significancia al utilizar el vocablo ‘directamente’. Las hipótesis de afectación de la Ley 19.300 antes mencionadas parecen lo suficientemente comprensivas en orden a proteger la identidad indígena”¹⁴⁵. Esta misma postura es compartida por Fernández y de la Piedra, como se verá en el apartado siguiente.

Finalmente, acotar que esta interpretación está en vías de ser convertida en norma. En efecto, recientemente, ingresó a la Contraloría General de la República para su toma de razón, el Nuevo Reglamento del SEIA, el cual, *inter alia*, consagra una participación ciudadana diferenciada, intentando cumplir de esta forma con la consulta. Pues bien, el art. 85, que en contiene Participación y consulta indígena, dispone el criterio de procedencia de esta, señalando que: “[e]n el caso de proyectos o actividades que generan o presentan alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la

¹⁴³ SCS de 8 de junio de 2012, en causa rol 1602-2012, caratulados “Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía”, Considerando 8° y ss, que revoca la SCA de Temuco de 20 de enero de 2012, en causa rol 349-2011.

¹⁴⁴ Considerando 6°.

¹⁴⁵ Precht, A. y Aylwin Correa, S. *Op. Cit.*, p. 461 y 462.

medida que se afecte a uno o más grupos humanos indígenas, el Servicio deberá [...]”. Tales artículos, como se mencionó a comienzos del capítulo, son el correlato de los literales c), d) y f) del art. 11 de la Ley ambiental. Así las cosas, a pesar de la concesión que este artículo significa en relación a la jurisprudencia de la tercera etapa de la Corte, al intentar –sin mucha suerte, a decir verdad- adecuar la participación ciudadana “contemplando además los estándares del Convenio”, lo cierto es que se vuelven a afirmar, pura y simplemente las dos premisas básicas indicadas por primera vez en *Palguin*: (i) se equipara la afectación de la consulta a la presencia de los efectos del art., (ii) ello supone que son los organismos técnicos competentes en la evaluación ambiental quienes determinarán si existen o no dichos efectos; a la vez, esta implica la afirmación de la premisa mayor, a saber, que la consulta solo procede una vez que se han determinado los efectos de una medida administrativa.

II. La participación y los fines de la consulta: construyendo una interpretación alternativa

II.I. Reflexiones sobre la “proximidad” como criterio de “susceptibilidad de afectación” en la Ley 19.300

Antes de comenzar a desarrollar la hipótesis que se defiende en este capítulo, quisiese señalar de manera sucinta –en una reflexión que será importante para la conclusión- que las interpretaciones derivadas de la normativa ambiental expuestas en el apartado anterior, hacen parecer a la ley 19.300 mucho más limitada de lo que realmente es.

Para empezar, su art. 2 II) contiene una definición amplia de medio ambiente, conceptualizándolo como un sistema global conformado no solo por elementos de naturaleza física, química o biológica, sino también socioculturales y sus interacciones. Asimismo, de una revisión un poco más detenida del articulado de la ley, se puede colegir que el propio art. 11, que apareciese como inescindiblemente unido a una concepción restringida de afectación –i.e., solo aquellos impactos sobre el Ecosistema justificables técnicamente por los órganos sectoriales competentes, valen como afectación-, contiene elementos necesarios para poder construir una noción de “susceptibilidad de la afectación” capaz de responder a los criterios subjetivos propios de los efectos socioculturales. Éste es el mismo que identificaré y desarrollaré a continuación en este apartado: la proximidad al proyecto de ciertos elementos propios de un territorio indígena. Tales elementos, en el caso de la ley 19.300, estarían dados

por la proximidad de población protegida –art. 11 letra d)-, como la de Monumentos Nacionales o sitios de significación cultural –art. 11 letra f)-.

En efecto, recuérdese que el art. 11 de la Ley 19.300 comprende, en su literal d), la “[l]ocalización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”. Ahora bien, para determinar si el proyecto se localiza próximo a población protegida susceptible de ser afectada, el Reglamento actual del SEIA dice en su art. 9 que se considerará “a) la **magnitud** o **duración** de la intervención o **emplazamiento** del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales”. Como se aprecia, el reglamento enumera tres categorías alternativas por las que se puede entender que estaríamos ante la circunstancia contenida en el literal d) del art. 11 de la ley 19.300: magnitud, duración o emplazamiento. De nuevo, del propio tenor del artículo queda claro que estas categorías **no son copulativas sino alternativas**, esto es, que basta que se dé una sola de ellas para que el proyecto sometido a evaluación deba ser ingresado a través de un EIA; por ejemplo, que el proyecto se emplace “en o alrededor de áreas donde habite población protegida por las leyes” para determinar que es “susceptible de afectar” a dicha población, y por tanto, se está en la hipótesis descrita por el art. 11, d) de la Ley¹⁴⁶.

Lamentablemente, a pesar de lo claro del articulado legal y reglamentario, la realidad es que ni la administración ni los tribunales de justicia le han dado aplicabilidad a dicha norma. En este sentido, en su Dictamen 13.432 de 2008, la Contraloría interpretó dicho literal en relación a un “área protegida”, estimando que la norma –art. 11, d) de la Ley; art. 9, c) del Reglamento- “no se limita a requerir la evaluación **en razón de la mera proximidad** entre el proyecto o actividad respectivo y el área protegida [..., sino] que añade a dicho criterio una nueva pauta, concerniente a que el área resguardada sea susceptible de resultar afectada por el proyecto o actividad, **dada la magnitud o duración de la intervención**”¹⁴⁷. De igual manera, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido casi unánime en rechazar la “mera proximidad” como forma de acreditar la “susceptibilidad de afectación” que requiere el art. 11 letra d); tal como lo dispuso la Corte Suprema en *Freire-Melipueco*:

¹⁴⁶ Como se verá a continuación, la jurisprudencia ha sido reacia a aplicar este literal. Para una sentencia que lo incorpora en su razonamiento, véase SCA de Temuco de 19 de octubre de 2005, causa rol 1029-2005, caratulada “*Recurso de Protección de Eleuterio Antonio Rivera con Aguas Araucanía S.A.*”, Considerandos 9º y 11º.

¹⁴⁷ Contraloría General de la República, dictamen N° 13.432 de fecha 27 de marzo de 2008.

Sexto: Que la alegación de proximidad a población protegida tampoco es un criterio suficiente por sí mismo si no se ha acreditado algún grado de afectación a aquella. En la especie, no se ha explicitado ningún impacto concreto a las comunidades aledañas que pueda generar este proyecto.

Algo similar ocurre con la norma de la letra f) del artículo 11 de la Ley. Ésta estipula que se deberá proceder a un EIA cuando el proyecto produzca una “[a]lteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”. En consonancia con este literal, el art. 11 del Reglamento esclarece que se considerará para determinar si el proyecto puede producir este tipo de alteración, a) “la proximidad a algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288”; y d) “la proximidad a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humano”. Sin embargo, a pesar de lo clara que es la redacción de dicho artículo y bastaría acreditar la “proximidad” al Monumento Nacional o al sitio de significación cultural para hacer procedente un EIA, la letra d) del art. 11 de la ley es restrictivamente aplicada por la autoridad ambiental, y escasamente aplicada judicialmente. Incluso en un caso tan claro como *Parque Eólico*, la Corte Suprema se abstuvo de declarar el mentado efecto.

II.II. Hacia una comprensión amplia de la “susceptibilidad de afectación directa”

Lo anterior ya nos proporciona un marco técnico jurídico como para sostener que incluso algo que se entiende tan restringido como los efectos del art. 11, y que en teoría tienen que ser determinados por juicios o estudios técnicos proporcionados por el titular y fiscalizados por los organismos sectoriales, comprenden en su articulado situaciones en donde el objeto de protección de la norma –en nuestro caso la población indígena, justifica un test menos intenso respecto a la afectación, que se cumple con la sola proximidad del proyecto a las comunidades indígenas. Ello, justamente, pues la participación –en esa situación es la participación ciudadana de los arts. 26 y ss. de la ley- vendría a un elemento esencial en la determinación de los efectos.

Así las cosas, ahora procederé a fundamentar la concepción amplia de la “susceptibilidad de afectación directa”, a partir de los fallos de la Corte Suprema, que identifiqué como pertenecientes a la tercera etapa de la jurisprudencia sobre consulta.

Desde *Lanco* en adelante, la Corte Suprema se ha abstenido de referirse a la concurrencia de alguno de los efectos del art. 11 de la ley ambiental, como forma de fundar la ilegalidad que haría procedente la acción de protección, absteniéndose así de pronunciarse sobre el mérito del acto administrativo, labor que entiende se le está vedada. Sin embargo, no por ello renuncia a

su potestad de control de legalidad de los actos de la administración. Como se lee en la apertura de la sentencia en *San Pedro*:

PRIMERO: Que por el recurso de protección de garantías constitucionales no se verifica por la autoridad judicial el mérito del acto cuestionado, sino, únicamente, su legalidad y/o arbitrariedad, y la afectación de alguna garantía constitucional a objeto de disponer medidas de resguardo¹⁴⁸.

Reconociendo que la línea entre control judicial y respeto a la jurisdicción de cada poder es muy fina, la Corte se concentra en articular su razonamiento solamente sobre la base de la infracción del derecho a consulta, abandonando el postulado (i) sostenido tanto en *Palquin* como *Lanco*, de una homologación entre la “afectación directa” del Convenio y los efectos contenidos en los literales del art. 11. En otras palabras, la jurisprudencia ahora sostiene que puede existir la primera –susceptibilidad de afectación directa– sin que ello implique una verificación de la segunda –consecuencias del art. 11–. En efecto, tanto en *San Pedro*, como en *Parque Eólico y Paguanta*, la Corte se limita a verificar la existencia de hechos que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, y, sólo en el caso que esto sea afirmativo, ordena la realización de un EIA, pero no porque compruebe la producción de alguno de los efectos del artículo 11, sino porque así se cumple la obligación del Convenio. El considerando séptimo de *Parque Eólico*, es señero al respecto:

Séptimo: Que en contradicción con lo previamente señalado y **teniendo en consideración lo dispuesto en la letra f) del artículo 11 de la citada ley**, los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto en los antecedentes con que contaba el organismo, contenidos en el documento acompañado a la Declaración de Impacto Ambiental denominado “Línea base aspectos culturales y arqueológicos” que da 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 [...]**¹⁴⁹

Dos cosas cabe notar acá. Primero, que a pesar que de los antecedentes se desprendan consecuencias que pudiesen enmarcarse dentro del literal f) del artículo 11, el dictamen de la Corte no es afirmar autoritativamente esto, haciendo en consecuencia procedente un EIA; lo que

¹⁴⁸ SCA de Antofagasta de 21 de diciembre de 2010, en causa Rol 782-2010, autos caratulados “Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta”, Considerando 1°.

¹⁴⁹ SCS de 22 de marzo de 2012, en causa Rol 10090-2011, autos caratulados “Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Lagos”, Considerando 7°, que revoca la SCA de Puerto Montt de 11 de octubre de 2011, en causa Rol 239-2011.

hace es usar dicha información para determinar que el proyecto “puede afectar” a las comunidades, y por lo tanto el EIA procede “para así dar cumplimiento al proceso de consulta”. Segundo, que la Corte –correctamente a mi parecer- aplica un estándar de menor intensidad para evaluar si el proyecto es susceptible de afectar a los pueblos indígenas, que el que utilizaría para ver si es que procede alguno de los efectos del art. 11 –excepto, se revisó *Supra*, en el caso de los literales d) y f)-. Ello se explica en que la misma norma del tratado exige que la afectación sea potencial. En este sentido, no es necesario ni que los órganos técnicos, ni menos el tribunal certifiquen la producción de los citados efectos para hacer obligatoria la consulta. Al contrario, el hecho de que en *Parque Eólico* la Corte considere como criterio de una posible afectación la “proximidad” de sitios arqueológicos y el emplazamiento del proyecto en un territorio de “valor simbólico” para los pueblos indígenas, indica que el acento para determinar la “susceptibilidad de afectación directa” de una medida, debe ponerse antes en la localización del proyecto en tierras que los pueblos indígenas utilizan de alguna manera -i.e., su territorio-, que en la certidumbre de sus consecuencias negativas. En estos casos, como ha señalado la Corte de Apelaciones de Temuco, si las comunidades viven en el sector donde se pretende instalar el proyecto, resulta obvio que “existe un fundamento plausible que producto de la instalación de la piscicultura sus derechos constitucionales se vean amenazados y su costumbre y su vida diaria son susceptibles de ser afectados”¹⁵⁰. En el mismo sentido se pronunció el Relator Especial en su visita a Chile el año 2009, enfatizando “la necesidad de realizar consultas en relación con cualquier proyecto que pueda afectar las tierras, territorios y otros recursos de alguna comunidad indígena –tanto al interior como al exterior de las denominadas ‘Áreas de Desarrollo Indígena’- de conformidad con las normas internacionales aplicables”¹⁵¹.

¹⁵⁰ SCA de Temuco de 21 de enero de 2010, en causa Rol 1705-2009, caratulados “*Puelman Ñanco, Mariano y otro con Comisión Regional del Medio Ambiente*”, Considerando 9°. En igual sentido la corte de Temuco uso estos parámetros en su sentencia de 1era instancia en *Freire-Melipueco*: “1°) Que constituyen hechos no controvertidos en este recurso que los recurrentes representan a comunidades indígenas, colindante a las obras que se impugnan mediante la acción de protección de autos, consistente en el emplazamiento de postes para una línea de transmisión eléctrica entre Melipeuco y Freire. Asimismo, y como consta del informe de Corporación Nacional Indígena, el terreno en que pretenden ser emplazadas atraviesan dichas comunidades, en terrenos que han sido calificados como indígenas. Igualmente se encuentra establecido en autos que la línea de transmisión que se denuncia como acto arbitrario e ilegal, al atravesar por entre dichas comunidades, se encuentran en las proximidades de sitios rituales mapuche, siendo sitios de valor antropológico, tales como rehues, nguillatues y encuentro de caballos;”. A partir de estos elementos, concluyó en el Considerando 2° que “que corresponde efectuar la consulta pertinente a las personas que conforman las culturas a las cuales se refieren estas disposiciones”. SCA de Temuco de 20 de enero de 2012, causa rol 349-2011, caratulados “*Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía*”.

¹⁵¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior*, 14 de septiembre de 2009. A/HRC/12/34/Add.6, parr. 56.

Teniendo en cuenta lo anterior, *prima facie* podríamos articular el criterio de admisibilidad de la siguiente forma: si hay tierra indígena –según el art. 12 de la ley 19.253-, población indígena o sitios de relevancia cultural, en o alrededor del lugar de localización proyecto, entonces se presume que éste se emplaza en territorio indígena –independiente de si tienen o no título sobre las tierras que lo conforman¹⁵²-, y por lo tanto, que es susceptible de afectar sus derechos.

La objeción más clara a esta interpretación, tiene que ver con la noción restringida de “afectación directa”. Así, autores como Fernández y de la Piedra plantean que “si se considera que de acuerdo al artículo 6 del Convenio el elemento que define la procedencia de la consulta es la ‘afectación directa’ que una determinada medida puede producir en las comunidades, el sólo hecho de la localización de un proyecto en áreas con presencia indígena no significa automáticamente que se produzca su afectación”¹⁵³. La conclusión a la que llegan los autores es correcta, pero jurídicamente irrelevante, por el simple hecho de que el Convenio no exige para la procedencia de la consulta la “afectación directa”, sino la “susceptibilidad de afectación directa”. Esta distinción es importante para sostener el criterio que he esbozado el párrafo precedente, por lo que analizaré los fundamentos de los autores con mayor detención.

La afirmación de Fernández y de la Piedra se sostiene en dos argumentos. Primero, que un proyecto en áreas con presencia indígena no implica necesariamente un impacto negativo para dichas comunidades, ya que puede acarrear un beneficio para las mismas¹⁵⁴. Citan al efecto el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en el caso *Comunidad Hueche Huenulaf*, en el que se rechaza la procedencia de la consulta ante un proyecto de ampliación de ruta entre dos localidades, no solo porque “no se ha acreditado alguna afectación a sus derechos como pueblo indígena en sus tierras, sus vidas, creencias, instituciones y bienestar”, sino que “por el contrario, la construcción de ese camino traerá, a no dudarlo, un mejor y mayor desarrollo económico, social, cultural y de acercamiento a los sistemas de salud y de conectividad con la ciudad capital regional”¹⁵⁵. El segundo argumento en tanto, mira al hecho de que la mera

¹⁵² “La consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos”. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC). Citado en, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, parr. 44.

¹⁵³ Fernández Alemany, A. y de la Piedra Ravanal. *Op. Cit*, p. 113.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ SCA de Temuco de 27 de septiembre de 2010, causa rol 1155-2010, caratulados “*Comunidad Indígena Hueche Huenulaf C/ CIAL LTDA. y otro*”, C. 15º. Es interesante al respecto lo sostenido en el Voto de Minoría por el Ministro Llanos: “Resulta obvio que las comunidades indígenas tengan interés en

localización del proyecto en áreas con presencia indígena “no necesariamente significa que se producirá afectación, ya sea en razón de la distancia en que habitan o desarrollan sus actividades, quedando fuera del área de influencia de los proyectos, o en razón de las medidas de mitigación que se propongan lo que permite evitar, impedir o disminuir la ocurrencia de impactos significativos directos en las comunidades”¹⁵⁶.

Esta postura es, sin duda, plausible. Efectivamente puede suceder que el proyecto traiga consecuencias positivas para los pueblos indígenas, que no produzca afectación o que ésta sea adecuadamente mitigada; bajo ese supuesto, debiese mirarse preferentemente a los efectos directos que causa el proyecto, más que a la sola presencia de comunidades en el sector, para ver si se requiere la consulta. Sin embargo, los autores parecen olvidar que normativamente no es indiferente el cómo se determina la afectación, lo que a su vez se refleja en los resultados. Me explico.

Los supuestos mencionados se basan en la creencia de que los efectos son variables objetivas, cuantificables, modelables, etc. Por ello, estos son a la vez determinables a partir de evaluaciones técnicas por terceros externos e imparciales, y calificables como positivos o negativos independiente de las apreciaciones de los observadores. Sin embargo, esto, que puede ser relativamente cierto para los efectos sobre el ecosistema, no es predicable de los impactos de carácter sociocultural, los que tienen un carácter subjetivo, y en el caso de los pueblos indígenas, depende de su cosmovisión y su relación espiritual con sus tierras y territorios. Manuel Matta alcanza una conclusión similar cuando, refiriéndose a la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental que puede proceder respecto a los proyectos que generen cargas ambientales¹⁵⁷, señala que:

participar en las decisiones o medidas de la autoridad que puedan afectarles, ya que son ellos en definitiva quienes tienen su hábitat en las tierras donde pretende ejecutarse el proyecto impugnado mediante recurso de protección”.

¹⁵⁶ Fernández Alemany, A. y de la Piedra Ravanal. *Op. Cit.*, pp. 113 y 114.

¹⁵⁷ Ley 19.300, art. 30 bis. Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate; [inciso sexto] Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

[...] el derecho de participación de los pueblos indígenas respecto de medidas que los afecten solo quedará debidamente resguardado si, para determinar si existen o no cargas ambientales, el SEA usa un concepto de medio ambiente que comprenda factores socioculturales y formas de vida en los términos que lo establece la letra ll) del artículo 2 de la Ley 19-300. De lo contrario, las cargas ambientales se determinarán únicamente sobre la base de la afectación que los proyectos produzcan a la naturaleza, entendida en su dimensión química, física y biológica, lo cual reviste el riesgo de dejar en una posición de indefensión los derechos indígenas¹⁵⁸.

Enfaticemos entonces las consecuencias –insostenibles jurídicamente, al fin- de la concepción restringida la “susceptibilidad de afectación directa” sostenida por Fernández y de la Piedra. Por ejemplo, si, según lo ha declarado el Relator, la consulta es aplicable “siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”¹⁵⁹, entonces por qué son actores (organismos sectoriales, jueces) que no forman parte de esos pueblos, y que por tanto no pueden percibir las afectaciones de la misma manera que estos, quienes deciden exclusivamente cuándo hay afectación. Por otro lado, si se tiene en cuenta que los estados están obligados a priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas de acuerdo a la propia visión de desarrollo que tienen estos pueblos¹⁶⁰, cómo se justifica –normativamente- entonces, que se prescindiera de la consulta sobre la base de la opinión *a priori* que tiene quien está llamado a llevarla a cabo, sobre los efectos positivos o negativos que la medida tendrá sobre esos pueblos¹⁶¹.

De manera más concreta, piénsese en el caso de los sitios de significación cultural mapuche – desde los menokos hasta los cementerios familiares y los lugares donde habitan espíritus tutelares como el Kintuante o taita Huenteano, en la cosmología Huilliche-; estos, como se sabe, muchas veces no son identificables por actores externos ya que se confunden con el paisaje natural. Por ende, en este caso, un juicio sobre si hay o no afectación, o si ésta es benéfica o no

¹⁵⁸ Matta, Manuel. Comentario a Pérez Correa, S. y Hervé Espejo, D. “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”. Contesse Singh, Jorge (Ed.), *Op. Cit.*, p. 114.

¹⁵⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, párr. 43.

¹⁶⁰ Yrigoyen, Raquel. “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDSS, 2009, p. 1.

¹⁶¹ STC de 24 de junio de 2011, Rol 1988-11: “14. Que una tercera razón, y tal como lo reconoció esta Magistratura con ocasión de la sentencia Rol 309/2000, esta consulta debe llevarse a cabo de buen a fe. Ello significa respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos interesados. De ahí que no pueda prescindirse de la consulta sobre la base de la opinión *a priori* que tiene quien está llamado a llevarla a cabo, sobre los efectos positivos o negativos. El sentido de la consulta, como lo dijo esta Magistratura, es recabar la opinión de los afectados (STC Rol 1050/2008). La decisión definitiva la adoptará el órgano dotado de competencia pública, luego de considerar dicha opinión. Es esta interpretación de buena fe la que impide que se excluya la consulta sobre la base de que no afecta a las comunidades o no las afecta negativamente. Esto equivale a que la consulta pierda sentido, por existir un prejuicio afinado”.

para las comunidades –las dos hipótesis sobre las que los autores fundamentan su tesis-, realizado por agentes del Estado sin la participación de los propios indígenas, no sólo sería errado –lógicamente no puede dar cuenta de aquellas circunstancias que pueden “afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”-, sino, además, sería contrario al Convenio 169 en tanto éste dispone, como se lee en su art. 15.2, que uno de los fines de la consulta es “determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida”.

Una lógica como la que ofrecen los autores o la Corte de Apelaciones en *Hueche Huenulaf* hace, como señalaron los ministros del Tribunal Constitucional Carlos Carmona y Gonzalo García Pino en su voto disidente a la sentencia del Tribunal sobre el Convenio UPOV 91, que la consulta pierda sentido¹⁶², ignorando el desarrollo más elemental del derecho internacional de los pueblos indígenas en las últimas décadas, que es el paso desde el Convenio 107 al Convenio 169 de la OIT. Así, para cumplir con la normativa internacional, es necesario invertir el orden tradicional de la secuencia “afectación-participación”, para poder así reconocer los efectos sobre el medio humano indígena que tendrá el proyecto¹⁶³. De aquí, entonces, que sea relevante que el Convenio exija la “susceptibilidad de afectación directa” –y no pura y simplemente la “afectación directa”-, la que, a su vez, se determina a partir de ciertos factores presentes en o alrededor del proyecto –i.e., presencia de población indígenas, sitios ceremoniales, tierras indígenas, etc.- que hagan suponer la existencia de un territorio o *habitat* indígena.

Esta necesidad de participación indígena en la determinación de los efectos del proyecto a través de la consulta, tuvo un paso decisivo con la sentencia de la Corte Suprema en *Paguanta*, en donde, luego de determinar la susceptibilidad de afectación en base a la existencia de una ADI y de una comunidad aymara en el área de emplazamiento del proyecto, expresó:

NOVENO: Que se debe considerar además que las instancias de participación que aduce haber utilizado el encargado del proyecto [...] distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha. En efecto, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de la descripción del proyecto, el estado del mismo y lo que se pretende desarrollar a futuro, todo lo cual no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, **no tienen posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del mismo**, en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ Rodríguez Sepúlveda, Eduardo. “La participación ciudadana y el artículo 4 inciso 2º de la Ley 19.300”, Documento Inédito, p. 11.

Contrario sensu, entonces, para la Corte, el derecho a consulta supone que los pueblos tengan la posibilidad real de influir en la gestación y la forma de desarrollo del proyecto. Por lo demás, esta forma de entender la susceptibilidad de afectación directa, es la única capaz de cumplir con la obligación de art. 7.3 del Convenio, de que “se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”, tal como lo solicitó la CEACR en su comunicación directa al estado chileno¹⁶⁴.

III. Criterios de procedencia y “diálogo sobre los efectos” en el nuevo Reglamento del SEIA

Ya he señalado *Supra*, que el art. 85 del nuevo reglamento convertía en derecho positivo las interpretaciones de la Corte en *Palguin*, al sostener que aquél proceso de lo que eufemísticamente se ha querido llamar “consulta”, procedía cuando se dieran los efectos de los arts. 7, 8 y 10 del reglamento. También mencioné cómo la misma ley 19.300, contenía normas –art. 11 letras d) y f) de la ley; arts. 9 a), y 11 a) y d) del reglamento actual- que hacían posible articular un concepto amplio de afectación directa, en el que se comprendiera que lo que correspondía era verificar situaciones donde existiera la “susceptibilidad de afectación”, de manera tal que así se propiciara la participación de las comunidades en lo referente a la determinación si la RCA les podía afectar, y de qué manera.

Pues bien, el nuevo reglamento del SEIA restringe aún más los criterios de procedencia de la consulta del art. 85, limitando ahora normativamente el alcance de los dos literales examinados, a saber, las letras d) y f) del artículo 11. En efecto, en lo referente la letra d), el nuevo artículo 8 que lo reglamenta, al momento de señalar si el proyecto es susceptible de afectar población protegida, establece que se considerará solamente para ello “la magnitud o duración de la intervención”. Así, se elimina como factor para evaluar la susceptibilidad de la afectación el criterio de “proximidad” que se encontraba en el reglamento anterior. Pero la nueva redacción de la letra f) genera efectos aún más limitantes, al simplemente eliminar el criterio de

¹⁶⁴ “La Comisión observa que dicho mecanismo prevé la participación de la ciudadanía en general, pero no establece un deber de consulta específico a los pueblos indígenas que garantice, de conformidad con el artículo 7, 3), del Convenio, que los estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de las actividades de desarrollo se lleven a cabo en cooperación con los pueblos indígenas. La Comisión pide al Gobierno que indique el modo en que los pueblos indígenas pueden cooperar en los estudios de impacto ambiental tal como está previsto en el artículo 7, 3), del Convenio”. OIT. Solicitud Directa (CEACR) - adopted 2010, published 100th ILC session (2011). (acceso 22/10/12). http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2334939,es:NO

“proximidad” de la letra a) del artículo de 10 del nuevo reglamento, y agregar a la nueva letra c) –que vendría a corresponder al anterior d)- la necesidad de que exista ahora, además de “proximidad” del sitio de significación, la “afectación”. Con ello, se aumenta la discrecionalidad tanto del titular como de la administración en la determinación de los efectos, y se clausuran las posibilidades normativas de participación de los pueblos indígenas en la definición de los efectos. Valga acá, el ejemplo dado en el apartado anterior sobre los sitios de significación cultural mapuche.

Sin embargo, el mismo reglamento, acto seguido del artículo 85 en donde se consagra la “consulta indígena”, contiene una norma que, aún cuando contiene serios problemas en relación a los estándares internacionales, avala la tesis que he estado defendiendo acá, i.e., que la consulta procede para determinar los afectación y no solo de manera posterior, una vez que ya fueron determinados por el titular y/o la administración.

El art. 86 establece lo que llama “Diálogo con grupos humanos indígenas”, y contiene dos hipótesis, según sea que el proyecto ingresó como EIA o como DIA. En su primer inciso dispone que si el proyecto evaluado por EIA indica que no genera alguno de los efectos de los arts.7, 8 y 10 del Reglamento –relativos a las letras c), d) y f) del art. 11-, pero que de igual forma se emplace en tierra indígena, ADIs o “en las cercanías a grupos humanos indígenas”, el Director Regional o Ejecutivo del SEA “podrá” realizar un proceso de diálogo con los grupos indígenas localizados en el área del proyecto, para efectos de determinar si es que procede aplicar el art. 36 del Reglamento, i.e., declarar el término anticipado del procedimiento por faltarle al Estudio alguna información relevante que no pudiese ser subsanada –en nuestro caso, falta de información relevante tendría que ver con la carencia de información para poder evaluar los efectos del art. 11-. El inciso segundo contiene similar disposición, pero referente a las DIAs.

Es verdad que este artículo no cumple, de ninguna forma, con los estándares de consulta: el sujeto colectivo es difuso, los factores que lo hacen procedente son pocos, es facultativo para la autoridad, el término es exiguo y sólo se regula su máximo, más que un diálogo se busca recabar la opinión, etc. Pero a su vez, al establecer como factor el criterio de la mera “cercanía”, está reconociendo el territorio indígena, y principalmente, al llevar adelante este proceso de diálogo con las comunidades aledañas, sobre si el proyecto les causa alguno de los efectos del art. 11, se produce una pequeña fisura en el modelo tutelar monocultural que imbrica las relaciones interétnicas en el marco del SEIA, al reconocerse que la participación de los pueblos indígenas es necesaria también en la determinación de los efectos del proyecto.

A continuación, para terminar, examinaré el concepto de las obligaciones representativas de los pueblos indígenas, y específicamente el problema que se suscita cuando éstas pueden elegirse o estructurarse mediante formas que se considere que no respetan algunos derechos humanos, como por ejemplo, los vinculados con la igualdad de género, o principios democráticos.

Capítulo IV:

Instituciones representativas de los pueblos indígenas. Límites normativos y posibilidades hermenéuticas respecto al derecho propio indígena

There are fewer more distressing sights than that
Of an Englishman in a baseball cap

Pete Doherty, *Time for heroes*

Libre determinación y protección del territorio son, sin duda, dos de los principales derechos que los pueblos indígenas han venido reivindicando desde hace décadas, y que en los últimos años –no sin tropiezos, claro está– se les han empezado a reconocer en la letra y en la práctica jurídica de los estados latinoamericanos. Pues bien, un elemento esencial del derecho a la libre determinación¹⁶⁵, es el que reconoce el derecho que tienen estos pueblos para “asumir el control

¹⁶⁵ Según lo ha establecido el art. 3 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI): “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Como se sabe, éste artículo reproduce en lo esencial el artículo 1.1 tanto del PIDCP y del PIDESC, el cual ya había sido interpretado por diversos órganos internacionales como aplicable a los pueblos indígenas, Cfr. *Infra* (III); y Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 93. Sobre el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y el concepto de libre determinación respecto de los pueblos indígenas, puede revisarse Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005, en especial sus capítulos 2 y 3; Kuppe, René. “Autonomía de los pueblos indígenas –la perspectiva desde la Declaración de los

de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones”, tal como lo señala el Preámbulo del Convenio 169 y refrenda de manera más específica el art. 5 de la Declaración¹⁶⁶. Asimismo, lo que se ha conceptualizado como su “derecho al territorio”¹⁶⁷, en cuanto requiere que la posesión y explotación de las tierras y recursos naturales sea de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, supone el funcionamiento permanente en ese hábitat de sus instituciones y autoridades internas¹⁶⁸. Estas dos sucintas referencias, nos sirven para dar una idea de la importancia que tiene en el panorama jurídico-político indígena, el derecho a “conservar y reforzar” sus instituciones propias; de aquí que no se deba subestimar la relevancia del mandato contenido en el art. 6 del Convenio, cuando señala que la consulta debe ser realizada a través de las “instituciones representativas” de los pueblos indígenas¹⁶⁹.

Quizás a primera vista más clara y precisa que el resto de los enunciados que conforman este derecho, la verdad es que la antedicha obligación no es una excepción a la deriva de interpretaciones que afecta a normas de carácter tan general como lo son aquellas de derechos humanos. Tal cual lo ha demostrado la experiencia en sus más de veinte años de vigencia, el texto del Convenio –fruto de las posiciones antagónicas presentes en los congresos preparatorios del mismo en la OIT- es de una ambigüedad tal que ha permitido acoger tanto versiones del multiculturalismo neoliberal (v. gr., los códigos de conducta empresarial), como aquellas que, al establecer requisitos procesales exigentes o combinar la consulta con el consentimiento, toman elementos propios de lo que se ha llamado “multiculturalismo contrahegemónico”¹⁷⁰. Sin embargo, como ha apuntado Rodríguez Garavito, el carácter ambiguo del Convenio ilustra un

derechos de los pueblos indígenas-”. *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*. González, M., Burguete Cal y Mayor, A., y Ortiz-T., P. Ecuador: FLACSO/GTZ/IWGIA/CIESAS/UNICH, 2010, pp. 95-145; y Kymlicka, Will. *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*. New York: Oxford University Press, pp. 27-55. Para la comprensión del derecho a la autodeterminación como un derecho humano y no vinculado substancialmente a la soberanía estatal, ver Anaya, James. “The right of indigenous peoples to self determination in the post-declaration era”. *Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Charters, C. y Stavenhagen, R. Copenhagen: IWGIA, 2009, pp. 184-198.

¹⁶⁶ Art. 5: Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

¹⁶⁷ Sobre la diferencia entre tierra y territorio ver *Infra*, Capítulo III.

¹⁶⁸ Berraondo, Mikel. “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Berraondo, M. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 482 y 483.

¹⁶⁹ Art. 6.1, a): [Los gobiernos deberán] 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;

¹⁷⁰ Rodríguez Garavito, César. *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012, p. 52.

punto más amplio, por lo demás común a todas las normas jurídicas: los efectos de los marcos regulatorios de la consulta dependen, por un lado, de los límites y las oportunidades creadas por las normas y, por otro, de las interpretaciones y las estrategias de los actores que utilizan el derecho¹⁷¹. Bajo estas mismas condiciones es que se ha desarrollado la comprensión de qué debe entenderse por “instituciones representativas” de los pueblos indígenas.

En este orden de ideas, el presente capítulo, junto con tratar de precisar el papel que le compete al Estado en el cumplimiento de la obligación, intentará hacerse cargo, al menos parcialmente, de uno de los conflictos de interpretación que se pueden suscitar en estos casos, a saber, aquél que deriva de las desavenencias entre el derecho propio indígena y los derechos fundamentales del individuo. En otras palabras, si la antedicha obligación permite que estas instituciones sean organizadas bajo parámetros que podrían ser considerados, desde el punto de vista de la sociedad mayor, como discriminatorios o no democráticos.

Así las cosas, comenzaré por delimitar el campo del problema, diferenciando analíticamente el carácter normativo de éste respecto de otros problemas que tienen un carácter fáctico (I); luego, presentaré la manera de entender el mentado conflicto por una parte de la doctrina y jurisprudencia, en donde los derechos humanos se comprenden como condición de posibilidad de la expresión del derecho propio indígena, de manera tal que las instituciones representativas sólo podrían reconocerse en tanto, por ejemplo, no vulneren criterios de representatividad democrática y de género (II). Una vez realizado esto, se defenderá que, jurídicamente, lo que procede es considerar que el derecho propio indígena se encuentra amparado por el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que su correcta inteligencia conlleva a reconocerlo como “derrotable” respecto de los derechos individuales (III). Esto significa que cualquier decisión que se tome respecto de un caso específico es más una elección entre dos derechos en conflicto, que la constatación de una violación de una frontera normativa, y por tanto, debe ser la autoridad pública la que determine en la práctica si el derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas puede admitir determinadas restricciones en función de otros derechos humanos. Terminaré con unas breves reflexiones en el marco de la reglamentación de la consulta en el nuevo Reglamento del SEIA, referentes a la importancia de tomarse en serio el ejercicio colectivo de este derecho (IV).

¹⁷¹ *Ibíd.*

I. La obligación de consultar a través de las “instituciones representativas” de los pueblos indígenas

Siempre que se intenta la ingrata tarea de precisar el contenido sustantivo de un derecho fundamental, un buen punto de partida es considerar la opinión de los organismos internacionales sobre el asunto. Al respecto, los pronunciamientos tanto de órganos de control de Naciones Unidas como del SIDH, son perentorios en establecer que deben ser los mismos pueblos afectados quienes determinen –“fruto de un proceso propio, interno”¹⁷², realizado “de conformidad a sus costumbres y tradiciones”¹⁷³ - las personas o grupos que estarán involucrados en la consulta.

Este tipo de declaraciones, sin embargo, más que clarificar la obligación, muestra la distancia que se observa entre la necesaria simpleza de la norma y las múltiples aristas que aparecen en el momento de hacerla operativa. Considérese lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la interpretación de la sentencia del caso *Saramaka Vs. Surinam*, en donde contestaba la solicitud de aclaración por parte del Estado en lo referente a quién se debía consultar, señalando:

[...] el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal. Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos¹⁷⁴.

Pocas veces la realidad es tan lineal como la Corte parece sugerir en este párrafo. La categoría “pueblo”, si bien técnicamente correcta como enunciación del sujeto de derecho colectivo a la consulta, es de escasa utilidad cuando se requiere un análisis de las dificultades presentes al momento de determinar la validez formal y legitimidad de las instituciones indígenas que se someten a ésta. De hecho, el que la única prescripción que pueda impartir la Corte IDH sea del orden de “es el pueblo Saramaka el que deberá decidir quién lo representa”, si bien no es erróneo, no aclara ni precisa la obligación del Estado, y dado que éste no puede abstenerse de

¹⁷² OIT, Consejo de Administración, 289.^a reunión, marzo de 2004. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3.

¹⁷³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 15.

¹⁷⁴ *Íd.*, párr. 19.

realizar la consulta alegando defectos en la representatividad de las instituciones indígenas¹⁷⁵, ante situaciones de superposición, inexistencia o simple desorden organizacional será el Estado quien eventualmente determine el sujeto de la consulta¹⁷⁶.

Algo similar sucede con las precisiones de los órganos de control de la OIT. En diversos casos, el Consejo de Administración ha observado que el Convenio habla de “instituciones representativas de los pueblos indígenas” y no de las “instituciones más representativas”¹⁷⁷, con lo que se excluiría la necesidad de un juicio del gobierno para determinar cuáles son “las más representativas”, debiéndose realizar el proceso de consulta a “todas” las instituciones indígenas¹⁷⁸. Con ello, se podría pensar que hay una formalización del concepto, lo que limita la esfera de discrecionalidad del Estado en la determinación de las instituciones. No obstante lo anterior, el mismo Consejo también ha establecido como esencial que la consulta sea llevada a cabo con las instituciones que sean “verdaderamente representativas de las comunidades afectadas”¹⁷⁹. Así, se deja en claro que el mentado concepto contiene una dimensión material – la “representatividad”- que, ante la posibilidad de una superposición de autoridades indígenas, solo podría ser decidida a través de un juicio evaluativo de la autoridad pública respecto del nivel de “representatividad” de las instituciones que serían objeto de la consulta¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Salgado, Juan Manuel y Gomiz, María Micaela. *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*. 2da Edición. Neuquén: Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, 2010, p. 126.

¹⁷⁶ “Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-891 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁷⁷ OIT, Consejo de Administración (OIT), 282a reunión, marzo de 2004. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, México, GB. 289/17/3, párr. 101.

¹⁷⁸ En cualquier caso, me parece que el concepto “representativo” ya alude a una dimensión material o sustantiva de la misma que no es posible formalizar.

¹⁷⁹ OIT, Consejo de Administración, 282a reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2, 2001, párr. 44.

¹⁸⁰ Esto, estimo, es más un límite que un defecto del derecho, y que tiene que ver con cómo está distribuido el poder en una sociedad determinada. Como lo ha expresado Andrew M. Robinson, en lo que respecta tanto a los conflictos interculturales –aquellos suscitados entre la sociedad mayor y una minoría cultural, o entre dos culturas comunitarias- como a los intraculturales –en donde miembros de una misma comunidad no están de acuerdo con la naturaleza de esa misma comunidad-, “[t]he key point is that where these conflicts are settled by means of state-sanctioned cultural accommodations, the final arbiter will be a state that will tend to reflect the perspective and interests of one cultural group or another”. Robinson, Andrew M. Would International Adjudication Enhance Contextual Theories of Justice? Reflections on the UN Human Rights Committee, Lovelace, Ballantyne and Waldman. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*. Vol. 39, N°2, Jun. 2006, p. 276. Sobre la estructura vertical de las relaciones interculturales, se puede ver Carmona, Cristóbal. *En lógica de fronteras. Decisión y justicia en las relaciones interculturales*. Tesis para Optar al Grado de Magister en Estudios Filosóficos. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2010, especialmente el capítulo I.

Intentaré ilustrar estas dificultades con la situación que ocurrió en la sesión en que la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de los Ríos, realizó la calificación ambiental del controversial proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” de la empresa CELCO –empresa por lo demás asociada inexorablemente a una de las mayores crisis ambientales en la historia de la región¹⁸¹-, a desarrollarse en la comuna de Mariquina, región de los Ríos. A dicha sesión, se presentaron para ser escuchadas autoridades tradicionales, dirigentes de comunidades y organizaciones funcionales indígenas e indígenas individualmente considerados, todos aduciendo –en mayor o menor grado- la representación del pueblo mapuche-lafkenche. Considerando que el proyecto suponía la construcción de un ducto de descarga al mar de los Residuos Industriales Líquidos (RILes) generados por una planta de celulosa, y que su trazado terrestre atravesaría tierras y territorio indígena hasta desembocar en la bahía de Maiquillahue, lugar usado consuetudinariamente¹⁸² por las comunidades lafkenche para sus prácticas económicas, culturales y medicinales, un observador externo podría haberse sorprendido por la división de éstas frente al tema y al hecho que, finalmente, más de la mitad de los pronunciamientos – incluso, como mencionaba, de autoridades tradicionales- fuesen muestras de apoyo a la empresa y su proyecto¹⁸³.

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto obtuvo una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) favorable por parte de la COREMA, que fue impugnada judicialmente -vía Recurso de Protección- tanto por comunidades como por asociaciones de pescadores indígenas del territorio, alegando su ilegalidad por haberse dictado sin la realización de la consulta previa establecida en el Convenio; tanto la Corte de Apelaciones de Valdivia como la Corte Suprema determinaron que la consulta no era procedente¹⁸⁴. No obstante, si nos situamos en el supuesto de que ésta sí hubiese sido declarada aplicable, teniendo en cuenta que, como vimos, el art. 6 del Convenio establece que sea realizada a través de las “instituciones representativas” de los

¹⁸¹ Sesión de 23 de Febrero de 2010. Este proyecto era respuesta a la crisis ambiental provocada por CELCO en el año 2004, cuando la descarga de los RILes de su planta de celulosa al río Cruces provocó la muerte de un gran número de cisnes de cuello negro. Esto llevó a que la autoridad ambiental decretara la modificación de la RCA del proyecto de la Planta Valdivia, imponiendo a la empresa un plazo para presentar alternativas al vertimiento y tratamiento de riles. Cfr. Camus, Pablo y Hajek, Ernst R., *Historia Ambiental de Chile*, Santiago: Andros Impresores, 1998, pp. 135 y ss.

¹⁸² En términos del art. 6 de la Ley 20.249 que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios: “Se entenderá por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura (...) El uso consuetudinario podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales”.

¹⁸³ Cfr., Expediente causa *Javier Nahuelpan y otros C/ COREMA XIV Región*”, Rol de Ingreso a Corte 148- 2010, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia.

¹⁸⁴ Sentencia Corte Suprema de 14 de octubre de 2010, en autos caratulados “*Javier Nahuelpan y otros C/ COREMA XIV Región*”, Rol 4078-2010, que confirma la sentencia de la ICA de Valdivia, Rol 148-2010.

pueblos indígenas, y considerando la desestructuración comunitaria producida por el proyecto, vale preguntarse por cuáles habrían sido, en este caso concreto, las personas legitimadas para participar de la consulta.

Se podría pensar que un escenario como el descrito –con una pluralidad de actores arrogándose la representación del “pueblo” y expresando posturas divergentes respecto de un proyecto- no es sino un caso límite, explicado por los acuerdos monetarios a los que había llegado la empresa con muchos de quienes fueran opositores a la construcción del ducto¹⁸⁵ -acuerdos que sin estar prohibidos por la legislación ambiental¹⁸⁶, en la actualidad podrían ser declarados inválidos por ser contrarios a la buena fe que requiere el Convenio¹⁸⁷-. Sin dejar de reconocer que las disputas generadas por este proyecto son de una gravedad particular, una somera mirada a los conflictos socioambientales en diversos territorios del país –desde Cancosa hasta Neltume- nos muestra que estas tensiones le son comunes a la agencia de las instituciones de los pueblos indígenas en Chile. Lo anterior se explica en parte por la convivencia disgregada que se da entre las organizaciones funcionales creadas por la Ley 19.253 (Ley Indígena) –las que por su estructura¹⁸⁸ y forma de constitución¹⁸⁹ han sido un factor de erosión de la organización

¹⁸⁵ Con fecha 9 de octubre de 2007, se celebró ente la empresa y el Sindicato de Trabajadores Independientes del Mar de Mehuin (conformado por gente que hace 10 años venía oponiéndose al conflicto) un Convenio de Colaboración y Asistencia Recíproca, por medio del cual la empresa comprometía grandes sumas de dinero a cambio no sólo de no oponerse a la construcción, sino de colaborar activamente para que el proyecto se concrete. Ello significó la desestructuración de las comunidades de la Bahía de Maiquillahue, separándose -incluso a nivel familiar- entre “vendidos” y “defensores del mar”.

¹⁸⁶ En el proceso legislativo de la Ley 20.417, de reforma de la Ley de Bases del Medioambiente N° 19.300, al momento de discutirse el texto del art. 13 bis, diversos senadores plantearon la posibilidad de prohibir negociaciones de este tipo, al menos hasta que hubiese terminado el proceso de participación ciudadana. Estas iniciativas no prosperaron, aprobándose la redacción propuesta por el ejecutivo en donde solo se impone al titular del proyecto el deber de “informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental”. Para la discusión de este precepto véase Fernández Grossetete, María de los Ángeles. *Historia sistematizada de la ley 20.417: instrumentos de gestión ambiental y otros temas*. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Sociales y Jurídicas. Santiago: Universidad de Chile, pp. 85 y ss.

¹⁸⁷ Tal como lo ha dispuesto recientemente la Corte IDH: “(...) la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades”. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 185.

¹⁸⁸ “(...) estas organizaciones indígenas pasan a ser conducidas por un presidente, un vicepresidente, un secretario y un tesorero (en contraste con los liderazgos tradicionales mapuche ejercidos por el *longko*, *werken*, etc.), quienes son electos en base a criterios de mayorías propios de la sociedad dominante, sin considerar criterios de herencia u otros propios de la cultura mapuche. Ello ha resultado, en muchos casos, en el desplazamiento de las autoridades tradicionales, generalmente de más edad, por jóvenes dirigentes funcionales con acceso a la educación o contactos con organismos públicos u ONGs”. Instituto de Estudios Indígenas. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del programa de*

comunitaria- y las incipientes formas de reconstrucción de la autoridad tradicional en algunos territorios, así como también con la cada vez mayor conciencia de participación individual de los miembros de la comunidad. La interacción entre estas diferentes esferas, de por sí ya difícil, se complejiza aún más ante la inminencia de un proyecto de inversión en el territorio¹⁹⁰.

Lo expuesto someramente en párrafos precedentes, nos revela algunas de las problemáticas fácticas y normativas que pueden surgir en relación a las instituciones indígenas, especialmente cuando su caracterización, identificación y legitimidad excede el marco de su validez formal y, lo mencionaba, debe determinarse muchas veces en relación con su representatividad material, la que a su vez puede estar en pugna con otros principios del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Pues bien, para avanzar en el planteamiento del problema, quisiese que pensáramos en un caso hipotético similar al tratado al comienzo, pero en donde el Estado ha llevado a cabo la consulta cumpliendo –al menos nominalmente- con los términos del Convenio. Acá es posible identificar dos formas de controvertir dicho proceso en lo que a “instituciones representativas” se refiere. Para ello, me valdré de una distinción ya hecha por Hart, quien en su “The ascription of responsibility and rights” de 1948, escribía:

[T]he accusations or claims upon which law courts adjudicate can be usually challenged or opposed in two ways. First, by a denial of the facts upon which they are based (...) and secondly by something quite different, namely, a plea that although all the circumstances on which a claim could succeed are present, yet in the particular case, the claim or accusation should not succeed because other circumstances are present which bring the case under consideration under some

Derechos Indígenas, Santiago: LOM Ediciones/ Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, 2003, p. 168.

¹⁸⁹ “Por otro lado, la conformación de una comunidad legal con un tercio de los indígenas mayores de edad y un mínimo de diez personas, tiende a fragmentar a la comunidad de tierras mapuche”. Aylwin, José. *Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. Documento de Trabajo N°3. Temuco: Observatorio Ciudadano. 2003, p. 7.

¹⁹⁰ Por más que el deber de realizar la consulta sea de los estados y que estos deban velar porque no se produzcan acuerdos que atenten contra la buena fe de aquella, ello no es óbice –y así lo ha declarado explícitamente el Relator Anaya- para que las empresas realicen procesos de consultas y diálogos con los pueblos indígenas para alcanzar acuerdos o consensos en lo relativo a la realización del proyecto, lo que de igual forma puede llevar a generar expectativas legítimas por parte de un sector de la comunidad respecto de obtener beneficios, provocando consecuentemente la división de la comunidad en torno a la aceptación o rechazo del proyecto. Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010, A/HRC/15/37, párrs. 60 y ss.

recognized head of exception, the effect of which is either to defeat the claim or accusation altogether, or to "reduce" it, so that only a weaker claim can be sustained¹⁹¹.

La primera forma a la que se refiere Hart (“a denial of the facts upon which they are based”) es sin duda la más común, y supone cuestionar el cumplimiento del supuesto de hecho de la norma; en términos sencillos, sostener que las personas o agrupaciones consultadas no son, efectivamente, las “instituciones representativas” de la comunidad. Ejemplos de este tipo, lo decía, no son escasos. En el año 2009, la Corte Constitucional de Colombia acogió una acción de tutela en contra de un proyecto minero a desarrollarse en los departamentos de Antioquia y Chocó, en la que, entre otras cosas, se solicitaba se dejara sin efecto la consulta realizada por el Ministerio del Interior, precisamente por haberse llevado a cabo con líderes indígenas no representativos de las comunidades afectadas por el proyecto¹⁹². De igual manera, y aunque la *litis* no se traba en torno a ello, en los casos nacionales sobre derecho a consulta -v.gr., “*Reyes Alcamán, Iván y otros con Ministerio de Obras Públicas*” (también conocido como *Caso Nuevo Aeropuerto de la Araucanía*)¹⁹³- los recurrentes suelen impugnar en sus escritos o alegatos la legitimidad de acuerdos alcanzados entre órganos estatales o el titular del proyecto y determinadas autoridades tradicionales o dirigentes que se atribuyen la representación de las comunidades del territorio. Sin desestimar la amplia gama de dificultades que este tipo de controversia suscita -v. gr., desde la mera constatación de la exclusión injustificada de algunos representantes, hasta determinar qué separa una compensación ambiental de una cooptación de voluntad-, en el presente capítulo centraré mi atención a la segunda forma mencionada por Hart, que se relaciona con la “derrotabilidad” (defeasibility) de la norma que prescribe la realización de la consulta a través de las instituciones representativas indígenas.

Según la explicación de Hart, éste sería un caso en donde se encontrarían presentes todos los elementos que configuran el supuesto de hecho de la norma, pero, no obstante ello, la norma no se aplica, por existir circunstancias que llevan a tener en cuenta ciertas excepciones, de manera tal que la formulación inicial de la norma resulta “derrotada”. Ahora, como lo ha precisado Atria, cuando Hart habla de una defensa basada en circunstancias que llevan el caso bajo algunas excepciones reconocidas, no se está refiriendo a que las excepciones estén previa y

¹⁹¹ Hart, H. L. A. “The ascription of responsibility and rights”. *Logic and Language*. Flew, A. Oxford: Basil Blackwell, 1951, pp. 147 y 148.

¹⁹² “En el caso concreto, esta Sala de revisión considera que el proceso de consulta previa adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia, no tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades respectivas, constatándose que algunos de los participantes en la adopción del proyecto en cuestión, no se encontraban debidamente acreditados, ni autorizados”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nelson Pinilla.

¹⁹³ Expediente causa “*Reyes Alcamán, Iván y otros con Ministerio de Obras Públicas*”, Rol de Ingreso a Corte N° 1794-2010, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

explícitamente reconocidas –después de todo, “una regla que concluye con la expresión ‘a menos que...’ sigue siendo una regla”¹⁹⁴, por lo que técnicamente en dicho caso la norma no se aplica porque no es aplicable- sino a excepciones implícitas a la norma¹⁹⁵ que aparecen al momento de su puesta en práctica, de manera que -y esto es lo importante- la norma no se aplica aun cuando era aplicable¹⁹⁶: “if, according to his meaning, the (legal) rule does not include an exception for the case at hand, but we are nevertheless (legally) justified in not following it, then we can say the rule is defeated”¹⁹⁷.

Para entender mejor esto, volvamos a nuestro hipotético caso de consulta. Supongamos ahora que no hay dudas ni controversias en torno a la representación de las comunidades que fueron consultadas y que, efectivamente, éstas fueron las elegidas por la comunidad de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones, tal como quiere el derecho y la jurisprudencia internacional. Sin embargo, si se examina someramente la realidad chilena y latinoamericana, encontramos que muchas veces la representación en las comunidades indígenas –de acuerdo a sus costumbres y tradiciones- puede responder a criterios distintos que los de la lógica democrática –v. gr., la elección del *Lonko* en la cultura mapuche se determina, entre otras formas, por pertenecer éste a un tronco familiar que tradicionalmente ha ejercido dicho cargo-, o en base a una participación restringida en donde se excluye a ciertos grupos como las mujeres –v. gr., en una comunidad de la Sierra Sur de Oaxaca, México, en razón de los usos y costumbres de la comunidad se le impidió asumir como alcaldesa a una mujer indígena a pesar de haber sido elegida por la mayoría de la población¹⁹⁸; en el caso del pueblo aymara en Chile (y en las sociedades andinas en general), la división sexual del trabajo otorga posiciones de género diferenciadas que tienden a circunscribir a la mujer al ámbito privado o doméstico, otorgando al hombre la representación en el espacio público¹⁹⁹-.

¹⁹⁴ Hart, H. L. A. *The Concept of law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 139

¹⁹⁵ Atria, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*. London: Hart Publishing, 2002, pp. 137 y 138.

¹⁹⁶ *Íd.*, p. 123.

¹⁹⁷ *Íd.*, p. 125.

¹⁹⁸ Reyes, Francisco. “Participación indígena en los partidos políticos”. *Desafíos de la participación política indígena y de las políticas públicas para los pueblos indígenas en Latinoamérica*. Fundación Konrad Adenauer (KAS). Temuco: KAS/UCT, 2011, pp. 29 y ss.

¹⁹⁹ Echeverría Turres, Claudia. División sexual del trabajo y matrimonio aymara contemporáneo desde una perspectiva de género. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 8, 1998. Iquique: Universidad Arturo Prat, pp. 97-108. Para la complejidad que recorre la estructura de la relación hombre/mujer en el espacio andino e indígena en general –si es binaria, dual, complementaria, etc.-, se puede ver Vásquez, Norma. “¿Complementariedad o subordinación? Distintas formas de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena”. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Berraondo, M. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 293-309. Para una interesante mirada de cómo fue la modernidad la que convirtió el pensar dual indígena en un pensar binario, lo que derivó en la patriarcalización de la sociedad indígena, Segato, Rita. “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial”. *Feminisimos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*. Bidaseca, K. y Vazquez Laba, V. Buenos Aires: Ed. Godot, 2011, pp. 17-48.

Bajo estas circunstancias, si se tiene en cuenta que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Declaración Americana obliga a los estados miembros “a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto”, en donde se requiere, como mínimo, “que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”²⁰⁰, y que la Corte IDH ha estimado que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*”²⁰¹, entonces, en una primera lectura, se podría detectar una contradicción entre determinadas instituciones indígenas y los derechos humanos. De esta manera, por más que el Estado haya realizado la consulta a través de autoridades representativas indígenas, si en la elección de éstas se excluyó, por ejemplo, a las mujeres de la comunidad, alguien pudiese alegar que dicha consulta debiese ser invalidada por contravenir el principio de la igualdad de género. Acá, los derechos humanos funcionarían como excepciones implícitas a la norma que regula la consulta, de tal manera que aún cuando se cumpla con el supuesto de hecho de ésta, la norma puede ser “derrotada” si el cumplimiento de ese supuesto trae como consecuencia la vulneración de un bien que en ese momento determinado la autoridad pública estima de mayor jerarquía²⁰².

Esta conclusión adelanta la respuesta que propongo a la pregunta central de este capítulo, a saber, cuáles serían los límites normativos del derecho propio indígena²⁰³ en lo que a

²⁰⁰ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 131. El énfasis es mío.

²⁰¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

²⁰² La situación no deja de ser paradójica. Por ejemplo, el art. 23.1 de la Convención Americana estipula: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y; c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. Pues bien, en el caso *Yatama Vs. Nicaragua*, la Corte IDH estableció que el derecho a participación política de los pueblos indígenas incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”. (Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 225). Sin embargo, ante la situación que se describía en el cuerpo del escrito, esta participación indígena de acuerdo a sus usos y costumbre que está protegida por el artículo 23.1, podría ser impugnada precisamente por violación del art. 23.1.

²⁰³ Uso el término “derecho propio” en vez de “derecho consuetudinario” en tanto aquél reafirma la idea de que la legitimidad del derecho indígena no se encuentra en su origen ancestral o prehispánico, sino en

instituciones representativas se refiere, en sociedades que tienden a identificarse y comprometerse –nominalmente al menos- con los derechos individuales de la persona. En otras palabras –para usar los términos de W. Kymlicka²⁰⁴-, la pregunta de hasta qué punto el ordenamiento jurídico de una democracia liberal puede permitir que, a partir de una “protección externa” (external protection) como el derecho a consulta, se reconozca por la autoridad pública una “restricción interna” (internal restriction) por parte de la comunidad a algunos de sus miembros, como lo sería la exclusión de las mujeres en las instituciones representativas. En cierto sentido, esta pregunta puede parecer jurídicamente poco interesante si se considera que, tanto en doctrina como jurisprudencia, los derechos humanos han alcanzado un grado de consenso como respuesta a dicha interrogante y que, de hecho, el art. 8.2 del Convenio²⁰⁵ y el art. 34 de la DDPI²⁰⁶ lo establecen explícitamente. Sin embargo, este acuerdo no está exento de tensiones y contradicciones, las que se evidencian en las diversas formas de interpretar el “qué quiere decir realmente” que los derechos humanos funcionen como cláusulas de salvaguarda respecto de la constitución y agencia de las instituciones representativas de los pueblos originarios. A continuación se revisará una de estas posiciones, que entiende a los derechos humanos individuales, como límites para las posibilidades de expresión de la autonomía indígena.

II. Los derechos humanos como espacio de expresión del derecho propio indígena

Regresemos a la pregunta de párrafos anteriores, pero reformulémosla en términos concretos: ¿puede la autoridad pública admitir, en sociedades comprometidas –como decía, por lo menos en la letra- con la protección de los derechos humanos, instituciones indígenas que se organizan

“la vigencia que siga o no teniendo el sistema como eje de organización política de las comunidades y que efectivamente constituya uno de los referentes centrales de la identidad y del sistema jurídico”. Cfr. Sierra, María Teresa. Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas. *Alteridades*, año 7, N° 14, 1997, p. 135.

²⁰⁴ Kymlicka llama “internal restrictions” a el que derechos civiles básicos y libertades políticas sean restringidas por las autoridades de las minorías, y “external protections” a aquellas medida a partir de la cual “the ethnic or national group may seek to protect its distinct existence and identity by limiting the impact of the decisions of the larger society”. Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*. Great Britain: Oxford University Press, 1996, pp. 37 y ss.

²⁰⁵ Art. 8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

²⁰⁶ Art. 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

siguiendo patrones no democráticos o excluyendo a determinados miembros en función de su género?

Kymlicka²⁰⁷, uno de los más insignes representantes del multiculturalismo liberal²⁰⁸, diría que no. El multiculturalismo –que, asimismo, es el modelo adoptado por el derecho internacional de los derechos humanos en lo referente a derechos indígenas²⁰⁹- se estructura de manera tal que, por más que reconozca la necesidad de otorgar a los pueblos indígenas derechos diferenciados en función del grupo, la amplitud y el minucioso detalle de los derechos reconocidos se debilita al momento de tratar el derecho de estos pueblos a conservar su sistema jurídico propio, supeditando su existencia legal a la compatibilidad que tengan con los derechos humanos –sobrentendiendo por estos a los derechos individuales²¹⁰-. Ahora bien, lo que caracteriza a esta postura no es tanto este límite formal sino el rigor formalista con el que se aplica, entendiéndose a los derechos fundamentales como reglas conclusivas, en donde el nexo entre el hecho concreto -consulta a través de una autoridad indígena de carácter patriarcal- y la conclusión jurídica -invalidez de la consulta por basarse en una institución que discrimina en función del género- se

²⁰⁷ Es importante notar que Kymlicka en un principio sostuvo una posición bastante flexible en lo relativo a la tolerancia y los límites de una sociedad liberal para con sus minorías culturales. Si bien sabía que, estrictamente hablando, una teoría liberal basada en el valor de la autonomía no era compatible con derechos diferenciados en función del grupo que restringieran los derechos civiles de los miembros éste, reconocía a su vez que, en la práctica, ello no podía significar que los liberales pueden imponer sus principios a grupos que no los comparten. De hecho, rechazaba esta idea explícitamente, incluso al nivel de un control judicial de la sociedad mayor a las decisiones jurisdiccionales indígenas, y abogaba por un diálogo intercultural para resolver las contradicciones entre los valores de las minorías contrarios a los valores liberales. Cfr. Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship*. pp. 165 y ss.

²⁰⁸ Las críticas al multiculturalismo liberal van en direcciones contrarias. Mientras por un lado se le ha señalado como una mera forma de administración neoliberal de las diferencias, que termina facilitando la asimilación de las minorías culturales (por ejemplo, Díaz-Polanco, Héctor. *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*. México: Siglo XXI, 2006, pp. 156-189 y Žižek, Slavoj. “Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional”. *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Jameson, F. y Žižek, S. Buenos Aires: Paidós, 2005, pp. 137-188), por otro se le ha acusado de fomentar los tradicionalismos y fragmentar las sociedades liberales (Cfr. Sartori, Giovanni. *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus, 2001 y Kukathas, Chandran. Liberalism and multiculturalism: the politics of indifference. *Political Theory*, Vol. 26, Nº5, 1998, pp. 686-699). No deja de ser curioso que tanto las posiciones que lo critican por ser en exceso liberal, como aquellas que lo acusan de ir contra las tradiciones liberales, en general planteen a la “interculturalidad” como superación del multiculturalismo (Cfr. Fernet-Betancourt, Raúl. *La filosofía intercultural y la dinámica del reconocimiento*. Temuco: UCT, 2009, y Meer, N. y Modood, T. How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism? *Journal of Intercultural Studies*. Vol. 33, issue 2, 2011, pp. 175-196). Sobre algunos efectos negativos de erigir al diálogo intercultural como forma de mediar o resolver un conflicto inter o intracultural, ver Robinson, Andrew M. *Op. Cit.*, pp. 275 y 276.

²⁰⁹ “Los lineamientos y muchas de las fuentes del régimen de derechos humanos internacionales en relación con los pueblos indígenas proponen un modelo multicultural de ordenamiento e incorporación de los pueblos indígenas en la trama del Estado”. Anaya, James. “Los pueblos indígenas y el Estado multicultural”. *Derechos humanos de los pueblos indígenas*. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos. México: Secretaría de relaciones exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006, p. 43.

²¹⁰ Moreira, Manuel. Los desafíos del “pluralismo jurídico”: sistema plurilegal o interlegalidad. *Antropología y Derecho*, Año 5, Nº 8, 2011, p. 52.

vuelve automático. Con ello, se relativiza la relevancia de la pregunta inicial, la cual se reordena imperativamente en la frase “las autoridades representativas indígenas solo pueden ser reconocidas por la autoridad pública en tanto en su estructura y funcionamiento se organicen de acuerdo a lógicas democráticas, sin excluir a ningún sector del grupo”.

La razón es sencilla, como lo señala Kymlicka: al mismo tiempo que el derecho internacional de los derechos humanos crea el espacio político para que los grupos etnoculturales puedan impugnar jerarquías heredadas, también restringe el espacio semántico de dicha impugnación, al requerir que estos grupos planteen sus demandas en un lenguaje específico, “namely, the language of human rights, civil rights liberalism, and democratic constitutionalism, with their guarantees of gender equality, religious freedom, racial non-discrimination, gay rights, due process, and so on”²¹¹. En este orden de ideas, tampoco habría un espacio legal en el constitucionalismo liberal para que las minorías ignoren las normas de derechos humanos en el nombre del multiculturalismo: “[f]rom a legal point of view, policies of multiculturalism operate within a larger framework of liberal constitutionalism, and as such any powers devolved to autonomous minority institutions are typically subject to the same common standards of respect for human rights and civil liberties as any other public institution”²¹². Así, lo que finalmente se busca es “not to suppress these differential claims, but rather to filter and frame them through the language of human rights, civil liberties and democratic accountability”²¹³.

Dado que la versión del multiculturalismo de Kymlicka, a diferencia de otras que parten de un entendimiento particular del principio de igualdad²¹⁴, se construye desde la autonomía personal, no es difícil comprender el reducido margen que deja su teoría para aquellos valores culturales que sobrepasan los derechos humanos individuales. Pues bien, dentro de este escenario, una situación interesante es la que ocurre con James Anaya, actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Cuando en su clásico libro *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Anaya desarrolla el derecho a la “integridad cultural” como elemento de la autodeterminación de los pueblos

²¹¹ Kymlicka, Will. *Multicultural Odysseys*, p. 92.

²¹² *Íd.*, p. 93. Ver también Kymlicka, Will. “Testing the bounds of liberal multiculturalism”. Ponencia presentada en la conferencia ‘Muslim women’s equality rights in the justice system: gender, religion and pluralism’, Abril 2005. (acceso 16/06/12) <http://www.trudeaufoundation.ca/resource/public/communiq/2006coll>.

²¹³ Kymlicka, Will. *Multicultural Odysseys*, p. 96.

²¹⁴ Parekh, Bhikhu. *Repensando el multiculturalismo*. Madrid: Ediciones Istmo, 2005. Aun cuando Parekh parta de bases discursivas distintas de las de Kymlicka, estimo que su forma de afrontar el problema de “la licencia a la diferencia” de las minorías culturales cae en una interpretación similar a la del autor canadiense. Cfr. *Íd.*, pp. 197 y 198.

indígenas, expone –de manera similar a Kymlicka- que el que dicha norma esté reconocida y encuentre su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos implica “que el ejercicio de la cultura se ve limitado por este propio marco de los derechos humanos” y que, por tanto, algunas prácticas culturales como la discriminación a las mujeres “quedan fuera del ámbito de protección de la norma”²¹⁵. Y si bien considera que al momento de analizar si una práctica cultural está protegida o no por los derechos humanos, se le debe conceder un cierto margen al grupo cultural afectado “para que aplique sus propios procesos de interpretación y toma de decisiones en relación a las normas universales de derecho humanos, al igual que se le concede a los propios estados”²¹⁶, lo cierto es que nunca especifica a qué se refiere con esto. De hecho, al momento de examinar asuntos relacionados con la integridad cultural, ignora aquellos casos de diferencia cultural radical donde (hipotéticamente) se violarían normas de derechos humanos, centrándose únicamente en demandas benignas como la utilización de lenguas indígenas en los tribunales o la protección de sus lugares sagrados²¹⁷. De igual manera, no deja de ser sorprendente que al tratar el tema del “autogobierno” de los pueblos indígenas, que para Anaya se deriva directamente de las “nociones de democracia (...) y de integridad cultural”²¹⁸, ni siquiera mencione las contradicciones que pueden haber entre instituciones tradicionales y el propio concepto de democracia.

Con esto, se puede intuir que aquél espacio para la “interpretación cultural de los derechos humanos” que supone Anaya no es muy amplio, remitiéndose esencialmente a aquellas demandas de integridad cultural de baja intensidad, y que de ninguna manera puede comprender temas como la igualdad de género o la lógica democrática; en su mejor lectura, la “interpretación” de Anaya se reduce a verificar si es que la práctica que se alega como contraria a los derechos humanos no es en realidad una diversa forma de implementación de estos, pero exceptuando de dicho análisis ciertas cuestiones sobre las que no hay jucho que interpretar. Con esto, no hay un verdadero espacio para la manifestación de prácticas contrarias a los derechos individuales. Dicha conclusión, por lo demás, es la que finalmente expone en sus informes como Relator Especial de Naciones Unidas. En efecto, al momento de referirse a las instituciones representativas indígenas en los procesos de consulta, ha instado a que éstas funcionen respetando la prescripción universal de “eliminación de todas las formas de

²¹⁵ Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, p. 184.

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Íd.*, pp. 195 y ss. Como critica Kymlicka: “Pocas personas se mostrarían en desacuerdo con un principio de ‘integridad cultural’, si éste se limitara a aquellos casos benignos (...) Las actitudes de las personas respecto de la integridad cultural dependerán mucho de si esa norma proporciona o no una justificación para el mantenimiento de tradiciones opresivas”. Kymlicka, Will. “Teoría de los derechos indígenas”. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003, pp. 182.

²¹⁸ Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, pp. 224 y ss.

discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas”²¹⁹, señalando asimismo como un criterio mínimo de representatividad el que, en virtud de “los principios de proporcionalidad y no discriminación, [las instituciones representativas] deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género”²²⁰.

Bajo la situación hermenéutica descrita, los derechos fundamentales se articulan en torno a una lectura moral del derecho, caracterizada por mecanismos discursivos excluyentes en donde los derechos humanos clásicos (individuales) se presentan como inderrotables frente la decisión del colectivo²²¹. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, en un caso en donde –en términos normativos- se oponían la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso de un menor recluido por las autoridades de su comunidad, en vez de ponderar los bienes jurídicos en disputa y concluir si se justificaba una restricción a la jurisdicción indígena fundada en el debido proceso –como lo había hecho en otras ocasiones²²²-, reescribe el conflicto jurídico como uno que se da entre los valores afectivos de los individuos –el derecho de la madre del menor, que es quien interpone la tutela, a “encontrarse con su hijo, a compartir con él algunos espacios, a que se rompa la incomunicación en que los tienen sumidos en virtud de una medida que ella no acaba de entender”- y los valores político-culturales de la comunidad indígena. De esta forma, tras un análisis doctrinario de autores de la tradición liberal acerca de cómo los derechos colectivos no pueden primar sobre los individuales sin que la sociedad devenga en despótica y tiránica²²³, resuelve que:

[...] las funciones jurisdiccionales propias de las autoridades indígenas deben operar en armonía con la Constitución y la ley, esto es, respetando el debido proceso que aún bajo **el imperio de la tradición demanda la salvaguarda de la integridad del núcleo familiar, de suyo célula de los grupos humanos**. Así, pues, el debido proceso, sin perjuicio de la autonomía reconocida constitucionalmente a favor de la jurisdicción indígena, comporta unas restricciones mínimas

²¹⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, párr. 52.

²²⁰ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril de 2009, párr. 31.

²²¹ Sobre la insuficiencia de una lectura moral del derecho para un abordaje adecuado de los derechos culturales, véase Contesse Singh, Jorge. *Universally Speaking? The Cultural Challenge to Rights and Constitutionalism*. *Revista Jurídica. Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, N°2, 2008, p. 267-284.

²²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria.

²²³ Como nota el Magistrado Manuel José Cepeda Espinoza en su Aclaración Especial de voto a la sentencia T-1121: “[l]as citas de pensadores como Norberto Bobbio o de autores como Juan Antonio García Amado para justificar la precedencia del individualismo sobre el colectivismo o la preferencia de los derechos individuales sobre los derechos colectivos, son argumentos de autoridad inadecuados para abordar el alcance de los derechos humanos, en especial los fundamentales, frente a los principios constitucionales del pluralismo, la diversidad cultural y el respeto a la diferencia”.

ligadas a la previsibilidad que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción. Previsibilidad que al amparo de la racionalidad, la objetividad y la proporcionalidad **no puede desatender los valores de cultura superior que precisamente aseguran y protegen la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo humano que invariablemente se forma a partir de los individuos como seres sociales que son**²²⁴.

En virtud de estas consideraciones, la Corte resuelve revocar la sentencia de primera instancia y conceder a la actora la tutela del derecho al debido proceso. En la interpretación que sustenta la argumentación del fallo, a pesar de que el deber de respeto y protección de la diversidad cultural se encuentra consagrado constitucionalmente, los derechos individuales aparecen como una norma de mayor entidad –como “valores de cultura superior”²²⁵– que ponen límites al actuar de las autoridades indígenas.

En un fallo reciente sobre derecho al territorio indígena –una comunidad mapuche solicitaba protección y acceso a un sitio ceremonial que se hallaba en tierra de un particular–, la Corte Suprema chilena adopta una actitud hermenéutica similar. Conociendo en apelación de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en donde se acogía un recurso de protección por estimar que la tala ilegal de árboles en un complejo religioso mapuche williche, vulneraba la garantía constitucional del ejercicio libre de todos los cultos (art. 19Nº6) y las normas del Convenio 169 referentes a la protección de la integridad cultural y a su relación especial con la tierra o su territorio (arts. 2.1, 2.2.b, 4.1, 5.a, 13), la Corte Suprema entendió que si bien “el ejercicio religioso que se pretende por parte de los recurrentes se encuentra garantizado en la Constitución y el instrumento internacional denominado Convenio 169 (...) al mismo tiempo encuentra sus límites en las mismas [sic]”²²⁶; i.e., los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional. Por lo mismo, dado que el sitio ceremonial no se encontraba en un terreno inscrito como tierra indígena según lo determina el art. 12 de la ley 19.253, sino en el terreno de un particular no indígena, la Corte –ignorando derechos consagrados en el propio

²²⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1127 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. El énfasis es mío.

²²⁵ “El interés superior del niño como la consideración primordial, que necesariamente es ‘la’ consideración, no favorece o beneficia a los pueblos indígenas. En cambio, interpretarla como ‘una’ consideración sugiere que el principio es importante, pero que debe razonarse junto con otros factores, es decir, sólo como una consideración importante. El hecho de que el interés superior del niño deba ser una consideración especial parece crear una especie de carga probatoria que no admite alternativas posibles ni aceptables sobre los que intentan demostrar que, en ciertas circunstancias, el principio afectaría a la sociedad (sujeto-colectivo) y por supuesto al niño”. Sánchez Botero, Esther. *Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogota: Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 2006, p. 158.

²²⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 21 de septiembre de 2012, en autos caratulados *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros con Juan Heriberto Ortiz Ortiz*, Rol Nº 3863-2012, que Revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 4 de mayo de 2012, Rol Nº 501-2011.

Convenio 169 que sí otorgan prerrogativas a los pueblos indígenas sobre su territorio- estima que:

UNDÉCIMO [...] el acto realizado por los recurrentes [comunidades mapuche] consistente en una ocupación del terreno de propiedad del recurrido [particular no indígena] importa y constituye una acción ilegal de autotutela pues a través de una vía de hecho se altera y lesiona una situación preexistente sin que exista habilitación legal o judicial para ello, debiendo en consecuencia ser calificada como arbitraria y atentatoria de la garantía cautelada en el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política de la República [derecho de propiedad].

De esta forma, el derecho que tienen los pueblos indígenas a que se les respete sus prácticas y tradiciones, así como la relación especial con su territorio, solo podría ejercerse en los espacios residuales –típicamente irrelevantes- que existen más allá del coto vedado de los derechos fundamentales –en este caso el derecho de propiedad del recurrido-. Volviendo a la interpretación que señalé en (I), tanto en éste caso como en el anterior, no es posible decir que el derecho propio indígena fue “derrotado”. Los derechos humanos no aparecen acá como excepciones implícitas que se manifiestan al momento de la adjudicación, sino que son introducidos explícitamente por el legislador, por lo que una reconstrucción correcta del sistema jurídico entiende que existe entre los dos derechos un relación de prioridad determinada²²⁷, en donde los derechos fundamentales de carácter individual operan como norma de clausura de las tradiciones indígenas; sostener lo contrario –i.e., que en el ordenamiento jurídico chileno, latinoamericano o internacional, no existe una relación de prioridad entre ambos derechos-, se diría desde esta posición, sería simplemente hacer un juicio normativo basado en información errónea o incompleta –lo que Prakken y Sartor denominaron críticamente “inference-based defeasibility”²²⁸-. En este sentido, lo que sería “derrotable” serían nuestras creencias acerca de qué proposiciones normativas son verdaderas, no las normas mismas. Bajo tales auspicios, es claro ya, una institución representativa indígena no podría establecerse contraviniendo derechos individuales, sea a la participación bajo una lógica democrática, sea a la participación sin exclusión en la elección de sus representantes.

²²⁷ Si, como señalan Rodríguez y Sucar, la interpretación es un proceso, entonces el significado atribuido en principio a una formulación normativa puede resultar revisado incorporando excepciones inicialmente no contempladas, en la medida en que se avanza en la interpretación de otros enunciados del sistema. Rodríguez, J. y Sucar, G. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Analisi e Diritto*, 1998, p. 286.

²²⁸ Prakken, H. y Sartor, G. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, Vol. 17, 2004, pp. 118 y ss.

III. Identidad cultural, autodeterminación y derrotabilidad

La lectura anterior, estimo, no puede ser considerada admisible, básicamente por dos razones. Éstas, si bien se diferencian analíticamente para su mejor comprensión, en realidad representan un *continuum* que se relaciona tanto con la imposibilidad de sostener –dentro del sistema jurídico contemporáneo- relaciones de prioridad claras entre ambos derechos, como con la necesidad de reconocer áreas de indeterminación entre ciertas normas y principios, en la creencia que –como decía Hart- algunos asuntos solo pueden ser apropiadamente tratados y adjudicados cuando se aprecian en el caso concreto²²⁹. En otras palabras, al tiempo que rechazan la posición del acápite precedente, justifican la comprensión del derecho propio indígena como “derrotable”.

El primer argumento es de texto. En efecto, aunque el art. 8.2 supedita el derecho consuetudinario a la compatibilidad que tenga con los derechos fundamentales, y el 8.3 establece una cláusula de salvaguarda similar, el mismo art. 8.2 dispone que “[s]iempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. Dicha aserción no es baladí, y deja en evidencia que no se puede sostener que el art. 8.2 establezca una relación de prioridad entre los derechos humanos y el derecho propio indígena. El que la norma, luego de restringir la práctica del derecho consuetudinario al respeto de los derechos fundamentales, se ponga en la hipótesis de un “conflicto” en la aplicación de dicho principio, implica precisamente la exclusión de la interpretación de los derechos humanos como reglas conclusivas –i.e., aquellas de cuya infracción se sigue automáticamente su consecuencia jurídica, en donde “no hay nada que interpretar”²³⁰-. Coherentemente, ello significa también la posibilidad de que en el momento

²²⁹ Hart, H. L. A., *The concept of Law*, p. 130. “The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case”. *Íd.*, p. 135. Obviamente, este segmento se refiere a la versión evaluativa de la textura abierta, y no su comprensión semántica. Para la diferencia entre ambas en el texto de Hart, véase Atria, Fernando, *Op. Cit.*, pp. 89-94.

²³⁰ En un fallo reciente, la Corte Suprema chilena decidió por mayoría el no acoger un recurso de queja interpuesto por la Fiscalía Regional de la Araucanía, en contra de una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, que confirmaba la decisión del Juez de Garantía de Lautaro de aceptar un acuerdo reparatorio entre personas mapuche en materias de violencia intrafamiliar, ámbito en el que está expresamente prohibido la celebración de estos acuerdos. La decisión del tribunal de primera instancia se basó en que, en la cultura mapuche, es factible resolver estos problemas por la vía de la negociación y el acuerdo, por lo que, en base a lo estipulado en los arts. 9 y 10 del Convenio 169 y a que éste tendría mayor jerarquía que la ley sobre violencia intrafamiliar, se aceptó el mentado acuerdo. La mayoría de la Corte Suprema rechazó la queja por estimar que las discusiones referentes al rango constitucional del Convenio o su primacía sobre la ley de violencia intrafamiliar es una cuestión de interpretación legal, no que no hace procedente el recurso. Al respecto, vale tener en consideración los argumentos de la minoría respecto justamente a si cabe o no la interpretación en lo referente de las normas del Convenio, ya que si bien no versan precisamente sobre el art. 8.2 sino sobre el art. 9 del Convenio, al contener éste cláusulas

adjudicativo o de aplicación aparezcan aquellas excepciones implícitas de las que se hablaba al comienzo del capítulo, que hagan que se esté (legalmente) justificado para no aplicar el principio en comento, resultando finalmente derrotado para el caso en concreto. El objetivo de los “procedimientos” de que habla la norma sería, precisamente, que esa decisión discrecional de la autoridad pública sea hecha en respeto con la diversidad cultural de los pueblos indígena²³¹.

La segunda razón tiene que ver con una cuestión de hermenéutica jurídica y con una correcta reconstrucción racional del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Como ha explicado Padgen, hay un vínculo inextricable entre los derechos contenidos en las declaraciones internacionales y la forma específica de organización social necesaria para su concreción:

[...] the very notion of a translocal, transcultural human right only makes sense within the context of a conception of “humanity”, and since humanity is, empirically, and for whatever historical reason, social, then it can, in effect, only make sense in the context of a given understanding of what a society should be²³².

Así, por ejemplo, los derechos políticos específicos del PIDCP no pueden ser hechos inteligibles sino a través de un orden político determinado, a saber, el de un gobierno republicano de

de salvaguarda similares sino mayores a las de aquél respecto del uso del derecho consuetudinario, sirve para ilustrar a qué me refiere con la comprensión de “los derechos humanos como reglas concluyentes”: “1° Que si bien es efectivo que esta Corte de manera reiterada ha señalado que las cuestiones de interpretación no pueden ser objeto del recurso disciplinario, **lo cierto es que ello es así sólo cuando es posible la presencia de interpretaciones diversas, cuyo no es el caso, donde no existe oscuridad alguna en los preceptos involucrados y, por lo tanto, no hay labor interpretativa alguna que realizar. Siendo clara la norma, no había más que aplicarla, sin distingo**; 2° (...) Por su parte, el artículo 9° del Convenio 169 de la OIT, dispone que deberán respetarse los métodos tradicionales de los pueblos indígenas “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...” lo que evidentemente no ocurre en la especie, porque el sistema jurídico nacional, en este tipo de conflictos –exclusivamente- prohíbe la reparación entre las partes. **Siendo una disposición muy clara, independientemente de su jerarquía legal, no precisa interpretación alguna**. Excluye el método indígena si es incompatible con el sistema jurídico nacional. **No habiendo nada que interpretar, simplemente no debía aplicarse**”. Sentencia de la Corte Suprema de 4 de enero de 2012, Rol N°10.635-2011, caratulado “*contra Matias Alexis Moya Albornoz*”. El énfasis es mío.

²³¹ “El objetivo de los mismos sería garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho mismo, para honrar el reconocimiento del derecho a la diversidad que hacen las diferentes cartas de los países andinos. Una propuesta podría ser la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades indígenas/comunitarias que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre jurisdicción especial y derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el derecho consuetudinario), tratando de entender las diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia o violación de derechos (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes”. Yrigoyen, Raquel. “Vislumbrando un *horizonte pluralista*: rupturas y retos epistemológicos y políticos”. Castro, M. (Ed.). *Los desafíos de la interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Santiago de Chile: Programa Internacional de Interculturalidad, Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile, 2004, p. 218.

²³² Pagden, Anthony. Human Rights, Natural Rights, and Europe’s Imperial Legacy. *Political Theory*, Vol. 31 N°2, 2003, p. 192.

carácter representativo²³³. Por ende, si se entiende que aquellos “derechos humanos internacionalmente reconocidos” que limitan la autonomía indígena son “todos” -o “algunos en todos los casos”- los derechos individuales heredados de la tradición francesa y anglosajona, entonces –por lógica- se anula la posibilidad de una sociedad o comunidad indígena cualitativamente diferente a la prescrita por el imaginario occidental²³⁴.

Es claro que no habría ningún problema con sostener la aserción anterior, si no fuese porque justamente hoy en día el sistema internacional es pródigo en la protección de la integridad cultural y el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, lo que hace que la lectura restringida del derecho indígena sea inadmisiblesi se quiere mantener un mínimo de coherencia dentro del ordenamiento jurídico. En este sentido, el razonamiento usado por la Corte Constitucional colombiana en la clásica sentencia T-349 de 1996, resulta señero. La Corte parte de la constatación de que, si bien está establecido específicamente en una norma constitucional (art. 7), el principio de la protección de la diversidad cultural en realidad recorre transversalmente la carta fundamental colombiana (arts. 10, 70, 171, 176, 246 y 286), y que, considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural que prescribe la norma, entonces concluye que el intérprete de este precepto siempre debe buscar “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, [...] la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”²³⁵. De esta forma, al momento de tener que aplicar la norma del art. 246 de la Constitución –que garantiza las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas a través de sus normas y procedimientos, “siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república”-, la Corte señala:

[...] si bien la Constitución se refiere de manera general a ‘la Constitución y la ley’ como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente.

²³³ *Íd.*, p. 190.

²³⁴ En el mismo sentido se expresa Kuppe cuando se refiere al art. 46.1 de la Declaración: “[l]a imposición indiferenciada de las instituciones de derechos humanos y libertades fundamentales sobre la dinámica de la autonomía indígena (y sobre sus distintos poderes) impondría los valores de la sociedad occidental-dominante a las culturas indígenas. Además, algunos de los derechos humanos serían verdaderamente inaplicables dentro del contexto de organización social indígena”. Kuppe, René, *Op. Cit.*, p. 132.

²³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria.

El mismo razonamiento es aplicable a nuestro caso. Por más que existan normas que efectivamente pareciesen restringir la autonomía indígena “a los derechos y libertades de los demás” y a las restricciones necesarias “para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática” (art. 46.2 DDPI), no se puede ignorar, a su vez, la evolución que ha experimentado el derecho internacional de los derechos humanos en lo referente al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, y ello no sólo en los instrumentos específicos sobre el tópico –viz., el Convenio y la Declaración-, sino incluso a partir de las provisiones más elementales sobre derechos individuales. Las interpretaciones hechas por el Comité de Derechos Humanos (CDH) de los arts. 1 (libre determinación) y 27 (protección de minorías) del PIDCP, la carta liberal por antonomasia, nos pueden dar un buen ejemplo de ello. Es sabido que, en un comienzo, el Comité interpretó el art. 1 del Pacto siguiendo las intenciones de los estados, relacionándolo estrictamente a la independencia de los territorios bajo administración colonial, mientras que el art. 27 –que buscaba proteger la libertad de cada individuo para usar su lengua, disfrutar de su cultura y practicar su religión sin intromisión del Estado- era a través del cual el Comité canalizaba las reclamaciones de los miembros de los pueblos indígenas²³⁶; de hecho, esta distinción categórica entre ambos artículos la encontramos incluso tan recientemente como en la Observación General N°23 del Comité sobre el art. 27, de 1994²³⁷. El núcleo de la diferenciación que hacía el CDH se encontraba en los sujetos activos de las normas: “los pueblos” por un lado, “los individuos” por otro. Sin embargo, como ha mostrado Helen Quane, desde 1998 hasta la fecha se registra una paulatina tendencia a que, en las Observaciones Finales y Recomendaciones a los informes presentados por los estados en virtud del artículo 40 del PIDCP, el Comité incluya, junto al art. 27, al art. 1 como aquellos que protegen los derechos de los pueblos indígenas, y que los estados tienen el deber de respetar²³⁸. En los últimos años, también el Comité DESC ha adoptado una actitud semejante respecto a la libre determinación de los pueblos indígenas (art. 1), relacionándolo con el derecho a participar en la vida cultural (art. 15.1.a) tanto en sus Observaciones Finales a los estados²³⁹ como en su Observación General N° 21 de 2009²⁴⁰. Estos gestos son importantes,

²³⁶ Cfr. Supra nota 1.

²³⁷ “3.1. The Covenant draws a distinction between the right to self-determination and the rights protected under article 27. The former is expressed to be a right belonging to peoples and is dealt with in a separate part (Part I) of the Covenant. Self-determination is not a right cognizable under the Optional Protocol. Article 27, on the other hand, relates to rights conferred on individuals as such and is included, like the articles relating to other personal rights conferred on individuals, in Part III of the Covenant and is cognizable under the Optional Protocol”. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General N°23: El derecho de las minorías (art. 27)*, 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párr. 3.1.

²³⁸ Quane, Helen. A Further Dimension to the interdependence and Indivisibility of Human Rights?: Recent Developments Concerning the Rights of Indigenous Peoples. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 25, 2012, pp. 61 y ss.

²³⁹ *Íd.*, pp. 69 y 70.

pues muestran que, de manera independiente de sus miembros, los pueblos indígenas están adquiriendo la titularidad de derechos fundamentales²⁴¹, partiendo por el más básico que es el derecho a existir²⁴² y de perseverar en su especificidad cultural.

En el SIDH, es interesante notar la evolución de la Corte en su jurisprudencia sobre derechos indígenas²⁴³. Hasta el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, de 2010, en sus principales sentencias respecto al tema²⁴⁴, la Corte había determinado violaciones de derechos humanos en perjuicio de los integrantes o miembros de los pueblos indígenas, sin hacer referencia explícita al “pueblo indígena” como sujeto colectivo de derecho. Y si bien en la citada sentencia la Corte sigue considerando como parte lesionada “a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek” que sufrieron las violaciones declaradas²⁴⁵, también se refirió a la comunidad misma como el sujeto colectivo que reclama derechos, principalmente en lo que dice relación con el derecho al territorio²⁴⁶ y a la propiedad comunitaria²⁴⁷. Pues bien, en *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, de julio de 2012, la Corte finalmente opta por esta

²⁴⁰ “El derecho a participar en la vida cultural es también interdependiente de otros derechos enunciados en el Pacto, como el derecho de todos los pueblos a la libre determinación (art. 1)”. ONU, Comité DESC. Observación General N°21. *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, 2009, E/C.12/GC/21/Rev.1, párr. 2.

²⁴¹ “[...] los pueblos indígenas, **que tienen derecho, colectiva o individualmente**, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, las normas internacionales de derechos humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”; “En su Observación general N° 17 relativa al derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora, el Comité **reconoce que la expresión ‘toda persona’ se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo**. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo”. *Íd.*, párrs. 7 y 9. El énfasis es mío.

²⁴² Como afirmó desde un inicio la Corte Constitucional de Colombia: “Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución [...] La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido-y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”. Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴³ A continuación se sigue en lo pertinente la argumentación del Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi a la Sentencia de la Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

²⁴⁴ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; y *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*.

²⁴⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 278.

²⁴⁶ *Íd.*, párr. 64 y ss.

²⁴⁷ *Íd.*, párr. 85 y ss.

última línea argumentativa²⁴⁸, reconociendo que aun cuando anteriormente había declarado violaciones referentes a los “miembros” en este tipo de casos, estima ahora que:

[...] la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva²⁴⁹.

Si se considera el orden internacional actual respecto a los derechos de los pueblos indígenas –el que, por lo demás, a nivel latinoamericano se incorpora con mayor o menor medida y eficacia a los sistemas domésticos-, y que las fuentes internacionales que lo componen –sea *hard* o *soft law*- lógicamente procuran tener efectos jurídicos, es decir, establecer o determinar obligaciones jurídicas internacionales –principio del *effet utile*-, se puede concluir que jurídicamente no es admisible una reconstrucción del ordenamiento que subordine el derecho propio indígena –expresión de su derecho fundamental a mantener su identidad cultural²⁵⁰- a los derechos fundamentales de la persona; una interpretación de este tipo, como lo ha expresado la Corte Interamericana respecto del derecho de propiedad, “equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del art. 21 de la Convención para millones de personas”²⁵¹.

²⁴⁸ Esta línea, se mencionó ya, fue sugerida explícitamente en el citado voto del Juez Eduardo Vio Grossi: “En otras palabras, habida cuenta lo precedentemente expuesto y aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención, se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería procedente, por una parte, incluir en el término ‘*persona*’ contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no solo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia”. Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 27. Énfasis original.

²⁴⁹ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 231.

²⁵⁰ “La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (*infra* párrs. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”. *Íd.*, párr. 159.

²⁵¹ Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, párr. 120.

De aquí que la forma correcta de afrontar un caso en donde exista una oposición como la que venimos discutiendo, es aceptando que nos encontramos ante dos normas que, por pertenecer al orden de los derechos fundamentales, no tienen una relación de prioridad establecida –v.gr., como señaló la Corte IDH, que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria indígena, se encuentran amparadas por la Convención Americana²⁵²-, sino que debe establecerse según sean las circunstancias del caso concreto que se examina. En otras palabras, dado que las convenciones interpretativas existentes no predeterminan relaciones de preferencia entre las normas para los casos en que colisionen, es que se puede decir que ambas son derrotables²⁵³. Esto significa, como explica Bayón, que se “deja el derecho indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en su supuesto de hecho, puesto que su aplicación requiere siempre de una decisión discrecional entre alternativas abiertas por parte del aplicador acerca de la relevancia o irrelevancia de cualesquiera propiedades del caso concreto distintas de las que definen su supuesto de hecho”²⁵⁴.

Para hablar en términos concretos, retomemos el caso hipotético al que me refería a comienzos del capítulo, de un proceso de consulta llevado a cabo a una comunidad indígena “a través de sus instituciones representativas”, las que fueron elegidas por medio de procesos tradicionales que siguen lógicas patriarcales y no participativas, pero en donde no hay duda de la “representatividad” de estas autoridades. Decía que, aún cuando se cumplía en ese caso el supuesto de hecho de la norma (art. 6), se podría levantar un eventual reclamo en el sentido que esta clase de estructuras tradicionales, amparadas *prima facie* por el art. 23.1 de la Convención Americana²⁵⁵, incurrían en una discriminación de género y, por lo tanto, violan el mismo art. 23.1, haciendo inaplicable la norma para el caso concreto. En este sentido, dada la colisión de normas que no tienen una relación de preferencia clara en el ordenamiento jurídico, corresponderá a la autoridad pública –sea el administrador ambiental o el juez constitucional- decidir qué derecho prevalece en mérito de las circunstancias del caso, abriendo así la posibilidad de que la norma que garantiza el derecho propio indígena sea, finalmente, “derrotada”. En este punto, muchas veces no se será posible demostrar que la decisión tomada era la única respuesta correcta posible, pero ello –como reconocía Hart- no quiere decir que ésta no pueda ser considerada, al mismo tiempo, como el producto razonado de una elección informada e imparcial²⁵⁶.

²⁵² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 143.

²⁵³ Bayón, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, N°13, Octubre 2000, p. 109.

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ Corte IDH. *Caso Yátama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 225.

²⁵⁶ Hart, H.L.A., *The concept of law*, p. 205.

Lo anterior abre una serie de interrogantes respecto al modo de hacer posible que esta decisión pueda ser considerada ajustada a derecho y respete adecuadamente los derechos en pugna, cuáles deberían ser los procedimientos y los criterios de interpretación²⁵⁷ adecuados para lograrlo, todas cuestiones cuya su resolución se hace más imperativa por cuanto no hay duda sobre el contexto asimétrico desde donde se realiza esta decisión –incluso Kymlicka notó que la revisión judicial de las decisiones de autoridades indígenas hecha por un tribunal constitucional era una forma de coerción indebida²⁵⁸-. Lamentablemente, estas preguntas exceden por mucho las intenciones y posibilidades del presente trabajo, por lo que no es factible tratarlas en este momento. Lo que sí es posible advertir, es la necesidad de que estas cuestiones se aborden desde una perspectiva más sensible a las comprensiones y creencias culturales, y ajenas a la neutralidad procedimental²⁵⁹.

IV. A propósito del sujeto colectivo de la consulta en Chile

En el art. 85 del nuevo Reglamento del SEIA, bajo el epígrafe de “Participación y consulta indígena”, en teoría debiese encontrarse una regulación detallada de cómo realizar la consulta ante los proyectos de inversión que pudiesen afectar territorio indígena. Sin embargo, el deber que en realidad establece para la administración es el de “desarrollar un proceso de participación y diálogo que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo”, que permitan la “participación informada” de los “grupos humanos

²⁵⁷ Una forma de ponderar estos derechos es a través de un test de proporcionalidad o razonabilidad en la restricción de un derecho en función de otro. Al respecto, la Corte IDH, para resolver los conflictos entre propiedad territorial indígena y propiedad privada particular, ha establecido que las restricciones admisibles al goce y ejercicio de los derechos de propiedad indígena deben ser (a) establecidas por ley; (b) necesarias; (c) proporcionales, y (d) su fin debe ser el de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (para una síntesis de lo anterior, véase CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 116 y ss.). Sin dejar de ser pertinentes para resolver un tipo de conflictos, se debe tener en cuenta que, por ejemplo, para temas en donde se vean enfrentados las formas de organización indígenas y el principio de no discriminación por razones de género o con los principios democráticos de organización, un test de este tipo significaría que la mayoría de las veces estaría justificada una restricción a los derechos indígenas. En este sentido, si en algún caso es aplicada esta técnica de ponderación, es indispensable ampliar el test de la forma en que lo hace la misma Corte IDH en *Saramaka Vs. Surinam*, en donde además de las ya mencionadas cuatro condiciones, agrega el deber examinar si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes (párr. 127 y 128). En cualquier caso, si bien dicho requisito está orientado en la dirección correcta, lo cierto es que no es necesario que la restricción “llegue a poner en peligro la subsistencia del grupo”, sino que basta que afecte significativamente la identidad cultural del grupo. De lo contrario, el margen de expresión del derecho propio indígena sería muy limitado.

²⁵⁸ Kymlicka, Will. *Multicultural citizenship*, p. 166.

²⁵⁹ Contesse Singh, Jorge, *Op. Cit.*, p. 279.

indígenas” en la evaluación ambiental del proyecto. Como es evidente, el desplazamiento semántico en el sujeto de la consulta –desde “el pueblo interesado a través de sus instituciones representativas” hasta los “grupos humanos indígenas”–, aun cuando por aplicación del art. 27.1 de la Convención de Viena²⁶⁰ y por el hecho de ser el art. 6 del Convenio una norma autoejecutable no debería tener efectos jurídicos, sin duda busca reducir significativamente la densidad normativa de la obligación estatal, disolviendo la perspectiva colectiva del derecho al disgregarlo en ese ente difuso que sería el “grupo humano indígena”. En otras palabras, el Estado se sustrae del deber de determinar cuáles son las instituciones representativas del pueblo al que se le va a consultar –lo que implicaba, por ejemplo, ver si han existido y/o evitar que ocurriesen a lo largo del proceso, negociaciones indebidas por parte de la empresa tendientes a desestructurar posiciones comunitarias–, pudiendo llevar adelante procesos individuales o colectivos con los grupos humanos indígenas.

En el caso de los proyectos de inversión en territorio de los pueblos indígenas, este cambio de perspectiva –de nuevo, aun cuando pueda ser invalidada por una decisión judicial por ser contraria a lo estipulado por el Convenio, sigue siendo normativa obligatoria para los servicios estatales ambientales– es preocupante, pues justamente una de las formas típicas de relación de las empresas con las comunidades, es debilitando la posición colectiva a través negociaciones y acuerdos individuales –los casos de Ralco y Mehuin en Chile, son ejemplos señeros–, y deslegitimando los liderazgos tradicionales por no respetar el principio de la mayoría. Acá, lo señalaba Kymlicka, el mismo lenguaje de los derechos humanos puede legitimar la mentada desestructuración comunitaria:

Historically, the majority’s decisions to ignore the traditional leadership of minority communities and to destroy their traditional political institutions, have been justified on the grounds that these traditional leaders and institutions were not “democratic” — they did not involve the same process of periodic elections as majority political institutions²⁶¹.

La construcción de este tipo de discursos, aun bajo el marco que proporciona el Convenio, otorgaría un predominio en la legitimación activa para participar de los procesos de consulta a las comunidades y asociaciones indígenas creadas por la ley 19.253, en desmedro de muchas autoridades tradicionales indígenas. Por ello es extremadamente delicado cuando la CIDH expresa que “[e]l derecho a la participación en los procesos decisivos que puedan afectar los

²⁶⁰ “27.1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”.

²⁶¹ Kymlicka, Will. *Human Rights and Ethnocultural Justice. Review of Constitutional Studies*. Vol. IV. N° 2, 1998, p. 222.

territorios ancestrales corresponde a los miembros individuales de dichos pueblos, y a los pueblos como un todo”²⁶². Y es que se debe recordar que el derecho a consulta es un derecho colectivo, y como tal debe ejercerse por su titular: el pueblo a través de sus instituciones representativas. Esto no quiere decir que el Estado desatienda los derechos fundamentales de las personas en las dinámicas de las relaciones intracomunitarias, ni que haya una prioridad establecida del colectivo sobre el individuo. Al contrario, de lo que se trata es precisamente de negar la utilización de una lógica maniquea similar, de reconocer que la configuración actual del ordenamiento jurídico implica una ponderación de los diversos valores que hay en juego²⁶³, y de resguardar a los propios derechos fundamentales individuales de su uso ideológico²⁶⁴. En otras palabras, de lo que se trata es de tomarse en serio el que la consulta es un derecho colectivo; espero que las reflexiones ofrecidas en este capítulo puedan contribuir a esta tarea.

²⁶² CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 286.

²⁶³ En Chile, por más que la regulación del pluralismo jurídico a nivel de legislación secundaria (ley 19.253) lo circunscriba, de manera general, a “la moral, las buenas costumbres y al orden público” (art. 7) y, en un juicio entre indígenas, a la “Constitución Política de la República” (art. 54), desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en el año 2009, son las normas de dicho instrumento las que deben entenderse vigentes para el tema en comento. En efecto, en razón del criterio de exclusión acumulativa que establece el art. 8.2 del Convenio –i.e., que para considerar que las instituciones representativas no son aceptables, no basta con que éstas sean contrarias a la legislación nacional, sino que además deben ser contrarias a las disposiciones de derechos humanos internacionalmente reconocidas-, la OIT ha estimado que no se pueden emplear las normas nacionales que sean incompatibles con los derechos humanos para justificar el desconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas. OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: OIT, 2009, p. 82.

²⁶⁴ Sobre el uso ideológico de los derechos humanos, véase Carmona, Cristóbal. *Pueblos indígenas y la tolerancia occidental: los derechos humanos como forma sublimada de asimilación*. *Polis*, Vol. 8 N° 23, 2009, pp. 301-321

Conclusiones

Every individual should say the phrase of Louis XIV: “I am the state”.

Rudolf von Jhering, citado en Carozza, Paolo, *Subsidiarity as a structural principle of international human rights law*

Mencioné en un comienzo que, mientras los dos primeros capítulos respondían primordialmente a lo una reconstrucción descriptiva –viz., estaban enfocados a dar cuenta de posiciones e interpretaciones dadas por los actores institucionales indicados-, los dos finales proponían orientaciones normativas respecto a cómo entender el contenido sustantivo de los dos conceptos previamente identificados. De lo revisado, creo que hay tres cuestiones fundamentales que podemos avanzar como conclusiones.

I. Insuficiencia de una aplicación “horizontal” de las normas de derechos humanos

En primer lugar, que lo que Harold Koh denominó como una comprensión “horizontal” del derecho internacional, es insuficiente para entender por qué y cómo los derechos humanos pueden ser finalmente aplicados (*enforced*). En ésta, dice el autor norteamericano, son los propios estados y las organizaciones intergubernamentales creadas por ellos –v.gr., el Consejo de Derechos Humanos, los órganos de control de los tratados de la ONU, la CIDH- quienes ejercen una presión para el cumplimiento de los derechos humanos, invocando las normas universales contenidas en tratados internacionales como el PIDCP, el PIDESC, o el mismo

Convenio 169²⁶⁵. Las dificultades de esta forma de aplicación de “estado-a-estado” son evidentes, pues se sigue entendiendo a las normas de derechos humanos como meramente declarativas, y que su aplicación queda a discrecionalidad de los estados. Lo tratado en el capítulo I, es un buen ejemplo de lo anterior. Para comenzar, dado que de acuerdo a la Constitución de la OIT sus convenios no admiten reservas, pero ello no está del todo claro respecto de las “declaraciones interpretativas”, el gobierno chileno pretendió a través de éstas, y hasta el mismo momento del depósito de la ratificación en la Oficina de la OIT, restringir –en algunas ocasiones totalmente– la producción de efectos jurídicos por parte del Convenio. Lo mismo muestra la dictación de reglamentación de artículos parcialmente derogados –como el art. 34 de Ley indígena– por la entrada en vigencia del Convenio, para paradójicamente regular derechos contenidos en éste –los arts. 6 y 7–, y en donde se contiene disposiciones que reenvían la normativa internacional a las leyes sectoriales en materia de proyectos de inversión. En este sentido, lo que se concluía al final del capítulo I, respecto a cómo el objetivo del gobierno era impulsar la adecuación del Convenio a la legislación interna, es una constatación de que bajo esta comprensión “horizontal” las normas de derechos humanos pareciesen seguir siendo meramente declarativas²⁶⁶, y cuyo enfoque hace inexplicable, por ejemplo, las adecuaciones introducidas por el ejecutivo en nuevo reglamento del SEIA.

Ahora bien, para Koh, hay una historia “vertical” que explica cómo se adoptan estas normas, en donde los Estados no sino un actor junto con ONG’s, activistas, víctimas, organismos internacionales etc., que a través de un “proceso legal transnacional”²⁶⁷ de interacción, interpretación y intentos de internalización de la norma en el derecho doméstico, logran la aplicación de los derechos humanos. Por más atractiva que parezca esta idea, lo cierto es que su constatación en el caso de la consulta excede por mucho los límites del presente trabajo, en tanto ello habría supuesto necesariamente dar cuenta de procesos paralelos o alternativos a la acción judicial. No obstante, al distinguir en el capítulo II que las autoridades institucionales podían monopolizar la producción del derecho positivo, pero no de su significado, lo que permitía a las comunidades a crear sus propias narraciones sobre el mismo texto formal –la diferencia entre la consulta y la participación ciudadana– y someter dicha interpretación a la decisión del tribunal –el que decidía qué contaba como derecho–, sí al menos da cuenta de un

²⁶⁵ Koh, Harold. How Is International Human Rights Law Enforced? *Indiana Law Journal*, Vol 74, Issue 4, 1999, p. 1408 y ss.

²⁶⁶ “As we son saw, the difficulties of this horizontal, state-to-state enforcement mechanism were legion: the rules were largely declaratory and precatory, and the few mechanism created had virtually no enforcement”. *Íd.*, p. 1409.

²⁶⁷ “So if the question is ‘how is international human rights enforced? My short answer is through a transnational legal process of institutional interaction, interpretation of legal normas, and attempts to internalize those normas into domestic legal systems”. *Íd.*, p. 1399.

proceso complejo que no descansa en las puras relaciones horizontales entre estados, o de estos con organismos intergubernamentales, sino que su avance se logró, en una parte al menos, a partir la acción colectiva de comunidades y ONG's que presentaron su interpretación del Convenio al foro constitucional. En un sentido similar, la Solicitud Directa que remitió a comienzos del 2011 la OIT al Estado, y a la que se hizo referencia tanto en el capítulo I en lo relativo a las críticas al DS, como en el capítulo III respecto a la forma de dar cumplimiento al art. 7.3 del Convenio, surgió de las diferencias entre la memoria mandada por el gobierno a CEACR, y el informe alternativo –también denominado “informe sombra”- presentado por diversas comunidades y actores de la sociedad civil sobre el incumplimiento del Convenio. De todos modos, se debe precisar que el proceso de internalización de la norma recién se está llevando a cabo con la dictación del nuevo reglamento del SEIA.

II. La aplicación judicial directa del Convenio y la modificación parcial de la Ley 19.300

Una segunda cuestión a concluir tiene que ver con cómo, a partir de la revisión, sistematización y análisis de la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema que se hizo en el capítulo II, se logró determinar que la principal consecuencia de la articulación de las normas llevadas a cabo al momento de la adjudicación de los litigios, no fue la invalidación de un acto administrativo – si bien terminó de asentarse con las sentencias dictadas en casos de consulta, en realidad el control judicial de la RCA tuvo su punto de quiebre en *Campiche*- ni menos que el DS 124 haya sido omitido casi por completo en las deliberaciones, sino la aceptación de la diferencia entre consulta y participación implicaba una modificación tácita de la ley 19.300. Dado lo reciente de la consolidación de esta línea jurisprudencial, las diversas consecuencias que tiene dicho acto, especialmente si se puede sostener, como se hace acá, que derivó de un control de constitucionalidad –o convencionalidad, según el enfoque que se dé-, todavía no hay sido mayormente analizadas; en este orden de ideas, la sucintas reflexiones ofrecidas al final del capítulo II esperan haber contribuido a la precisión de las implicancias de la judicialización que ha operado respecto del derecho a consulta.

Al respecto, quisiera hacer una última apreciación sobre el remedio (*remedy*) determinado por la Corte –la realización de la participación que incorporase además los estándares del Convenio-. La crítica que dirijo a éste desde la noción formal de Estado de Derecho debe ser tomada en su justa medida, i.e., respondiendo a la situación de vulnerabilidad que supone para los derechos de los pueblos indígenas el dejar conceptos relativamente abiertos a la definición de una Administración que se ha mostrado apenas receptiva de las órdenes, no solo del derecho

internacional, sino de la misma Corte; en dicho contexto, las ideas clásicas del *rule of law* vinculadas a la certeza, claridad y generalidad de las leyes suponen un instrumento valioso para la protección de las minorías. Sin embargo, esto no debe interpretarse como una crítica sustantiva al remedio adoptado, ni que creer que el mismo resguardo del Estado de Derecho exigía que se instara antes por una reforma a la ley ambiental, absteniéndose la Corte de aplicar un tratado internacional que podía invalidar parcialmente un acto del legislativo –de hecho, incluso en su acepción formal, el Estado de Derecho conlleva algún tipo de control judicial de las leyes-. Al contrario, si bien este concepto es valioso para la sociedad, lo son también la democracia, el respeto a los derechos fundamentales, etc. Tal como decía Raz, es de esperar que el Estado de Derecho no contenga más que fuerza *prima facie*; es un valor negativo, hecho para minimizar el daño a la libertad y dignidad que el derecho puede causar en su persecución de otros fines, pero “[s]acrificar muchos fines sociales en aras del estado de derecho puede hacer al derecho estéril y vacío”²⁶⁸. En este sentido, la crítica realizada apuntaba no la decisión de la Corte, sino a enfatizar la necesidad de la precisión de los conceptos que dan forma a la obligación de consulta, cuestión necesaria para el análisis crítico de los proyectos de regulación que se preparan desde la Administración.

III. La libre determinación como criterio hermenéutico

En los dos últimos capítulos se intentó proporcionar elementos que permitieran avanzar en la resolución de determinados problemas que surgen al momento de precisar el contenido sustantivo del derecho a consulta. Así, el capítulo III defendió una concepción amplia de la “susceptibilidad de afectación directa”, que permitiera a los propios indígenas participar en la identificación de los efectos que un proyecto de inversión a instalarse en su territorio podría ocasionar. En el capítulo IV, en tanto, se intentó precisar las dificultades normativas que podían emerger en la aplicación de la obligación de que la consulta sea realizada a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, principalmente la que tiene que ver con que una forma de organización tradicional pudiese ser entendida como contraria a los derechos fundamentales de las personas; acá, argumenté, el mismo desarrollo del derecho internacional – además, claro, de criterios de justicia que son comúnmente aceptados por las sociedades multiculturales- compela al intérprete a abordar dicha contradicción como derechos en

²⁶⁸ Raz, Joseph. “El Estado de Derecho y su virtud”. *La autoridad del derecho*. México D.F.: UNAM, 1985, p. 285.

conflicto, y no como un caso en que el derecho propio indígena encontraba sus límites en los derechos individuales de sus miembros.

En ambos casos la argumentación se sostiene en aquel principio rector del nuevo *corpus iuris* internacional de derecho indígena, a saber, la libre determinación. Ello en cuanto los dos contenidos que se intentó precisar, comprenden elementos básicos de este derecho, cuales son, la participación por un lado, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las atribuciones y competencias de la Administración, y la autonomía jurídica y política, la que actúa como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva.

Por ende, es necesario que al momento de aplicar o interpretar los preceptos de la consulta, la autoridad judicial, administrativa o legislativa, tenga en cuenta el principio inderogable que mencionaba Yrigoyen, de buscar que los pueblos indígenas tengan el máximo control de su destino²⁶⁹. Acá, es interesante pensar cómo podría ser aplicado este principio por la autoridad judicial. El desarrollo de audiencias públicas que se ha llevado a cabo en tribunales tanto de Argentina como Colombia, en aquellos casos de litigio estructural, puede ser una alternativa interesante a explorar.

²⁶⁹ Yrigoyen, Ralquel. *De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, p. 18.

Bibliografía

DOCTRINA

Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. “Los pueblos indígenas y el Estado multicultural”. *Derechos humanos de los pueblos indígenas*. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos. México: Secretaría de relaciones exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006, pp.41-46.

_____. “The right of indigenous peoples to self determination in the post-declaration era”. *Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Charters, C. y Stavenhagen, R. Copenhagen: IWGIA, 2009, pp. 184-198.

Abramovich, V. y Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

Atria, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*. London: Hart Publishing, 2002.

_____. *Ubi ius, ibi remedium?* La relevancia jurídica de los derechos humanos. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°3, 2003, pp. 35-47.

_____. El derecho y la contingencia de la política. *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005, pp. 19-39.

Aylwin, José. *Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. Documento de Trabajo N°3. Temuco: Observatorio Ciudadano. 2003.

_____. “El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas”. Aylwin, J. [et al.]. *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Segunda edición revisada y aumentada. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 2011, pp. 9-20.

Barsh, Russell. Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law. *The American Journal of International Law*, Vol. 80, N°2, 1986, pp. 369-385.

Bayón, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, N°13, Octubre 2000, pp. 87-117.

Berraondo, Mikel. “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”. Berraondo, M. (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 469-487.

Camus, Pablo y Hajek, Ernst R., *Historia Ambiental de Chile*, Santiago: Andros Impresores, 1998.

Carmona, Cristóbal. Pueblos indígenas y la tolerancia occidental: los derechos humanos como forma sublimada de asimilación. *Polis*, Vol. 8 N° 23, 2009, pp. 301-321.

_____. *En lógica de fronteras. Decisión y justicia en las relaciones interculturales*. Tesis para Optar al Grado de Magister en Estudios Filosóficos. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2010.

Castro Lucic, M. y Vergara Montoya, J. (Eds.). *Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y Legislación*. Santiago: Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia/Programa de Estudios en Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

Centro de Derechos Humanos UDP. *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2008*. Santiago: UDP, 2008.

Coke, Edward. *Prohibitions del Roy*. (Acceso 21/10/2012). <http://www.uniset.ca/other/cs4/77ER1342.html>.

Contesse, Jorge. Universally Speaking? The Cultural Challenge to Rights and Constitutionalism. *Revista Jurídica. Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, N°2, 2008, p. 267-284.

_____. “Consulta indígena y Corte Suprema”. *La Tercera*, mayo 6, 2012, (acceso 13/06/12). <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2012/05/895-459404-9-consulta-indigena-y-la-corte-suprema.shtml>

_____. “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”. Contesse, Jorge (Ed.). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Ediciones UDP, 2012, p. 218.

Contesse, J. y Lovera, D. “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento”. *Anuario de Derecho Público 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, pp. 127-151

Correa, Rodrigo. “Tratados internacionales bajo el embrujo de Brown”. *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001, pp. 249-266.

_____. *Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la OIT*. Documento de Trabajo. Santiago: Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación, 2002.

Cover, Robert. The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology and Innovation. *William and Mary Law Review*, Vol. 22, 1981, pp. 639-682.

_____. The origins of judicial activism in the protection of minorities. *The Yale Law Review*, Vol. 91, N°7, 1982, pp. 1287-1316.

_____. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: *Nomos* and Narrative. *Harvard Law Review*, Vol. 97, N°4, 1983, pp. 4-68.

_____. “*Nomos y narración*”. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 15-111.

Díaz-Polanco, Héctor. *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*. México: Siglo XXI, 2006.

Donoso, Sebastián. Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro. *Temas de la Agenda Pública*, PUC, Año 3, N°16, abril 2008.

Echeverría Turres, Claudia. División sexual del trabajo y matrimonio aymara contemporáneo desde una perspectiva de género. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 8, 1998. Iquique: Universidad Arturo Prat, pp. 97-108.

Egaña Baraona, Rodrigo. “Las Políticas Públicas en tiempos de crisis”. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N°49., 2009, pp. 1-20.

Fernández Alemany, A. y de la Piedra Ravanal, C. Implementación y evolución de los derechos contenidos en el convenio OIT 169. Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias. *Estudios Públicos* N° 121, 2011, pp. 71-132.

Fernández Grossetete, María de los Ángeles. *Historia sistematizada de la ley 20.417: instrumentos de gestión ambiental y otros temas*. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Sociales y Jurídicas. Santiago: Universidad de Chile, 2012.

Feyerabend, Paul K. *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Barcelona: Ediciones Folio, 2002.

Fiss, Owen. “Grupos y la Cláusula de Igual Protección”. Gargarella, Roberto (Comp.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 137-167.

Fitzpatrick, Peter. *La mitología del derecho moderno*. México D.F.: Siglo veintiuno editores, 1998.

Fornet-Betancourt, Raúl. *La filosofía intercultural y la dinámica del reconocimiento*. Temuco: UCT, 2009

Fuentes Torrijos, Ximena. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja. *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, vol. 15 N° 4, 2007, pp. 21-35.

Guiloff, Matías. Campiche: es revisable la resolución de calificación ambiental. *Anuario de Derecho Público*, N°1, 2010, pp. 204-219.

Hart, H. L. A. "The ascription of responsibility and rights". *Logic and Language*. Flew, A. Oxford: Basil Blackwell, 1951.

_____. *The Concept of law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 1997.

Ibáñez Rivas, María José. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile, 2012, pp. 103-112.

Instituto de Estudios Indígenas. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del programa de Derechos Indígenas*, Santiago: LOM Ediciones/ Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, 2003.

Koh, Harold. How Is International Human Rights Law Enforced? *Indiana Law Journal*, Vol. 74, Issue 4, 1999, pp. 1397-1417.

Kukathas, Chandran. Liberalism and multiculturalism: the politics of indifference. *Political Theory*, Vol. 26, N°5, 1998, pp. 686-699.

Kuppe, René. "Autonomía de los pueblos indígenas –la perspectiva desde la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas–". *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*. González, M., Burguete Cal y Mayor, A., y Ortiz-T., P. Ecuador: FLACSO/GTZ/IWGIA/CIESAS/UNICH, 2010, pp. 95-145;

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*. Great Britain: Oxford University Press, 1996.

_____. Human Rights and Ethnocultural Justice. *Review of Constitutional Studies*. Vol. IV. N° 2, 1998, pp. 213-237.

_____. "Teoría de los derechos indígenas". *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003, pp. 167-183.

_____. "Testing the bounds of liberal multiculturalism". Ponencia presentada en la conferencia 'Muslim women's equality rights in the justice system: gender, religion and pluralism', Abril 2005. (acceso 16/06/12) <http://www.trudeaufoundation.ca/resource/public/communiq/2006coll>.

_____. *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*. New York: Oxford University Press, 2007.

Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Marimán, Pedro. "La exclusión política de los mapuche, otro déficit de la democracia chilena" (acceso 15/10/12). http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/sites/default/files/biblioteca/art-exclusion_politica_mapuche_pedro_mariman_octubre_2011.pdf

Marshall Barberán, Pablo. El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 17 N°2, 2010, pp. 185-204.

Matta, Manuel. Comentario a Pérez Correa, S. y Hervé Espejo, D. “Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales”. Contesse, Jorge (Ed.). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno, Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Ediciones UDP, 2012, pp. 110-118.

Meer, N. y Modood, T. How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism? *Journal of Intercultural Studies*. Vol. 33, issue 2, 2011, pp. 175-196.

Montt Oyarzún, S. y Matta Aylwin, M. Una visión panorámica al Convenio 169 de la OIT y su implementación en Chile. *Estudios Públicos*, N°121, 2011, pp. 133-211.

Moreira, Manuel. Los desafíos del “pluralismo jurídico”: sistema plurilegal o interlegalidad. *Antropología y Derecho*, Año 5, N° 8, 2011, pp.48-52.

Nogueria Alcalá, Humberto. Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional poder constituido o poder constituyente en sesión permanente? *Estudios Constitucionales*, año 7 N°2, 2009, 389-427.

_____. *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*. Santiago: Librotecnia, 2009.

Núñez, Manuel. Comentario a “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”. Contesse, Jorge (Ed.). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 232-240.

Observatorio Ciudadano (Comp.). *Los derechos humanos en Chile: la evaluación de la sociedad civil, los pueblos indígenas y las Naciones Unidas*. Temuco: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2009.

Prech, A. y Aylwin, S. “Entrada en vigencia del convenio N° 169: el proceso de consulta de los pueblos indígenas y los proyectos sometidos al SEIA”. *Derecho ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010, pp. 447-467.

Parekh, Bhikhu. *Repensando el multiculturalismo*. Madrid: Ediciones Istmo, 2005.

Pagden, Anthony. Human Rights, Natural Rights, and Europe’s Imperial Legacy. *Political Theory*, Vol. 31 N°2, 2003, pp. 171-199

Prakken, H. y Sartor, G. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, Vol. 17, 2004, pp. 118-139.

Quane, Helen. A Further Dimension to the interdependence and Indivisibility of Human Rights?: Recent Developments Concerning the Rights of Indigenous Peoples. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 25, 2012, pp. 49-83.

Raz, Joseph. “El Estado de Derecho y su virtud”. *La autoridad del derecho*. México D.F.: UNAM, 1985, pp. 265-285.

Reyes, Francisco. "Participación indígena en los partidos políticos". *Desafíos de la participación política indígena y de las políticas públicas para los pueblos indígenas en Latinoamérica*. Fundación Konrad Adenauer (KAS). Temuco: KAS/UCT, 2011, pp. 21-31.

Ríos Angulo, Marcos Javier. Implementación del derecho de consulta de los pueblos indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio N°169 de la OIT. Caso del Decreto Supremo 124/2009 que crea el reglamento sobre consulta. *Revista catalana de dret ambiental*, Vol. II N°2, 2011, pp. 1-41.

Robinson, Andrew M. Would International Adjudication Enhance Contextual Theories of Justice? Reflections on the UN Human Rights Committee, Lovelace, Ballantyne and Waldman. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*. Vol. 39, N°2, Jun. 2006, p. 271-291.

Rodríguez Garavito, César. *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012.

Rodríguez Sepúlveda, Eduardo. "La participación ciudadana y el artículo 4 inciso 2° de la Ley 19.300", Documento Inédito.

Rodríguez, J. y Sucar, G. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 277-305.

Salgado, Juan Manuel y Gomiz, María Micaela. *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*. 2da Edición. Neuquén: Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, 2010.

Sánchez Botero, Esther. *Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá: Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 2006.

Sartori, Giovanni. *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus, 2001.

Segato, Rita. "Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial". Bidaseca, K. y Vazquez Laba, V. *Feminismos y Poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*. Buenos Aires: Ed. Godot, 2011, pp. 17-48.

Sierra, María Teresa. Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas. *Alteridades*, año 7, N° 14, 1997, pp. 141-143.

Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. "Introducción". Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (Eds.). *La judicialización de la política en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.11-35.

Silva Irrarázaval, Luis Alejandro. Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos. *Estudios Constitucionales*, Año 5 N°1, 2007, p. 283-304.

Silva Neriz, Hernando. "El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N° 169". Aylwin, José [et alt.]. *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en*

Chile. Segunda edición revisada y aumentada. Santiago: Heinrich Böll Stiftung, 2011, pp. 63-66.

Valdivia, José Manuel. Alcances Jurídicos del Convenio 169. *Estudios Públicos*, N° 121, 2011, pp. 35-70.

Vásquez, Norma. “¿Complementariedad o subordinación? Distintas formas de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena”. Berraondo, M (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 293-309.

Vazquez, Carlos Manuel. Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties. *Harvard Law Review*, Vol. 122, 2008, pp. 599-694.

_____. The four doctrines of self-executing treaties. *The American Journal of International Law*, Vol. 89, N°4, 1995, 695-723.

Verdugo R., Sergio. Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N°2, 2011, pp. 217-272.

Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, Vol. 115, N°6, 2006, pp. 1348-1406.

_____. The Rule of International Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol 30, N°1, 2007.

Yrigoyen, Raquel. “Vislumbrando un *horizonte pluralista*: rupturas y retos epistemológicos y políticos”. Castro, M. (Ed.). *Los desafíos de la interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Santiago de Chile: Programa Internacional de Interculturalidad, Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile, 2004, pp. 191-226

_____. “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDSS, 2009.

Zapata, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Žižek, Slavoj. “Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional”. *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Jameson, F. y Žižek, S. Buenos Aires: Paidós, 2005, pp. 137-188

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA

Jurisprudencia chilena

Contraloría General de la República, dictamen N° 13.432 de fecha 27 de marzo de 2008.

SCA de Temuco de 19 de octubre de 2005, Rol 1029-2005, caratulada “*Recurso de Protección de Eleuterio Antonio Rivera con Aguas Araucanía S.A*”.

SCA de Temuco de 16 de septiembre de 2009, Rol 1773-2008, caratulados “*Linconao Huircapan Francisca contra Sociedad Palermo LTDA*”, confirmada por la Corte Suprema por sentencia de 30 de noviembre de 2009, Rol 7287-2009.

SCA de Concepción de 10 de agosto de 2010, Rol 289-2010, caratulados “*Presidente de la Comunidad Indígena Chilcoco y otro contra I. Municipalidad de Arauco y Consejo Municipal*”.

SCA de Temuco de 27 de septiembre de 2010, Rol 1155-2010, caratulados “*Comunidad Indígena Hueche Huenulaf C/ CIAL LTDA. y otro*”.

SCA de Concepción de 1 de diciembre de 2010, Rol 401-2010, caratulados “*H.D. Fernando Meza Moncada y otros contra Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Del Bio-Bio*”.

SCS de 22 de junio de 2009, Rol 1219-2009, caratulada “*Ricardo Gonzalo Correa Dubri contra Comisión Regional Del Medio Ambiente de Valparaíso*”, que confirma la SCA de Valparaíso de 8 de enero de 2009, Rol 317-2008.

SCS de 17 de mayo de 2010, Rol 1525-2010, caratulados “*Puelman Ñanco, Mariano y otro con Comisión Regional del Medio Ambiente*”, que revoca la SCA de Temuco de 21 de enero de 2010, en causa Rol 1705-2009.

SCS de 15 de septiembre de 2010, Rol 5757-2010, caratulados “*Manuel Vera Millaquén c/ pesquera los fiordos*”, que confirma la SCA de Puerto Montt de 27 de julio de 2010, en causa Rol 36-2010.

SCS de 14 de octubre de 2010, Rol 4078-2010, caratulados “*Javier Nahuelpan y otros C/ COREMA XIV Región*”, que confirma la sentencia de la ICA de Valdivia de 26 de mayo, en causa Rol 148- 2010.

SCS de 4 de enero de 2011, Rol 6062-2010, caratulados “*Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*”, que confirma la SCA de Valdivia de 10 de agosto de 2010, en causa Rol 243-2010.

SCS de 6 de mayo de 2011, Rol 1608-2011, caratulados “*Reyes Alcamán, Iván y otros con Ministerio de Obras Públicas*”, que confirma la SCA de Santiago de de 31 de enero de 2011, en causa Rol 1794-2010.

SCS de 16 de junio de 2011, Rol 2262-2011, caratulados “*i. municipalidad de Putre contra Corema*”, que confirma la SCA de Arica de 4 de marzo de 2011, en causa Rol 9-2011.

SCS de 13 de julio de 2011, Rol 258-2011, caratulados “*Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta*”, que revoca la SCA de Antofagasta de 21 de diciembre de 2010, Rol 782-2010.

SCS de 2 de diciembre de 2011, Rol 10.869-2011, caratulados “*Gino Raul Grunewald Condori y otros contra Rodolfo Barbosa Barrios Intendente de la Región de Arica y Parinacota*”, que confirma la SCA de Arica de 2 de noviembre de 2011, en causa rol 359-2011.

SCS de 4 de enero de 2012, Rol N°10.635-2011, caratulado “*contra Matias Alexis Moya Albornoz*”.

SCS de 22 de marzo de 2012, Rol 10.090-2011, caratulados “*Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Lagos*”, que revoca la SCA de Puerto Montt de 11 de octubre de 2011, en causa Rol 239-2011.

SCS de 30 de marzo de 2012, en causa Rol 11.040-2011, caratulados “*Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá*”, que revoca la SCA de Iquique de 8 de noviembre de 2011, en causa Rol 472-2011.

SCS de 27 de abril de 2012, Rol N° 2211-2012, caratulados *Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación III Región de Atacama*, que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 17 de febrero de 2012, Rol N° 618-2011.

SCS de 8 de junio de 2012, en causa rol 1602-2012, caratulados “*Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía*”, que revoca la SCA de Temuco de 20 de enero de 2012, en causa Rol 349-2011.

SCS de 28 de agosto de 2012, Rol 1960-2012, caratulada “*Manuel Luciano Rocco Hidalgo y otros contra Directora Regional (S) Servicio Evaluación Ambiental e Intendente (S) III Región Atacama*”, que revoca la SCA de Antofagasta de 30 de enero de 2012, Rol 174-2011 y confirma la SCA de Antofagasta de 6 de marzo de 2012, Rol 173-2011.

SCS de 21 de septiembre de 2012, en autos caratulados *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros con Juan Heriberto Ortiz Ortiz*, Rol N° 3863-2012, que Revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 4 de mayo de 2012, Rol N° 501-2011.

STC de 4 de agosto de 2000, Rol 309/2000.

STC de 3 de abril de 2008, Rol 1050/2008.

STC de 24 de junio de 2011, Rol 1988/2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66;

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125;

Caso Yátama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 225.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria.

Sentencia T-1127 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-891 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nelson Pinilla.

Sentencia T-973 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

JURISPRUDENCIA CONSULTIVA

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

PRONUNCIAMIENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002.

CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

CIDH. *Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala.* MC 260-07, 2010.

Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril de 2009.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior*, 14 de septiembre de 2009. A/HRC/12/34/Add.6.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010, A/HRC/15/37.

OIT, Consejo de Administración, 282a reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2, 2001.

OIT, Consejo de Administración (OIT), 282a reunión, marzo de 2004. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, México, GB. 289/17/3.

OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: OIT, 2009.

OIT. Solicitud Directa (CEACR) - adopted 2010, published 100th ILC session (2011). (acceso 22/10/12).

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2334939,es:NO

ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General N°23: El derecho de las minorías (art. 27)*, 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

ONU, Comité DESC. *Observación General N°21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, 2009, E/C.12/GC/21/Rev.1, par. 2.

