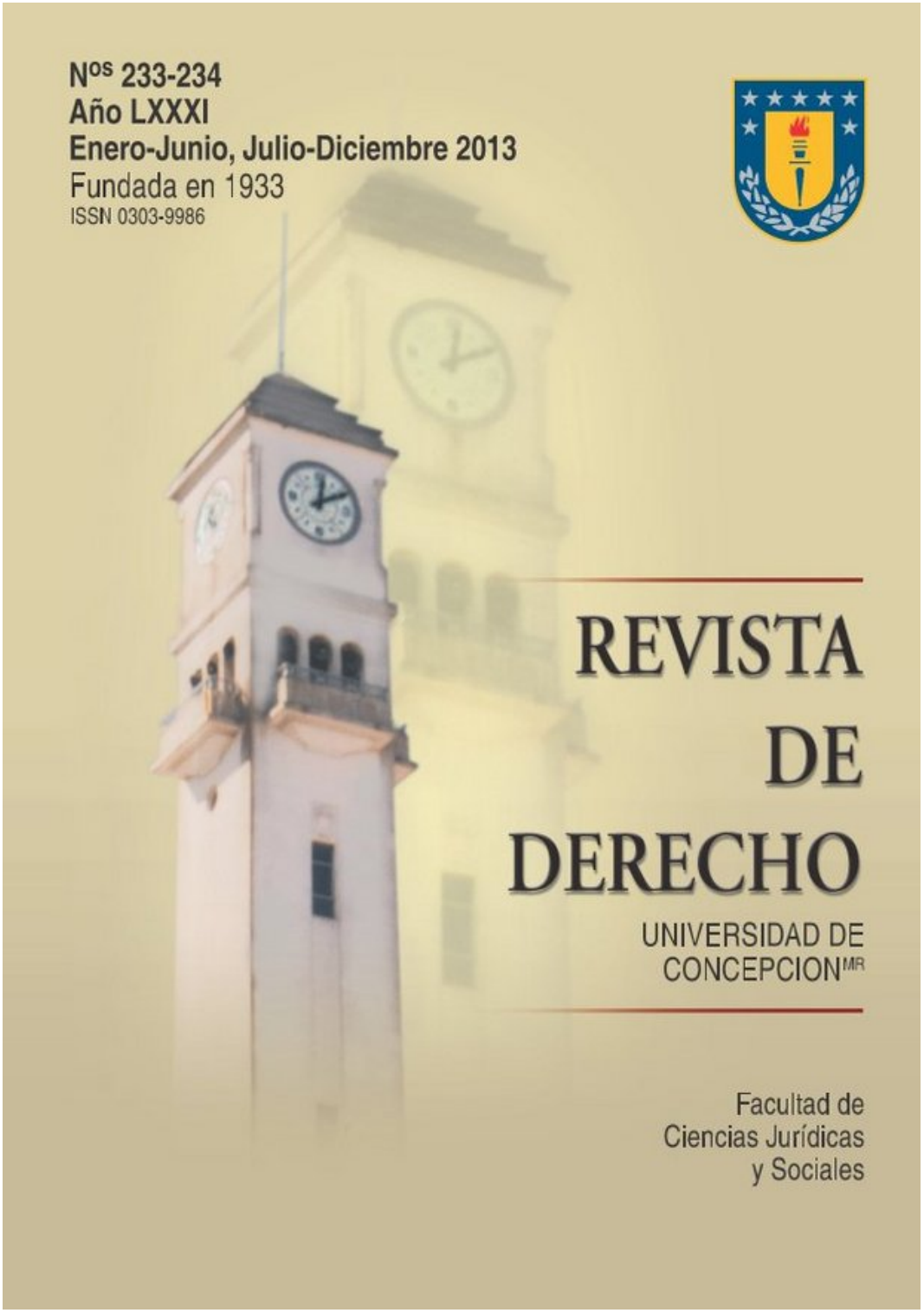
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 233-234: 195-230, 2013 ISSN 0303-9986

LA JURISPRUDENCIA, SU IMPACTO Y DEBATES EN TORNO A LA APLICACIÓN EN CHILE DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT Y EL DEBER DE CONSULTA[*]

JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL[**]
Profesor Derecho Internacional e Indígena
Universidad Católica de Temuco

RESUMEN

A cuatro años de la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT, la jurisprudencia nacional ya cuenta con un importante conjunto de sentencias cuyo estudio resulta central para comprender los debates jurídicos y las futuras alternativas para una progresiva vigencia de los derechos indígenas en Chile. Paralelamente, la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo alcance abre otra importante fuente para la Consulta desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha dado cuenta de las tensiones en torno al establecimiento de un estándar internacional de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, individuales y colectivos. En particular, el Estado enfrenta diversos desafíos de adecuación normativa, pero, especialmente, se ponen en debate cuestiones relativas a la noción de Soberanía y los alcances de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el sistema de fuentes del derecho chileno a la luz del artículo 5 inciso 2° de la Constitución.

El presente trabajo hace un recuento de los diversos problemas normativos asociados a la incorporación del Convenio N° 169 de la OIT al derecho chileno

[*] Este artículo corresponde a una ponencia presentada por el autor en los Coloquios de Derecho Internacional 2012, organizados por la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en septiembre de ese año.

[**] Doctor © en procesos sociales y políticos Universidad Arcis. Académico e investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco, donde integra el Grupo de Investigaciones Jurídicas; también es secretario ejecutivo de la Cátedra Fray Bartolomé de las Casas de la Universidad Católica de Temuco.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y del deber de consulta, desde un enfoque de derechos humanos. En particular, los principales debates de la jurisprudencia en torno a la consulta que podemos destacar son: la autoejecutabilidad de esta obligación; la Consulta de los procesos de Consulta; la determinación de las "organizaciones representativas"; la Consulta versus los mecanismos de participación ciudadana de la legislación ambiental; el concepto de "medidas administrativas o legislativas" y la consulta como una obligación para los particulares. También encontramos la discusión sobre el concepto de "afectación directa"; la Soberanía como límite para una consulta que implique la toma de decisiones públicas; los efectos de la Consulta, la relación de la Consulta previa con la buena fe y el consenso; y la Consulta como medio para la protección de otros derechos sustantivos.

Desde ya, algunos de los aspectos que hoy podemos relevar de la jurisprudencia es que existiendo afectación sobre pueblos indígenas, sus comunidades o territorios, es obligatorio realizar un Estudio de Impacto Ambiental. En consecuencia se debe adecuar la aplicación del actual sistema de "participación ciudadana" que considera la Ley 19.300 realizando las consultas conforme el estándar internacional de dicha Consulta a partir de las normas del Convenio N° 169 de la OIT.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT por parte del Estado de Chile el 15 de septiembre de 2008, la institucionalidad estatal y política de Chile ha debido, "sobre la marcha", buscar alternativas o resolver diversos problemas que se fueron presentando con la sostenida judicialización de la demanda de las organizaciones indígenas centrada en dar plena aplicación a la obligación de Consulta. Así, encontramos resoluciones administrativas y un importante conjunto de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se han pronunciado sobre el deber de consulta, cuyo estudio resulta central para comprender los debates jurídicos y las futuras alternativas para una progresiva vigencia de los derechos indígenas en Chile. Paralelamente, la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo alcance abre otra importante fuente para la Consulta desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha dado cuenta de las tensiones en torno al establecimiento de un estándar internacional de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, individuales y colectivos. En particular, el Estado enfrenta diversos desafíos de adecuación normativa, pero, especialmente, se ponen en debate cuestiones relativas a la noción de Soberanía y se replantea la discusión

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en torno a los alcances de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el sistema de fuentes del derecho chileno a la luz del artículo 5 inciso 2° de la Constitución.

La trascendencia política, social y económica del reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, uno de ellos la Consulta, ya se visibilizaba el año 2000 cuando el Tribunal Constitucional conoció de la constitucionalidad del Convenio 169 y hoy se vuelve a debatir en torno a la autoejecutabilidad del Convenio N° 169 como tratado en materia de derechos humanos. Hoy también se ha delineado en la jurisprudencia un concepto de protección ambiental "eco-cultural", elaborado desde las nociones de hábitat y territorio, cuya protección asegura el derecho de consulta, en relación con la garantía constitucional de protección del medio ambiente (19 N° 8) y los límites al dominio en relación con la función social de la propiedad (19 N° 24).

En particular, podemos relevar tres grandes campos de discusión en relación con el Convenio 169: a) los alcances constitucionales y normativos de su incorporación al sistema de fuentes chileno, como tratado de derechos humanos; b) el deber de consulta, que para muchos constituye su "piedra angular"; y c) el impacto en materia de territorios, recursos naturales e inversión, ámbito en que se enfrentan los mayores desafíos de adecuación normativa y en que la Consulta cumplirá un rol articulador. Si bien los fallos que conocemos no logran definir una tendencia definitiva, se han ido asentando diversas doctrinas jurisprudenciales, varias contrapuestas, pero que en todos los casos han generado un marco jurídico en tensión que busca salvar las deficiencias institucionales en la materia. Asimismo, en paralelo, en el plano político y legislativo se ha tratado de reglamentar una institucionalidad para los procesos de consulta, pero estos esfuerzos no han logrado resultados suficientes que cumplan con los principios internacionalmente reconocidos para la Consulta.

El estudio del derecho a la Consulta bajo estas experiencias y, en particular, desde la jurisprudencia referida, permite identificar los problemas centrales que se han presentado desde la incorporación del Convenio N° 169 al ordenamiento jurídico en 2008, considerando en especial los debates generados en el plano forense, en el académico y también el campo político, porque el alcance de la Consulta (acogida o no) es transversal, al incidir en procesos de inversión estratégicos a nivel nacional. Por lo tanto, esta revisión busca mostrar un primer "mapa" de los debates actuales a fin de comprender las alternativas posibles para avanzar en una progresiva vigencia de los derechos indígenas en Chile.

La valiosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo que se ha definido como "el estándar internacional de la

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Consulta"[1], constituyen un marco que permite una revisión crítica de la jurisprudencia chilena y de las acciones estatales, desde un enfoque de derechos humanos. Esta nueva normativa implica obligaciones y desafíos para el Estado de Chile, como la necesidad de repensar la noción de Soberanía, la ciudadanía y el abordar conflictos por intereses estratégicos, como la energía o la extracción minera, entre otros, que se visibilizan con la Consulta.

Desde ya podemos identificar, a los menos, los siguientes ámbitos o nudos de debate en relación con el derecho u obligación de Consulta en Chile: el carácter vinculante del Convenio 169, de la Consulta y la autoejecutabilidad de las disposiciones de este tratado; la institucionalización y Consulta de los procesos de Consulta; la definición de qué se entiende y quién determina cuáles son las "organizaciones representativas"; la Consulta versus los mecanismos de participación ciudadana sectorial de bajo estándar; los conceptos "medidas administrativas o legislativas" y su alcance; la consulta como una obligación para los particulares; el concepto de "afectación directa"; el marco constitucional y la Soberanía como límite para una consulta que implique la toma de decisiones públicas. Los efectos de la Consulta: "Consulta" o "consentimiento", la relación de la "Consulta previa" con la "Buena Fe" y el "consenso", los casos en que el resultado de la Consulta sí es vinculante, la Consulta como medio para la protección de otros derechos sustantivos y la obligación de cumplir los acuerdos adoptados en "consenso". Ahora bien, dado que nuestro objetivo es sólo presentar la mirada general o el "mapeo" de los problemas", sólo abordamos algunos de estos nudos. Realizamos un acercamiento inicial a las problemáticas que emergen con la nueva institucionalidad ambiental, trabajamos en mayor profundidad la autoejecutabilidad de la Consulta y la interpelación al concepto de Soberanía, dejando el desarrollo de los restantes tópicos, no menos relevantes, para próximos trabajos.

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA OBLIGACIÓN O DEBER DE CONSULTA

Un concepto

La obligación de consulta constituye una de las expresiones del derecho a la participación de los pueblos indígenas y, a su vez, se enmarca dentro del derecho a la Autodeterminación de dichos pueblos. Así, los estados tienen la

[1] Hablamos del conjunto de principios normativos conforme los cuales debe normarse la Consulta a partir de la interpretación coordinada y sistemática de sus distintas fuentes, especialmente respecto de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Véase, Anaya (2009a).

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

obligación de consultar a los pueblos indígenas de acuerdo a "procedimientos apropiados", a través de sus "instituciones representativas" y de "buena fe" todas aquellas medidas, legislativas o administrativas, en las materias que sean de su interés que les afecten o puedan afectarles directamente[2].

Los principios del estándar internacional de la Consulta

Las principales características reconocidas internacionalmente a la obligación de consulta, muy en general, se sintetizan en que la Consulta debe ser[3]:

1. Libre: sin coerción, intimidación ni manipulación.
2. Previa: suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades, respetando los tiempos de los proceso indígenas de consulta.
3. Informada: que considere la información necesaria para comprender los alcances e implicancias de la medida consultada.
4. De Buena Fe: debe desarrollarse conforme un procedimiento que genere confianza y un diálogo genuino entre las partes, establecido por comunicación, entendimiento mutuo y respeto.
5. Dirigida a obtener el Consenso: con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común que incluya los intereses de todas las partes.

Fuentes de la Consulta

En el marco jurídico chileno, la principal fuente vinculante de la Consulta es el Convenio Nº 169 de la OIT, como tratado internacional ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico chileno de acuerdo al artículo 54 N° 1 de la Constitución y como instrumento internacional de derechos humanos a la luz del artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental. De conformidad al Convenio 169 de la OIT:

–Los estados deberán consultar a los pueblos indígenas "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas en los temas susceptibles de afectarles directamente" (art. 6.1.a).

–Las consultas deberán ser llevadas a cabo "de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas" (art. 6.2).

[2] Artículo 6 del Cv. 169 de la OIT, en relación al artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI).

[3] Véase: Anaya (2009a); Naciones Unidas (2008); CIDH, "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador", sentencia 27 junio 2012.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La segunda gran fuente es la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) que, si bien no es estrictamente vinculante, contiene el mayor desarrollo normativo que encontramos para la Consulta en el Derecho Internacional, dado lo cual su importancia será central para la construcción de un "estándar del derecho de consulta" y la correcta comprensión de su alcance que, por la vía interpretativa, se funda en un análisis sistemático del artículo 35 del Convenio 169 en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 29.b) y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, entre otros, según veremos.

Siguiendo la DNUDPI, aprobada en 2007, los estados:

"… celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19 DNUDPI).

En cuanto al aporte de la DNUDPI en relación con el Convenio 169, Clavero explica que "la Declaración mantiene y refuerza la consulta", porque el Convenio sólo establece el derecho a la "libre determinación… entre líneas", esto es, no lo define plenamente, mientras la Declaración resalta en forma expresa la necesidad más profunda de un "consentimiento libre, previo e informado" como máxima expresión normativa de la Consulta. Los pueblos indígenas "no tienen otra vía para garantizarse a sí mismos sus derechos como pueblos y los derechos de sus individuos. Siguen sin tenerla [la libre determinación]. Por esto ha de seguir siendo clave la consulta y por esto la Declaración la refuerza" (Clavero, 2012, p. 4).

Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1995, en su artículo 8.j, contiene una fórmula de consulta para la protección del conocimiento tradicional indígena y la participación en sus beneficios que, en especial, introduce la noción del "consentimiento libre e informado"[4]. También será central en el desarrollo progresivo de la Consulta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha permitido sostener un "estándar internacional de derechos de los pueblos indígenas" en materia de Consulta que, para el caso de Chile, se integra dentro del "bloque de constitucionalidad" (Nogueira, 1997) como "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos, al

[4] Desarrollada en el marco del Programa de Trabajo sobre el Art. 8(j) que cuenta con amplia participación de las organizaciones de los pueblos indígenas.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

amparo del artículo 5° inciso 2° de la Constitución[5]. En síntesis, la Convención Americana de Derechos Humanos debe ser interpretada bajo "un sistema de interpretación unitario, donde toda norma convencional debe ser interpretada simultáneamente" (Nash, 2009, pp. 46-49), enmarcada en el contexto del tratado, conforme su objeto y fin. En consecuencia, siempre debe preferirse aquella interpretación que permita un mejor goce y ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el tratado, de tal forma que la norma sea siempre una eficaz garantía de los derechos de la persona bajo la aplicación de los principios *Pro persona* y el de la "Interpretación Evolutiva"[6].

Entonces, si bien la obligación de consultar tiene como fuente formal directa el Convenio N° 169 de la OIT, la sistematización de un estándar internacional obligatorio que consolida y desarrolla la Consulta en sus diferentes requisitos y elementos, como los ha presentado James Anaya (2009a), sólo se logra a partir del desarrollo jurisprudencial de los tribunales y organismos internacionales que han ido dando aplicación práctica a estas disposiciones, en relación con los Principios del Derecho Internacional y la realidad de los pueblos indígenas afectados, conformando un cuerpo jurídico (*corpus juris*[7]) regulatorio imperativo de la obligación de consultar a los pueblos indígenas, aplicable también al Estado chileno. Este estándar normativo será el eje transversal de las críticas que se formulen a la jurisprudencia chilena y a los esfuerzos gubernamentales de reglamentación de la Consulta.

Por su parte, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado una "pedagogía" de la Consulta como derecho humano, mediante la sistematización del estándar internacional de este derecho que se ha desarrollado progresivamente

[5] En este sentido la jurisprudencia chilena y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideran los derechos indígenas contenidos en el Convenio N° 169 como derechos humanos. Entre otros, véase: C.S., Rol 7287-2009, sentencia 30 noviembre 2009 C.S., Rol 2840-2008, sentencia 25 noviembre 2009; CIDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia 17 junio 2005; CIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador*, sentencia 27 junio 2012.

[6] Para una comprensión integral de los derechos garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos, debe "tenerse presente al momento de interpretar un tratado de derechos humanos el carácter dinámico o evolutivo de la interpretación en el derecho internacional", porque un instrumento internacional "deber ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar" (Nash, 2009, pp. 46-49).

[7] "La interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. 'El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)" (Nash, 2009, pp. 46-49).

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en el plano internacional. En lo más reciente, el fallo del caso *Saramaka vs Surinam*[8] describe en forma pormenorizada los principios internacionalmente reconocidos a la Consulta (estándar) y los vincula con los derechos que tienen los pueblos indígenas a sus tierras, territorios, hábitat y participación en la utilización de los recursos naturales, en el marco de la valorización del territorio como presupuesto de la identidad cultural y la supervivencia misma de estos pueblos.

Otra fuente muy importante han sido los diversos dictámenes de los Organismos de Control de la OIT que han hecho una importante contribución a la determinación del sentido y alcance de la Consulta. Con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, esta fuente es determinante para el Estado de Chile, que deberá someterse, precisamente, al examen periódico de dichos organismos de control. La encontramos sistematizada en los manuales y guías de la OIT para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT[9], así como en los Informes anuales de la Comisión de Expertos de OIT, conforme los cuales Chile ya ha presentado dos memorias que han sido observadas por la OIT al no dar cuenta del cumplimiento de las obligaciones que establece el Convenio N° 169[10].

3. ALGUNOS DEBATES RELATIVOS AL DEBER DE CONSULTA

Autoejecutabilidad de la Consulta y su reglamentación interna

En Chile la doctrina de la autoejecutabilidad o no autoejecutabilidad en materia de tratados de derechos humanos había quedado obsoleta[11], pero el año 2000 es el Tribunal Constitucional el que "recupera" esta distinción al resolver sobre la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, bajo una interpretación que usa dicha doctrina en un intento de limitar los alcances del Convenio N° 169, aunque la Consulta la consideró, paradójicamente, autoejecutable y "piedra angular" de este Convenio[12].

Los debates sobre esta "autoejecutabilidad", entre otras cuestiones, se han centrado en la necesidad de dictar una reglamentación de derecho interno adecuatoria para la Consulta. Pero, a su vez, estas iniciativas son criticadas porque

[8] Corte Interamericana de DDHH, sentencia 28 de noviembre de 2007.

[9] Véase: OIT (2003) y (2009).

[10] Véase: OIT (2011) (2012).

[11] Véase uno de los primeros trabajos posteriores a la reforma constitucional de 1989 en: Medina, C. (1994).

[12] T.C., ROL 309-2000, sentencia 4 de agosto 2000.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

afectarían los derechos de los pueblos indígenas y sus organizaciones. Entre otros argumentos, se señala que la reglamentación del derecho por parte del Estado atenta contra la "Autodeterminación de los pueblos indígenas" (Clavero, 2012), ya que son ellos los titulares del derecho y quienes deben acordar los protocolos y medios para llevar adelante la Consulta, sin perjuicio de la obligación del Estado de apoyar tales procesos autodeterminados. Por otra parte, la reglamentación de la Consulta contendría el riesgo de generar una norma de estándar más bajo que el establecido internacionalmente, lo que vulneraría el "Principio de Aplicación Integral" contenido en el artículo 35 del Convenio N° 169 y los artículos 37 y 43 de la DNUDPI. La reglamentación de la Consulta plantea también el problema de la jerarquía o aplicación preferente de las normas del Convenio 169 como normas de derechos humanos (artículo 5 inciso 2° de la Constitución) versus las normas legales o reglamentarias de adecuación interna. En este sentido, podría darse una situación *de facto* de "subordinación" de la obligación internacional a la normativa interna en todas las materia sectoriales que sean reguladas (Calificación ambiental, recursos naturales, participación política, etc.)[13]. También es relevante el que la implementación legislativa o administrativa de la reglamentación de la Consulta puede dilatar los procesos de consulta específicos sin generar oportunamente un mecanismo eficaz. Por el contrario, una de las ventajas de la concreción de la adecuación o reglamentación interna y, en la medida que ella cumpla con el estándar internacional, es la institucionalización de la Consulta mediante un proceso consensuado que debiera evitar muchos de los casos de judicialización de los procesos. Por su parte, la aplicación autoejecutable de las normas internacionales en materia de consulta tiene la ventaja de que permite se desarrollen procesos de consulta de conformidad al estándar internacional. Ahora bien, esta vía supone el problema de la inminente judicialización de los casos en que no se llegue a un acuerdo sobre el estándar, protocolo o características del proceso de Consulta, con la consecuente incertidumbre jurídica.

[13] Este problema ya se presenta en el artículo 5 de la "Propuesta de Gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", remitido para el debate del Consejo de CONADI en 2012 que indicaba que la medida administrativa que autorice la realización de un proyecto de inversión susceptible de afectar directamente y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: "Serán sometidos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la Ley 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental".

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los principales esfuerzos o propuestas de institucionalización que hoy conocemos son el Decreto N° 124 de la Secretaría General de la Presidencia de 2009 y la "Propuesta de Gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo" de 2012. Ambos instrumentos han sido objeto de importantes críticas, incluso el primero ha sido cuestionado por la jurisprudencia[14] y la segunda ha dado lugar a importantes debates y contrapropuestas indígenas en el Consejo de CONADI y reclamos de parte de organizaciones[15]. Sin embargo, como en este trabajo nos centraremos preferencialmente en la jurisprudencia judicial, dejaremos pendiente el desarrollo de estos muy interesantes debates.

La Consulta también es una obligación para los proyectos de inversión privada

A lo menos en el plano académico y político se ha discutido si la Consulta es una obligación para los particulares, porque los casos en la jurisprudencia siempre llegan por la vía de las autorizaciones ("medidas") administrativas que deben otorgar los organismos del Estado a los proyectos de inversión privada. Al respecto, si bien el artículo 6 del Convenio N° 169 no menciona expresamente a los proyectos de inversión particular, la única forma de dar plena aplicación a las obligaciones en materia de consulta y, especialmente, para cumplimiento a los mandatos de los artículos 7, 15, 16 y 18 del Convenio, es considerar a los particulares dentro de aquellos actores capaces de emprender acciones que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas y que requieran ser consultadas.

En especial, cuando se hable de "medidas legislativas o administrativas" susceptibles de afectarles directamente, dichas medidas comprenden los permisos o autorizaciones (administrativas) que se otorguen a los particulares para la intervención o inversión en territorios indígenas. Así, todo permiso o autorización que de curso a un proyecto particular que afecte a los pueblos indígenas o sus comunidades, debe ser consultado. Si no se incluye a los proyectos privados en esta obligación, el derecho sería meramente nominal, vulnerando el principio del *efecto útil* también comprendido en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos[16]. En lo formal y en la práctica, en general,

[14] C.A. Temuco, Rol 1705-2009, sentencia 21 enero 2010.

[15] Participan de estas discusiones los consejeros indígenas de CONADI y las "Organizaciones y Comunidades Indígenas de los Pueblos Indígenas en Chile, autoconvocadas" (2011).

[16] CIDH, *Caso Comunidad Indígena Yake Axa vs. Paraguay*, sentencia 17 junio 2005.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

todo proyecto de inversión particular requiere de una autorización o permiso administrativo y esa medida o acto de autoridad debe ser consultado, de tal forma que la Consulta se aplica también a los particulares.

Con todo, consideramos que el primer obligado es el Estado y sus gobiernos, dada la naturaleza pública de las medidas legislativas y administrativas, pero los particulares tienen la obligación como titulares de aquellas acciones potencialmente dañosas y los pueblos indígenas tienen el derecho de reclamar respecto de estos proyecto y su eventual falta de consulta fundados en su derecho a participar en la toma de decisiones de los proyectos que los afecten o sean susceptibles de afectarles.

Análisis crítico del concepto de "afectación directa"

El Concepto de "afectación directa" se ha planteado como presupuesto de aplicabilidad de la Consulta, fundado en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la OIT. Gran discusión se ha dado en Chile a partir de la tesis que ha argumentado la inaplicabilidad de la Consulta, sosteniendo, por una parte, que la Consulta sólo es exigible a los proyectos con Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y no con Declaración de Impacto Ambiental (DIA), porque los requisitos en la Ley 19.300 para los EIA supondrían dicha "afectación directa" y por el contrario, los proyectos sometidos a DIA no tendrían tal "afectación", consecuentemente, los proyectos bajo DIA no requerirían Consulta. En una misma línea también se plantea que los mecanismos de "participación ciudadana" de la misma Ley 19.300[17] son un mecanismo suficiente para dar cumplimiento a la obligación de Consulta de los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169.

Sin embargo, esta posición contradice el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, porque en el mecanismo de participación ambiental no se cumplen con los requisitos exigidos para la Consulta indígena conforme el estándar internacional de derechos de los pueblos

[17] Específicamente, el procedimiento de participación ciudadana reconocido por la Ley N°19.300 (artículos 26 a 31) comprende distintas instancias de intervención para las personas naturales y las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a saber: "a) Imponerse del contenido del Estudio de Impacto Ambiental y sus documentos de manera previa a la decisión que lo aprueba o rechaza; b) Formular observaciones ante el órgano correspondiente, Comisión Regional del Medio Ambiente o Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, que del examen del Estudio de Impacto Ambiental estimen pertinentes; c) En la resolución de calificación ambiental que se pronuncie acerca del proyecto o actividad en estudio, la autoridad ambiental deberá ponderar las observaciones planteadas; d) Interponer el recurso de reclamación ante la Dirección Ejecutiva de la CONAMA si se estimare que las observaciones no fueron debidamente ponderadas".

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

indígenas y se estarían utilizando normas de derecho interno –ni siquiera previstas para la Consulta– para dejar de cumplir con obligaciones internacionales[18].

En particular esta cuestión se plantea expresamente en la "Observación General sobre pueblos indígenas y tribales" correspondiente a la reunión de la OIT N° 100 (Ginebra 2011), la cual señala que las comunidades indígenas: "… tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones; que este derecho de participación debe ser efectivo y brindarles la oportunidad de hacerse escuchar e influir en las decisiones que se adopten; que para que tal derecho sea efectivo, debe ser respaldado por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional".

En igual sentido y en concreto respecto de Chile, la "Solicitud Directa al Gobierno de Chile (CEACR 2010/81) emanada de la reunión de diciembre 2010 de la OIT, reclama a Chile por su aplicación del artículo 7 del Convenio 169 OIT en cuanto Chile sostuvo que el mecanismo de la Ley 19.300 prevee efectiva participación de la ciudadanía porque permitía dar cumplimiento a la obligación de Consulta. Sin embargo, la observación que se formula a Chile radica en que este mecanismo "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". Asimismo, en relación con el artículo 15 del Convenio referente a la participación en la utilización de los recursos naturales, la Comisión pidió al Gobierno "que tome las medidas necesarias para que se adecue la legislación nacional con el Convenio de manera que se consulte a los pueblos indígenas en caso de proyectos de inversión susceptibles de afectarlos directamente y que puedan participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos mineros". En consecuencia, la OIT pide la adecuación, precisamente, porque la normativa interna no cumple con la obligación de consulta porque los mecanismos en referencia están por debajo del estándar internacional.

Todas las observaciones, generales y dirigidas en particular a Chile (2010, 2011 y 2012), así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están contestes e insisten en la obligación de cumplir con la Consulta conforme los principios internacionales relativos a ella que hemos mencionado inicialmente.

[18] En el mismo sentido véase, Meza-Lopehandía (2009, pp. 92-94).

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta manera, la distinción unilateral de un gobierno o sus organismos estatales entre un tipo de proyecto y otro (EIA o DIA), para definir si le afecta o no a la respectiva comunidad, no se condice con el espíritu ni el tenor de las obligaciones del Estado en materia de Consulta. En concreto, siguiendo el artículo 7 del Convenio N° 169 que señala que los pueblos indígenas "deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera" (derecho a la autodeterminación), son los propios pueblos indígenas y sus organizaciones representativas las que deben ser consultadas a fin de determinar si ha habido afectación o no y con ellas debe discutirse, tanto el marco de un eventual consenso, previo, informado y de buena fe, como las eventuales medidas de reparación o participación en las utilidades que genere la explotación de los recursos naturales de conformidad al artículo 15 del Convenio.

En este mismo sentido, si bien no profundizaremos en este trabajo el punto, no podemos dejar de mencionar que se ha dado un dilatado debate en torno al alcance del concepto "afectación directa" que se desprende del Convenio 169, cuando señala que se deben consultar las medidas administrativas o legislativas "susceptibles de afectarles directamente". Esta expresión ha dado lugar a que se plantee la existencia de supuestas formas de afectación "indirecta" respecto a los reclamos de comunidades indígenas afectadas en el ámbito territorial[19]. Específicamente, se ha pretendido reducir la "afección directa" a la propiedad particular y no hacerla extensiva del concepto de territorio, que –según esta tesis– quedaría excluido porque en este caso se trataría de una afectación "indirecta". Esta es la situación de un conjunto de comunidades que se oponen a

[19] Esta argumentación recoge y adapta –como veremos improcedentemente– la teoría del "daño indirecto", "reflejo", "daño por repercusión" o "por rebote" (Elorriaga, 1999), que se aborda en materia de responsabilidad civil extracontractual. Esta teoría, en su sentido original, busca asegurar la reparación de quien, no teniendo vínculo directo causal con el hecho dañoso, sufre algún tipo de daño asociado a tal circunstancia en razón de algún vínculo con la víctima directa del perjuicio, como los hijos beneficiarios de pensión de alimentos que dejan de percibirla por la muerte del padre en un accidente de tránsito. La aplicación de estos conceptos en materia de consulta tiene dos problemas gruesos y graves que radican en su absoluta impertinencia en esta materia. Primero, es una teoría del derecho civil que se "traduce" a una institución de derecho público y regulatorio como la Consulta. Segundo y tanto más grave, la teoría de los daños indirectos es una manifestación del principio "*pro dagmato*" o pro víctima, como podría ser el caso de las comunidades afectadas por proyectos de inversión, medidas administrativas o legislativas que reclaman consulta. Como vemos, se usa un principio pensado en favor de las víctimas, para excluir, precisamente, a quienes han sido objeto de afectación. Como vemos, no se trata de afectación o daño "indirecto", sino de formas de afectación (directa) pero que no siempre son comprensibles bajo parámetros no indígenas.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la construcción del Aeropuerto de Temuco, cuyos reclamos han sido rechazados, entre otras razones[20], por no ser afectadas por el proyecto ya que éste no se emplaza sobre sus terrenos[21], sino que en colindancia, entre uno y tres kilómetros (sin considerar los sobrevuelos como un elemento material). En nuestra opinión, la discusión sólo favorece la desprotección de los derechos indígenas, porque o existe o no existe afección, en ese sentido, cuando se "afecta", siempre es en forma "directa" y sólo podría ser "indirecta" cuando, eventualmente, las causas no sean conexas con el proyecto o medida consultados. Otra cuestión diferente son los parámetros conforme los cuales se determine la afectación, como el concepto de "territorio" más amplio que el de terreno o tierras[22] o qué vamos a entender como acciones dañosas, en relación con la identidad cultural y los valores culturales y espirituales de los pueblos indígenas, dado que su naturaleza intangible –como veremos en seguida–, si bien puede dificultar su prueba, no es motivo suficiente para descartar la afectación o daño que se pueda generar sobre dichos valores o bienes de orden cultural, porque el derecho a la integridad cultural y espiritual es un derecho fundamental[23]. En esta discusión podrían aportar conceptos como el de "área de influencia" de un proyecto, en relación con el concepto de territorio, como se planteó en el caso del "Parque Eólico de Chiloé"[24].

En definitiva, a partir del derecho a la autodeterminación, conforme el cual los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar *libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural* (Preámbulo DNUDPI), estos pueblos también tienen el derecho de ser consultados previamente cuando "se afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera" (artículo 7.1Cv. 169). A partir de lo cual se desprenden las siguientes prevenciones sobre el concepto de afectación:

[20] La calificación ambiental de este proyecto se aprobó antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT.

[21] "… las comunidades indígenas recurrentes se encuentran en el área de influencia indirecta del futuro aeropuerto y no dentro del área de influencia directa" (C.A. Temuco, rol Nº 2134-2006 (Recurso de protección), citado en: C.S. Rol 1608-2011, sentencia 6 mayo 2011.

[22] En el caso *Chusmiza Usmagama* la Corte Suprema señaló que la expresión "terrenos" debía interpretarse en el sentido de territorio a la luz del mandato del artículo 13 del Convenio Nº 169 de la OIT. C. S., Rol 2840-2008, sentencia 25 noviembre 2009.

[23] CIDH, *Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia 27 junio 2012.

[24] C.S., Rol 10.090-2011, sentencia 22 marzo 2012.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

–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" (Anaya, 2009, p. 16).

–Los procedimientos de consulta "son canales que permiten a los pueblos indígenas contribuir activamente a la evaluación previa de todos los posibles efectos de la actividad propuesta, *lo que incluye determinar si, y en qué medida, sus derechos humanos e intereses sustantivos pueden verse afectados*" (Anaya, 2012, p. 18).

–La Consulta es fundamental "para la búsqueda de alternativas menos nocivas y para la determinación de medidas de mitigación" (Anaya, 2012, p. 18).

Es decir, *son los propios pueblos afectados quienes determinan cuándo y cómo han sido afectados, junto con el alcance de dicha afección*. Podemos entender esta potestad entonces como el derecho de los pueblos indígenas para definir: uno) si son afectados o hay susceptibilidad de afectación; dos) cómo son afectados o cuál es la naturaleza de esa afectación; y tres) en qué medida o magnitud son afectados. En consecuencia, necesariamente, esta facultad va asociada al fin de las consultas como "mecanismos que permitan a los pueblos indígenas establecer sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo y promover el disfrute de sus derechos humanos" (Anaya, 2012, p. 18). Es decir, si los pueblos indígenas no pueden decidir en qué casos y cómo son afectados por determinadas medidas o proyectos, mal podrían tomar las decisiones pertinentes en el marco de su desarrollo (autodeterminación) y las consultas no podrían servir como "auténticas vías de diálogo y negociación" (Anaya, 2012, p. 18). Asimismo, no resulta procedente que un agente externo tenga la potestad inicial de establecer el alcance de un daño o afectación que se pueda generar en el plano cultural o espiritual –incluyendo la dimensión territorial–, porque ello dejaría en la indefensión a los pueblos indígenas, en especial respecto de aquellas formas de afectación "intangibles" o que no son "vistas" o "percibidas" por por el resto de la población (Anaya, 2009b, p. 16), pero que pueden sostener la sobrevivencia indígena. Paralelamente, si esos daños van asociados a fenómenos ambientales, hídricos, geológicos o de infraestructura, la estimación deberá ser incluida en el respectivo "Estudio de Impacto Ambiental" y su acreditación quedará sujeta a parámetros técnicos que deberán incluir la dimensión cultural "en colaboración" (consulta) con los indígenas afectados, según lo dispone expresamente el artículo 7 del Cv. 169. Pero, en este caso, dichos estudios deberán cumplir con un alto estándar que permita corroborar la afectación que se reclama y, especialmente, deben ser elaborados por "entidades independientes, y técnicamente capacitadas,

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bajo la supervisión del Estado… de tal forma de asegurar un análisis objetivo, imparcial y técnicamente verificable" y no puede ser realizado por contratistas o personal de las empresas que impulsen el proyecto o tengan interés en él, ni por sus contratistas[25].

Caso del cerro Colo-Colo

La Comunidad Indígena Chilcoco recurrió de protección constitucional en contra de la Municipalidad de Arauco por actos de daño en el Monumento Histórico, denominado cerro Colo-Colo, ubicado en la comuna y provincia de Arauco, sitio de alta relevancia cultural para desarrollo de tradiciones y ceremonias religiosas propias de la cosmovisión indígena mapuche. El cerro fue intervenido inconsultamente por razones de seguridad pública tras el terremoto que afectó la zona en febrero de 2010.

El fallo invoca textualmente el artículo 13 del Convenio Nº 169 de la OIT, en tanto dispone que al aplicar sus disposiciones los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera. Asimismo, señala que el artículo 6 del mismo tratado exige a los gobiernos, al aplicar sus disposiciones, consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Luego, aclara que en el caso no se ha discutido la pertinencia técnica ni las razones de seguridad tenidas en cuenta para la intervención de este espacio sagrado para el Pueblo Mapuche, sino que se reclama "la falta de consulta a los pueblos indígenas, no obstante la certeza de la importancia que el lugar representa para su cultura y que amerita el máximo respeto a sus tradiciones y sentir propio de las mismas"[26]. Agrega también, en relación con las dificultades que pueda implicar el cumplimiento de la obligación de consulta que "no es excusa al respecto, lo manifestado por la recurrida en cuanto a que las comunidades a que había que consultar eran numerosas (diez), ni la idea preconcebida de la dificultad de contar con su consenso. Se trataba, en la especie, de desarrollar las actividades emprendidas buscando compatibilizar el debido respeto a los símbolos indígenas y la seguridad de los habitantes de la comuna"[27].

[25] CIDH, *Saramaka vs. Surinam*, sentencia 28 noviembre 2007.
[26] C.A. Concepción, Rol 289-2010, sentencia 10 agosto 2010.
[27] C.A. Concepción, Rol 289-2010, sentencia 10 agosto 2010.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Concluye también que la acción de la Municipalidad de Arauco de proceder a intervenir el cerro Colo-Colo es arbitraria, al realizarse "sin consultar a las comunidades indígenas interesadas… por cuanto no es razón para ello estimar que la comunicación con todas ellas era dificultosa". Además que dicha conducta resulta ilegal "al atentar contra lo dispuesto en los artículos 6 y 13 del Convenio Nº 169, que constituye Ley de la República"[28]. Finalmente, complementa la fundamentación del fallo desde la perspectiva constitucional, señalando que el proceder de la Municipalidad de Arauco:

"… ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 Nº 1, de la Constitución Política de la República"[29].

Este último razonamiento se encuentra en plena armonía con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "*Caso del Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*[30] que dijo:

"…en cuanto al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho de propiedad comunal sobre la tierra garantiza que los miembros conserven su patrimonio, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica".

"…el derecho a la identidad cultural (o a la cultura) es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos… *el derecho de la identidad cultural es un derecho fundamental y de la naturaleza colectiva de las comunidades indígenas*[31]".

[28] C.A. Concepción, Rol 289-2010, sentencia 10 agosto 2010.

[29] C.A. Concepción, Rol 289-2010, sentencia 10 agosto 2010.

[30] Corte Interamericana de DDHH, *Sarayaku vs. Ecuador,* sentencia 27 de junio de 2012.

[31] La *negrilla* es nuestra.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La Obligación de Consulta y el estándar de los mecanismos de participación ciudadana del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en la jurisprudencia

Otra materia objeto de debate jurisprudencial es la obligación de consultar si un proyecto entra a calificación ambiental, según se regula en la Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300, cuyo Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) distingue, por una lado, entre la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y, por otro, en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), como mecanismos institucionales dirigidos a calificar o no ambientalmente favorables los proyectos de inversión, según el grado de afectación y las circunstancias asociadas a la misma, de conformidad con los artículos 10 y 11 de la Ley 19.300 y su respectivo reglamento que establecen los parámetros de dichos posibles efectos sobre el medio ambiente.

En esta materia el primer debate que se presentó dijo relación con los mecanismos de información a la comunidad contenidos en los procedimientos de la DIA y del EIA, porque su estándar no podía equipararse a la Consulta. En concreto se planteó que el mecanismo de "participación ciudadana" contenido en la Ley 19.300 permitía cumplir con la obligación de Consulta, a la luz del "Principio de Flexibilidad" contenido en el artículo 34 del Convenio 169. En esta primera discusión son paradigmáticos los fallos de primera y segunda instancia del caso conocido como "Piscicultura de Palguín"[32]. En primera instancia se acogió la tesis que distingue Consulta Indígena del mecanismo de participación del SEIA, señalando expresamente que el mecanismo de la Ley 19.300 no cumple con los estándares internacionales de la Consulta. Luego la Corte Suprema, en apelación, revocó el fallo acogiendo la tesis que consideraba cumplido el deber de Consulta con la tramitación de acuerdo a la Ley 19.300. Más tarde, como veremos, el ministro Aroldo Brito redactó un voto disidente en el "Caso Celco" que fundamenta sólidamente la necesaria distinción entre Consulta y el procedimiento de participación ciudadana de la Ley 19.300, señalando con toda claridad el alcance mayor de la Consulta a la luz de los principios que la definen internacionalmente en el marco de la protección internacional de derechos humanos[33].

En nuestra opinión, ni la DIA ni el EIA pueden ser equivalentes al estándar internacionalmente aplicable a la Consulta, aunque sí es cierto que los estudios de

[32] C.A. Temuco, Rol 1705-2009, sentencia 21 enero 2010; revocada, C.S. Rol 1705-2009, sentencia 17 mayo 2010.

[33] C.S., Rol 4078-2010, sentencia 14 octubre 2010.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

impacto ambiental y las etapas que consideran estos estudios tienen un estándar mayor y pueden permitir avanzar hacia un espacio de conexión entre la legislación sectorial ambiental chilena y la Consulta de aplicación general obligatoria.

Sentencia "Caso Palguín"

La sentencia de primera instancia del "Caso Piscicultura Palguín" acogió el recurso de protección presentado por la Comunidad Palguín Bajo y la Comunidad Antonio Huenuñanco en contra de la Corema de la Región de la Araucanía que calificó favorablemente el proyecto "Piscicultura Palguín", anulando su autorización ambiental. La Corte de Apelaciones de Temuco se pronunció ante la omisión de la obligación de consultar a las organizaciones indígenas, aplicando el estándar internacional de la Consulta, dando cuenta expresa de las obligaciones que implica para los organismos del Estado. El fallo sitúa la dignidad de la persona humana como elemento central de interpretación constitucional y señala categóricamente que el Convenio N° 169 es un tratado de derechos humanos:

"… si estamos razonando jurídicamente sobre conceptos de derecho para lograr un resultado convincente y aceptable [como juez] debo ceñirme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, por tratarse de un Convenio sobre derechos humanos. En este sentido si hubiera una ambigüedad en el concepto de medida administrativa en una interpretación constitucional, lo primero a considerar es la dignidad del hombre, el respeto, aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales. Así dicho lo anterior el concepto de medidas administrativas debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas"[34].

Agrega que "el Estado está al servicio de la persona humana, es decir, es un Estado instrumental, siempre al servicio del hombre y no al revés". Por ello, conforme el artículo 1° de la Constitución "la Consulta implica para los organismos del Estado una obligación activa de promoción de los derechos indígenas" que debe cumplirse siguiendo un "alto estándar"[35] –apunta el fallo–. Por lo tanto, los organismos del Estado no se deben contentar con la normativa ordinaria, buscando los procedimientos que aseguren de mejor manera y en el más alto estándar posible el derecho a la Consulta. En concreto, prescribe la sentencia que la Consulta es norma obligatoria, autoejecutable y tiene requisitos que la distinguen de otras acciones meramente informativas:

[34] C.A. Temuco, Rol 1705-2009, sentencia 21 enero 2010.

[35] C.A. Temuco, Rol 1705-2009, sentencia 21 enero 2010.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"… la autoridad no se ha ceñido a la legislación vigente que son las normas autoejecutables del Convenio –indicado– en cuanto debió llamar a la consulta respectiva en los términos que señala el Convenio y no a simples actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio 169 vigente en nuestra legislación"[36].

Conforme con lo anterior, la Corte distinguió entre la Consulta y la participación como dos derechos distintos, aunque íntimamente relacionados, dado que ambos son expresiones de la autodeterminación y requieren de un tratamiento estatal diferente:

"Siempre en primer lugar se les debe consultar por aquellas medidas administrativas que puedan afectarles directamente. Lo diferente es que además deberán participar en la formación de aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente"[37].

No obstante lo desarrollado, como adelantamos, el fallo de la Corte Suprema en este caso revocó la sentencia citada y señaló que la expresión "directamente afectadas" del Convenio solo podía ser inclusiva del EIA, dejando fuera del marco de la obligación de consultar los proyectos que sólo requieran DIA de acuerdo a la Ley 19.300[38].

Los principios de "Flexibilidad" y "Aplicación Integral" del Convenio N° 169 de la OIT a la luz del "Caso Celco"

En el "Caso Celco"[39], la Corte Suprema manteniendo la línea jurisprudencial del caso anterior, no recogió las recomendaciones del relator especial James Anaya que planteó al Estado de Chile en materia de consulta (2009), dando por suficiente cumplimiento de la consulta la calificación ambiental conforme las normas de la Ley 19.300 que consideran un procedimiento de participación ciudadana que no alcanza el estándar de la Consulta, según fue expresamente observado con claridad por el ministro Aroldo Brito en su voto disidente en el mismo caso. Las consideraciones de Aroldo Brito ofrecen una interpretación más

[36] C.A. Temuco, Rol 1705-2009, sentencia 21 enero 2010.
[37] C.A. Temuco, Rol 1705-2009, sentencia 21 enero 2010.
[38] C.S. Rol 1705-2009, sentencia 17 mayo 2010.
[39] C.S., Rol 4078-2010, sentencia 14 octubre 2010.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ajustada al espíritu del Convenio N° 169 que se apega al estándar internacional de la Consulta, que compartimos. Estuvo por "revocar la sentencia impugnada y de hacer lugar al recurso de protección, ordenando la repetición del proceso ambiental porque en su criterio, no obstante las formas, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT" [40]. Argumentó en su voto que:

1. "… es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida;

2. Para asegurar lo anterior, el artículo 4° [6°] del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas.

Tal modalidad no implica sujetar la decisión de estos asuntos sólo al parecer de las minorías étnicas afectadas, ni menos limitar la potestad de administrar a las autoridades públicas sino, únicamente, buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan.

Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas. Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente"[41].

Los fundamentos de la sentencia de mayoría contradicen la prohibición que establece el Derecho Internacional a los estados de invocar disposiciones de su derecho interno para excusarse de cumplir con sus obligaciones internacionales. En particular, este razonamiento sólo es posible bajo una interpretación parcial del artículo 34 del Convenio 169 que establece el "Principio de Flexibilidad"[42]. Este

[40] C.S., Rol 4078-2010, sentencia 14 octubre 2010.

[41] C.S., Rol 4078-2010, sentencia 14 octubre 2010.

[42] Artículo 34. "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".

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

principio de forma alguna exime de cumplir con las obligaciones del Convenio 169, por el contrario, aboga por el cumplimiento más pleno del mismo. La Corte, al tomar en cuenta sólo el inciso 1° del artículo 5 de la Constitución antes transcrito, en relación con sus artículos 6 y 7, supone a la Consulta –bajo el estándar internacional referido–, como contraria al ejercicio constitucional de la Soberanía y vulnerando el Principio de Legalidad. Entonces, se acude a una interpretación estrecha del "Principio de Flexibilidad" y se parcializa su interpretación, para restringir la Consulta al punto de desnaturalizarla, asimilándola a los mecanismos de participación ciudadana de la Ley 19.300 que no cumple con los estándares internacionalmente definidos. Este razonamiento es contrario al tenor y espíritu de los imperativos de aplicación integral prescritos por el artículo 35 del Convenio 169[43]. Muy en síntesis, este artículo 35 obliga a interpretar sus propias disposiciones, de buena fe, a la luz de los restantes instrumentos del derecho internacional aplicables en la materia, como la DNUDPI y/o la jurisprudencia de la Convención Americana de Derechos Humanos. De tal forma que la flexibilidad sólo se entiende en la medida de la aplicación integral, en una relación de mínimos y máximos. Entonces, la flexibilidad, lejos de constituir un resquicio para el incumplimiento, como se ha aducido en Chile, es una herramienta para adaptar las normas del Convenio 169 a los diversos contextos nacionales y a la realidad de los diferentes pueblos indígenas en el mundo y sus respectivas relaciones con los estados en que se encuentran. En caso alguno este mecanismo de adecuación permite dejar de cumplir con el tratado, por el contrario, la flexibilidad es un instrumento que busca facilitar el cumplimiento del Convenio 169 en los diversos contextos nacionales e indígenas.

Esta doctrina se aplicó en otros casos, como el del Aeropuerto de Temuco, cuya construcción se aprobó en territorio indígena[44]. También la encontramos implícita en el Recurso de Protección de la Comunidad *Pepiukelen* de Pargua contra Pesquera los Fiordos[45] que fue acogido por Corte de Apelaciones de Puerto Montt, fundada en falta de consulta, pero que en apelación fue modificada por la Corte Suprema, eliminando las consideraciones relativas al Convenio N° 169 de

[43] Artículo 35. "La 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".

[44] C.S., Rol 1608-2011, sentencia 6 mayo 2011.

[45] C.A. Puerto Montt, Rol 36-2010, sentencia 27 julio 2010; modificada, Corte Suprema, sentencia 15 sep. 2010.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la OIT. Sin embargo, en otros casos más recientes los tribunales superiores han exigido la obligación de realizar la Consulta, incluso han anulado resoluciones de Calificación Ambiental o permisos administrativos de diversa naturaleza, atendida la necesidad de realizar dichas consultas, como en el "Caso del cerro Colo-Colo" de Concepción y otros que revisaremos a continuación.

Estudio de Impacto Ambiental y Consulta, dos obligaciones conexas

En una nueva línea jurisprudencial, más compleja, paralela a la progresiva entrada en vigencia de la "Nueva Institucionalidad Ambiental"[46], se nos plantea que todo proyecto que afecte a pueblos indígenas, primero, tiene la obligación de someterse a un Estudio de Impacto Ambiental conforme al procedimiento del SEIA. Asimismo, se distingue la DIA del EIA, porque este último opera ante un nivel mayor de afectación de acuerdo a los supuestos legales establecidos para la aplicabilidad del EIA en los artículos 10 y 11 de la Ley 19.300. De acuerdo al artículo 11 referido, se requerirá la elaboración del EIA si, entre otros, el proyecto genera como efecto el "Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos", la "Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar"; "Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona" y la "Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural". Entonces, cuando un proyecto de inversión afecte comunidades indígenas, sus tierras o territorios, sus "espacios de influencia"[47], se estará generando un tipo de "afectación" del tipo indicado en este artículo, según se citó, lo que hace aplicable el EIA y, al mismo tiempo –conforme esta interpretación–, se enmarca en la "afectación directa" que exige el Convenio 169. Así, podemos desprender de esta doctrina que si se afecta tierras o territorios indígenas, en el sentido indicado del artículo 11 de la Ley 19.300, será obligatorio someter el proyecto a un EIA y, enmarcados en este procedimiento administrativo, siempre resultará obligatorio también hacer la Consulta conforme su estándar internacional. En sentido contrario, habiendo afectación de comunidades, tierras o territorios indígenas, la DIA no procede y entonces la mera participación ciudadana considerada para este instrumento es un mecanismo inaplicable ante la afectación indígena, ni menos puede equipararse a la Consulta.

[46] Leyes 20.417 de 2010, 20.473 de 2012 y 20.600 de 2012.
[47] C.S, Rol 10.090-2011, sentencia 22 marzo 2012.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sentencia del Parque Eólico de Chiloé

La Comunidad Indígena *Antu Lafquen* de *Huentetique* ubicada en la Isla Grande de Chiloé, X Región, recurrió de protección constitucional en contra de la resolución de calificación ambiental que autorizó un mega parque eólico en su territorio, en tanto el proyecto en cuestión debió haber ingresado al SEIA por medio de un EIA de conformidad al artículo 11 de la Ley N° 19.300, argumentando que se vulneraban sus garantías constitucionales al haberse acotado la calificación ambiental sólo a una DIA. Por su parte, el fallo impidió que se instalaran las torres generadoras en un "un lugar donde se encuentran hallazgos arqueológicos de una cultura originaria, prescindiendo de la participación y cooperación de ésta para determinar las mejores medidas que se puedan adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural"[48].

En referencia específica a los supuestos que exigen la realización de un EIA de conformidad al artículo 11 de la Ley 19.300, señalaron que el proyecto afectaba a "poblaciones, recursos y áreas protegidas", dado "el asentamiento de comunidades indígenas *Huilliches*" en los terrenos que se pretendía intervenir, acreditado por tratarse de un "área declarada zona o centro de interés turístico nacional, la existencia de monumentos históricos y zonas típicas ubicadas dentro del área de influencia del proyecto". En este mismo sentido, señaló el fallo que "los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto", contenidos en la propia DIA acompañada, debieron ser considerados "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"[49].

En síntesis, la sentencia resolvió que hubo actuar arbitrario de la Corema de la Región de Los Lagos, al no realizar una consulta a la comunidad indígena conforme al Convenio 169 de la OIT bajo la justificación de que no existirían los supuestos de un EIA, indicando expresamente que:

"…las instancias de participación que se aducen [en adendas a la DIA]… consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta (del convenio 169), cuya omisión se reprocha".

[48] C.S., Rol 10.090-2011, sentencia 22 marzo 2012.
[49] C.S., Rol 10.090-2011, sentencia 22 marzo 2012.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"… desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad".

"[el proyecto] deberá someterse a 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"[50].

Consejo del Pueblo Atacameño con I. Municipalidad de San Pedro de Atacama

En este caso la Corte Suprema resolvió que el Convenio N° 169 de la OIT establece "…un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible"[51]. Por lo tanto, cualquier proceso que pueda afectar a los pueblos originarios supone que sea revisado teniendo en cuenta este derecho y las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados:

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

… se ha optado por la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe 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 instituciones"[52].

[50] C.S., Rol 10.090-2011, sentencia 22 marzo 2012.

[51] C.S., Rol 258-2011, sentencia 13 julio 2011.

[52] C.S., Rol 258-2011, sentencia 13 julio 2011.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Proyecto minero el Morro

Señala la Corte de Apelaciones de Antofagasta que, de conformidad al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT y del artículo 5° de la Constitución, como tratado internacional en materia de derechos humanos, se "exige a los gobiernos consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados e instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a estas personas, debiendo establecerse los medios, a través de los cuales los pueblos indígenas y tribales interesados puedan participar libremente"[53]. Agrega que de conformidad al artículo 7° del Convenio 169 estos pueblos tienen el derecho de "participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente y en lo referente a la utilización de recursos naturales y propiedades mineras"[54]. Asimismo, aplicando expresamente el artículo 15 del Convenio N° 169, la sentencia prescribe que los pueblos indígenas gozan de "una protección especial como derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, *debiendo consultarse a los interesados para determinar si los intereses de estos pueblos son perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación podrían dañarse*"[55].

En una síntesis de los últimos fallos revisados[56], podemos dar cuenta de la siguiente doctrina de esta línea jurisprudencial:

1. La naturaleza de los derechos señalados en el Convenio N° 169, en particular de la obligación de Consulta, como derechos humanos, ubica este Convenio como un tratado de derechos humanos de aquellos amparados por el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, sujeto por tanto a la aplicación de alcance preferente que establece esta disposición constitucional para los tratados en materia de derechos humanos[57].

[53] C.A. Antofagasta, Rol 618-2011, sentencia 17 febrero de 2012; confirmada, Corte Suprema, Rol 2211-2012, sentencia 27 abril 2012.

[54] C.A. Antofagasta, Rol 618-2011, sentencia 17 febrero de 2012; confirmada, Corte Suprema, Rol 2211-2012, sentencia 27 abril 2012.

[55] C. A. Antofagasta, Rol 618-2011, sentencia 17 febrero 2012; confirmada, Corte Suprema, Rol 2211-2012, sentencia 27 abril 2012. La *negrilla* es nuestra.

[56] En el mismo sentido también véase también: C.S., Rol 11.040-2011, sentencia 30 marzo 2012.

[57] Obviamos aquí las discusiones relativas al alcance del artículo 5 inciso 2° de la Constitución, sobre la base sí de un consenso mínimo en torno a la aplicación preferente de las disposiciones de derechos humanos contenidas en estos tratados y también en que los derechos humanos pasan a ser un auténtico

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. La Consulta encuentra su fundamento en la dignidad misma de la persona humana. De ello se deriva que de acuerdo al artículo 1 de la Constitución se la considere una forma de participación sustantiva que permite asegurar el ejercicio del derecho esencial que asiste a todos los integrantes de la comunidad nacional de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

3. Las instancias de participación ciudadana enmarcadas en la DIA no satisfacen el estándar normativo de la Consulta conforme el Convenio 169 de la OIT, porque el mero despliegue de información no permite influir en la implementación, ubicación y desarrollo de un proyecto de inversión o medida, de tal forma que se pueda asegurar efectivamente la debida protección integral a los derechos de los pueblos indígenas afectados o susceptibles de afectar.

4. Cuando se afecte o pueda afectar a los pueblos indígenas, sus comunidades, tierras y/ o territorios, se deberá realizar un Estudio de Impacto Ambiental. En especial, de conformidad al artículo 11 de la Ley 19.300.

5. Siempre será imperativo realizar un EIA cuando se afecte a las "poblaciones, recursos y áreas protegidas" y frente al "asentamiento de comunidades indígenas" en los terrenos o territorios que se pretendía intervenir o cuando se ubiquen en el "área de influencia" del proyecto.

6. Establecida la obligación de realizar un EIA, surge conjuntamente la obligación de realizar la Consulta como derecho establecido en el Convenio N° 169.

7. Dado que el procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 y su reglamento para el EIA NO constituyen un estándar suficiente para la Consulta, la Consulta que se realice en el marco de un EIA debe regirse por los estándares que surgen del Convenio N° 169.

8. Conforme la jurisprudencia de los Organismos de Control de la OIT, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sistematizaciones que ha realizado el Relator Especial para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, entre otros, deben seguirse como estándar normativo internacional de la Consulta los denominados "Principios Internacionales en materia de Consulta" (Anaya, 2009a).

límite para el ejercicio de la soberanía por parte de los organismos del Estado. En este sentido coinciden Medina (1994), Nogueira (1997; 2007), Precht (1997), Cumplido (1997), Nash (2009). Sólo en cuanto límite para los órganos del Estado, Aldunate (2010).

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA Y DEBATE EN TORNO AL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA (FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 309 DE 2000)

Como referimos inicialmente, en el año 2000 el Tribunal Constitucional chileno resolvió que la Consulta, en el sentido de los principios definidos bajo la noción de "estándar internacional" (Anaya, 2009a), esto es, como una Consulta que alcance la esfera de la toma de "decisiones públicas", se ve limitada por el ejercicio de la Soberanía taxativamente acotado en la Carta Fundamental de 1980:

(44) "la expresión 'pueblos indígenas' debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado" [58].

Mientras en lo resolutivo el fallo del Tribunal Constitucional declaraba constitucional el tratado, por otra, en sus considerandos buscó limitar conceptos o parámetros normativos definidos en el fuero internacional, como la categoría de "pueblos indígenas" o el alcance de los derechos colectivos de estos pueblos.

Entonces, siguiendo al Tribunal Constitucional, la Soberanía se ejerce formal y delimitadamente por medio de elecciones y plebiscitos (art. 5° inc. 1° de la Constitución), de tal forma que "el pueblo" delega el poder soberano en las autoridades que establece la misma Constitución. Al mismo tiempo, nadie está habilitado para ejercer tal Soberanía al margen de esta "delegación" y "representación", lo que se refrenda orgánicamente y en derecho público bajo el "Principio de Legalidad" contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución. En un sentido contrario, consideramos que el derecho a la participación (que incluye la Consulta) tiene un alcance amplio, con diversas dimensiones que se pueden desprender de su fundamento constitucional: primero, el mandato del artículo 1° de la Constitución, respecto de la concepción constitucional de la persona, como sujeto/a continente inalienable de dignidad, obliga al Estado a asegurar el derecho a todos de intervenir con igualdad de condiciones en la respectiva mayor realización espiritual y material posible, lo que incluye

[58] T.C., Rol 309-2000, sentencia 4 de agosto 2000.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por cierto los derechos de los pueblos indígenas; segundo, en relación con el derecho de petición a la autoridad, contemplado en el artículo 19 N° 14 de la Carta Fundamental y el Art. 5 Inc. 2° de la misma. Luego, constitucionalmente, podemos reconocer el Derecho a la Participación de los pueblos indígenas, a lo menos, en tres dimensiones: Una, no política ni imperativa, donde se encuadran las diversas formas de participación ciudadana no vinculantes: Ley general de Bases del Medio Ambiente, Ley 19.300; los artículos 34 y 35 de la Ley Indígena N° 19.253, los Consejos Comunales de Desarrollo, entre otras.

Otra, política, electoral o representativa, que se ejerce por medio de las elecciones periódicas y plebiscitos –el derecho a sufragio– (art. 5 inc. 1° de la Constitución). Si bien se encuentra relevada constitucionalmente, es de muy poco alcance concreto como mecanismo que asegure la participación en la toma de decisiones de "lo público". En este segundo caso, el ejercicio de la Soberanía se encuentra delegado y limitado a los organismos del Estado monopólicamente instituidos. Así, el ejercicio de la Soberanía se acota a la ciudadanía y se excluye la posibilidad del ejercicio de potestades soberanas por parte del pueblo. En esta segunda dimensión, sólo le queda al "ciudadano" el acto delegatorio electoral referido, el derecho de petición y algunas potestades derivadas del deber administrativo de "transparencia" que obliga al Estado a entregar información, ninguna de las cuales implican participación en la toma de decisiones.

No obstante, una tercera dimensión del derecho constitucional de participación, adelantando un primer disenso con el Tribunal Constitucional Chileno, radica en la Consulta, conceptualizada en su plena dimensión normativa como ha sido definida internacionalmente, que sí implica el ejercicio de "potestades públicas", más aún en los casos en que se expresa como "consentimiento, libre, previo e informado". Esta dimensión de la Consulta, continente de "potestades públicas", es perfectamente conciliable con los preceptos de la Constitución en una mirada integral y sistemática de ella, bajo el sencillo razonamiento de considerar que se trata de una limitación a la Soberanía ejercida por las autoridades que la Constitución establece, de conformidad al valor que el artículo 5° inciso 2° de la misma Constitución otorga a los tratados en materia de derechos humanos. En este sentido, como hemos señalado, dado que las bases de la institucionalidad (art. 1° de la Constitución), entendidas desde la valorización de la dignidad humana, obligan al Estado a contribuir a "crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible", en el caso de los pueblos indígenas, entre otros derechos, *estas*

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"condiciones" suponen necesariamente asegurar el derecho a la Consulta previa, informada y de buena fe, bajo los estándares internacionalmente reconocidos.

Sin embargo, como hemos adelantado, el Tribunal Constitucional no recurre a estos razonamientos, al contrario, expresamente descarta esta tercera dimensión con "potestades públicas" de la Consulta. Incluso, en algunos de sus fallos iniciales la Corte Suprema siguió esta doctrina planteada por el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema en el "Caso Celco", en su voto de mayoría, es categórico:

"… jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina. La soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5°, reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y *'ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio'*. Lo anterior significa que los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin *que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía*"[59].

"La participación consultiva contemplada en el Convenio no conlleva dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas… en concordancia con lo antes descrito, el artículo 34 del Convenio N°169 contiene una norma que flexibiliza la incorporación de dicho tratado internacional al derecho interno… [lo que] implica que para el cumplimiento de sus normas cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones, tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de éstos…".

–Agrega– "forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen"[60].

La doctrina del fallo citado, como hemos venido desarrollando, se aparta del sentido del Convenio N° 169 de la OIT y el propio Derecho Internacional

[59] C.S., Rol 4078-2010, sentencia 14 octubre 2010. Las *negrillas* son nuestras.
[60] C.S., Rol 4078-2010, sentencia 14 octubre 2010.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que busca, por sobre todo, la conciliación de las obligaciones internacionales con el ordenamiento jurídico nacional en pro del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, bajo la guía del "efecto útil" de las argumentaciones hermenéuticas (Nash, 2009) y no puede aceptar una lectura que, instalando de inicio un conflicto jurídico artificial entre Soberanía y la Consulta, resuelve dando preeminencia a un procedimiento (el de la Ley 19.300 en materia de calificación ambiental) que incumple tanto el tenor literal de los artículos 6 y 7 del 169 de la OIT, como vulnera el contenido sustantivo de la Consulta como norma internacional[61]. Por el contrario, bajo una lectura integral de los incisos 1° y 2° del artículo 5° de la Constitución, dado que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza son *una limitación para el ejercicio de la Soberanía*, es posible plantear una interpretación inclusiva de las "potestades públicas" inherentes a la Consulta, como supuesto del respeto y promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas, sus comunidades o integrantes. Incluso, esta posición ha sido respaldada en sentencias judiciales que enfatizan que informar no es consultar, que el Convenio 169 es un tratado de derechos humanos y que la realización de la Consulta es obligatoria, al punto que su omisión es causal de nulidad de los actos administrativos, aunque su resultado pueda no ser vinculante.

Desde el punto de vista constitucional no existe contradicción alguna entre la obligación de consultar contenida en el Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para Chile y el referido ejercicio de la Soberanía, porque la propia Constitución ha establecido un marco de limitación a dicho ejercicio que realizan los organismos y autoridades del Estado. El Convenio N° 169 de la OIT genera el contenido normativo sustantivo para estas limitaciones en relación con las nuevas potestades e imperativos de derechos humanos que se reconocen a los pueblos indígenas. Esta mirada permite fundar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, comprensiva de sus derechos colectivos a las tierras, territorios y los recursos naturales, así como de su derecho a la participación política a la Consulta en el estándar internacional de derechos humanos, de carácter obligatorio y vinculante.

[61] En esta parte nos centramos solo en los debates relativos a la Soberanía. Previamente hemos planteado el problema de los mecanismos de participación ciudadana de la Ley 19.300, en relación con la Consulta y cómo la jurisprudencia ha buscado su compatibilización con el EIA que supone un grado mayor de afección a la población.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. REFLEXIÓN FINAL: LA CONSULTA Y EL DESAFÍO INSTITUCIONAL

Los derechos de los pueblos indígenas, si bien no constituyen pretensiones soberanas (como se suele relevar en el ámbito político), sí requieren de esfuerzos complejos en lo político, jurídico e institucional, en especial cuando se ponen en tensión paradigmas del Estado, como el monopolio de la jurisdicción estatal o cuestiones estratégicas como energía o minería, cuyas prospecciones o explotación dañan o ponen en riesgo el entorno ambiental indígena.

Asimismo, la construcción institucional de mecanismos que hagan democráticamente viable la ampliación de nuevas "potestades públicas" a los pueblos indígenas, constituye un desafío importante en el marco de la profundización democrática, un tránsito desde la democracia formal hacia la democracia sustantiva, porque el Estado debe hacerse integralmente cargo de la demanda de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos.

Entonces, al pensar la Consulta como inclusiva de "potestades públicas", no hablamos de la disputa del poder al Estado, de "la Soberanía" como articuladora de la integridad territorial, pero sí de la transferencia de soberanía (o parte de ella) que hasta hace poco el Estado gozaba monopólicamente, lo que sin duda constituye y constituirá una tensión, cuya resolución, en nuestra opinión, se encuentra pendiente, lo que nos llevará a plantear que existen insuficiencias constituyentes que, frente a los procesos sociales y políticos actuales centrados en la demanda por reconocimiento efectivo de los pueblos indígenas, exigen la inclusión de otras formas participativas de democracia[62].

Nosotros, más allá de los "vaivenes" jurisprudenciales, entendemos el ejercicio de la Soberanía estatal integralmente, limitado por los derechos humanos, conforme el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución. Por tanto, concebimos una Soberanía que ampara democráticamente y no inhibe la Obligación de Consulta o la participación política de los pueblos indígenas, como podría ser también el caso de un "Parlamento Indígena", un "Consejo Nacional de Pueblos Indígenas" con facultades vinculantes o cupos especiales para parlamentarios indígenas en el Congreso, todas propuestas que se han barajado en diversos proyectos de ley.

Más allá de su sentido profundamente democrático y de las razones jurídicas que permiten sostener que la Consulta a los pueblos indígenas constituye un imperativo, debemos tener presente que el ordenamiento jurídico

[62] La noción de *demodiversidad* se abre a formas participativas y comunitarias de democracia que se articulan con la democracia representativa (Santos, 2012).

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

chileno carece de un marco institucional apropiado para aplicar la Consulta. Por ello, es urgente dialogar para instalar, bajo los parámetros internacionales de la Consulta, protocolos, procedimientos y las entidades responsables de los procesos de Consulta, pero que den respuesta a los requerimientos esenciales de una consulta previa, libre, informada y de buena fe. Al mismo tiempo, en los acuerdos que se alcancen deben cautelarse los principios internacionales aplicables a la Consulta, como "criterios sistemáticos y preestablecidos" definidos por las organizaciones representativas de los propios pueblos indígenas de acuerdo a sus dinámicas culturales. Debe asegurarse que la forma de estructurar la Consulta sea lo suficientemente "flexible" para que permita considerar en los respectivos procesos los aspectos culturales, geográficos, idiomáticos, la heterogeneidad de las organizaciones indígenas representativas y considerar el alcance nacional, regional, local o comunitario que puede adoptar la Consulta.

Estas fórmulas participativas de interacción democrática con los pueblos indígenas suponen importantes procesos de desconcentración del poder político y económico, en especial se introducen nuevas lecturas que interpelan al constitucionalismo de las nuevas sociedades latinoamericanas marcadas por la herencia de la dominación colonial y el centralismo jurídico positivista.

BIBLIOGRAFÍA

Aldunate, E., 2010. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico positivo. *Revista Ius et Praxis,* año 16, Nº 2, 2010, pp. 185 - 210, 2(16), pp. 185-210.

Anaya, J., 2012. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas al Consejo de Derechos Humanos de la AG de Naciones Unidas,* 21 período de sesiones, s.l.: s.n.

Anaya, J., 2006. Los Derechos de los Pueblos Indígenas. En: *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos.* Bilbao, España: Ediciones Universidad de Deusto, pp. 29-60.

Anaya, J., 2009a. *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile.* Relator Especial de N.U. para los Derechos Humanos de los Indígenas, s.l.: s.n.

Anaya, J., 2009b. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.A/HRC/12/34,* s.l.: s.n.

Benhabib, S., 2004. *Los derechos de los otros. Extranjeros residentes y ciudadanos.* Barcelona: Gedisa.

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Berraondo, M., 2006. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos.* Bilbao: Ediciones Universidad de Deusto.

Clavero Bartolomé; Faundes, Juan, *et al.*, 2010. *Valor integral del convenio 169 de la OIT (debate).* [En línea] Available at: http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/02/valor-integral-del-convenio-169.pdf [Último acceso: 3 noviembre 2011].

Clavero, B., 2012. *La Consulta en serio (como mecanismo supletorio de la libre determinación).* [En línea] Available at: http://clavero. derechosindigenas.org [Último acceso: mayo 2012].

Cumplido, F., 1997. Los tratados internacionales y el artículo 5 de la Constitución. *Ius et Praxis,* 2(2), pp. 93-99.

Elorriaga, F., 1999. "Del daño por repercusión o rebote". *Revista Chilena de Derecho,* 2(26), pp. 369-398.

Medina, C., 1994. *Constitución, Tratados y derechos esenciales.* Santiago: Comisión Nacional de reconciliación y reparación.

Meza-Lopehandía, ed., 2009. *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile.* Temuco: Heinrich Bölll Stiftung; Cono Sur.

Mouffe, C., 1999. *El Retorno de lo Político. Comunidad, Cuidadanía, Pluralismo y Democracia Radical.* Buenos Aires, Argentina: Ediciones Paidós Ibérica.

Naciones Unidas, 2008. "Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD)", s.l.: s.n.

Nash, C., 2009. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanas en Acción.* Mexico: Ed. Porrúa.

Nogueira, H., 1997a. *Dogmática Constitucional.* Santiago: Universidad de Talca.

Nogueira, H., 1997b. *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina..* [En línea] Available at: http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque% 20 constitucional% 20de%20derechos.pdf [Último acceso: marzo 2013].

Nogueira, H., 2007a. Reforma constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de los Tratados. *Estudios Constitucionales,* pp. 59-88.

Nogueira, H., 2007b. Reforma constitucional de 2005 y tratados internacionales. *Estudios Constitucionales.*

Organización Internacional del Trabajo, 2003. *Convenio N° 169 de la OIT, un Manual.* [En línea] Available at: http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS_100764/lang--es/index.htm [Último acceso: mayo 2013].

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Organización Internacional del Trabajo, 2009. *Manual de Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina - Una Recopilación de Casos.* [En línea] [Último acceso: mayo 2013].

Organización Internacional del Trabajo, 2011. *Informe Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 2011.* [En línea] Available at: http://www.ilo.org/global/standards/WCMS_ 151493/ [Último acceso: mayo 2013].

Organización Internacional del Trabajo, 2012. *Informe Comisión de expertos 2012.* [En línea] Available at: http://www.ilo.org/global/standards/WCMS_183451/lang--es/index.htm [Último acceso: mayo 2013].

Organizaciones y Comunidades Indígenas de los Pueblos Indígenas en Chile, 2011. *Informativo: Organizaciones y Comunidades Indígenas de los Pueblos Indígenas en Chile; "Encuentro de Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas-2011.* [En línea] Available at: http://revista.escaner.cl/node/5418 [Último acceso: mayo 2013].

Precht, J., 1997. "Vino nuevo en odres viejos. Derecho internacional convencional y derecho interno chileno". *Ius et Praxis,* 2(2), pp. 121-154.

Santos, B. d. S., 2012. Introducción: cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En: B. d. S. Santos y J. L. Exeni, edits. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia.* La Paz: Fundación Rosa Luxemburg; Abya-Yala, pp. 11-48.

Stavenhagen, R., 2006. *Pueblos indígenas y derechos humanos.* Bilbao: U. Deusto, pp. 21-28.

JURISPRUDENCIA

1. Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama (2009): Corte Suprema 25 noviembre 2009, Rol 2840-2008 (Recurso de casación).

2. Asociacion indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Corema Región Antofagasta (2011). Corte Suprema, Rol 258-2011, sentencia 13 julio 2011 (Recurso de protección).

3. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 noviembre 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

4. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 junio 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Artículo: La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de consulta
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Juan Jorge Faundes Peñafiel

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. *Comunidad Indígena José Catrín y otras ccomunidades mapuches de la localidad de Quepe en contra del Ministerio de Obras Públicas, "Caso Aeropuerto Temuco"* (2011): Corte Suprema 6 mayo 2011, Rol 1608-2011 (Recurso de protección).

6. *Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Corema Los Lagos, "Parque Eólico Chiloé"* (2012): Corte Suprema 22 marzo 2012, Rol 10.090-2011 (Recurso de protección).

7. *Comunidad Indígena Chilcoco con Ilustre Municipalidad de Arauco, "Cerro Colo Colo"* (2010): Corte Apelaciones Concepción 10 agosto 2010, Rol 289-2010 (Recurso de protección).

8. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 agosto 2001 (Reparaciones y costas).

9. *Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco, "Caso Piscicultura Palguín"* (2010): Corte Suprema 17 mayo 2010, Rol 1705-2009; Corte de Apelaciones de Temuco 21 enero 2010, Rol 1705-2009 (Recurso de protección).

10. *Condore Vilca y comuneros de la Quebrada de Tarapacá contra la Comisión de Evaluación de la I Región de Tarapacá, "Paguanta"* (2012): Corte Suprema 30 marzo 2012, Rol 10.090-2011 (Recurso de protección).

11. *Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989* (2008): Tribunal Constitucional 3 abril 2008, Rol 1050-2008 (Artículo 93 Nº 1 de la Constitución).

12. *Francisca Linconao con Forestal Palermo* (2010): Corte Suprema 30 noviembre 2009, Rol 7287-2009; Corte de Apelaciones de Temuco 16 septiembre 2009, Rol 1773-2008 (Recurso de protección), en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Tomo I, N° 1, 2010.

13. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 junio 2012 (Fondo y reparaciones).

14. *Nahuelpán y otros con Corema de Los Ríos, "Caso Celco Mehuín"* (2010): Corte Suprema 14 octubre 2010, Rol 4078-2010 (Recurso de protección).

15. *Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (2000): Tribunal Constitucional 4 agosto 2000, Rol 309-2000 (Artículo 82 N° 2).