

1. ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN PRESENTADA

a. Recurso de protección presentado ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Puerto Montt por las comunidades indígenas williche Pascual Huel y Lof Coñuecar.

Las comunidades indígenas williche Pascual Huel y Lof Coñuecar¹, presentaron un recurso de protección - Rol de Corte 1866-2020 - ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Puerto Montt, y en contra de la Inmobiliaria Pocuro Sur SpA y de la Ilustre Municipalidad de Puerto Montt, por el loteo y construcción de 233 viviendas, sala de ventas, multicanchas y otras dependencias en la dirección Av. Violeta Parra N°3001 - sector Alerce – comuna de Puerto Montt, lugar que denuncian, estaría dentro de la zona misma de conservación del humedal urbano Artesanos de Alerce².

Indican que dicha edificación destruirá el último pulmón verde con que cuenta su territorio, destruyendo un corredor biológico existente en ese lugar, además de destruir un rico y diverso hábitat natural de flora y de fauna. Dicho recurso “natural de flora” es lo que para ellos se denomina “Lahuen” o hierbas medicinales, las que serían usadas para la preparación de remedios naturales. Agregan a mayor abundamiento que el humedal urbano “Artesanos de Alerce” en su lengua se denomina “Mallinko Abtao Lawal” y significa “El humedal donde descansa el Alerce”.

Indican las comunidades indígenas que el humedal “Artesanos de Alerce” o “Mallinko Abtao Lawal” en mapuzungun, hoy se encuentra reconocido por el Municipio de Puerto Montt y está en vías de ser declarado “Humedal urbano” por el Ministerio de Medio Ambiente en el marco de la Ley N°21.202. Señalan que, por ende, dicho proyecto debió ser evaluado en el marco del SEIA y de la misma forma consultarse de acuerdo a lo señalado en el Convenio 169 de la OIT.

¹ Ambas comunidades con personalidad jurídica y domicilio en Pedro Aguirre Cerda 1210, Alerce Histórico, y Colonia Alerce Km 2.7, respectivamente, perteneciendo por ende, si bien no colindantes, al mismo sector del Humedal.

² Recurso de Protección rol 1866-2020, página 4.

Que, en razón de lo anterior, solicitan en definitiva (i) la paralización inmediata de la tramitación de permisos y ejecución de obras de construcción del proyecto y (ii) el ingreso del proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a fin de que se evalúen todos sus impactos.

b. Sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Puerto Montt y tramitación ante la Excelentísima Corte Suprema.

El 17 de marzo de 2021, la **Ilustre Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, rechazó el recurso de protección de las comunidades indígenas williche. El principal argumento de la ICA Puerto Montt fue que los permisos municipales otorgadas por la Dirección de Obras Municipales de Puerto Montt se tramitaron y obtuvieron antes que la misma Municipalidad iniciara el procedimiento de declaratoria de Humedal Urbano:

"Noveno: Que, sobre la base de lo antes expuesto, y a la luz de la normativa urbanística que rige la materia, no resulta procedente que la recurrida Ilustre Municipalidad de Puerto Montt, de observar y/o rechazar o modificar permisos de construcción ya otorgados en el lugar donde se emplaza el proyecto de la Inmobiliaria recurrida, aludiendo únicamente al Estudio de Humedales a que hace referencia la recurrente en su libelo, pues a su respecto el otorgamiento de los permisos de edificación fue con fecha anterior a la presentación de la petición de reconocimiento de la calidad de humedal urbano, el que en todo caso se encuentra en actual tramitación, permisos otorgados conforme a la ley vigente a la época de su otorgamiento, y a cuyo respecto ningún vicio de legalidad se ha acreditado o siquiera denunciado".

Esta resolución fue apelada y la causa se encuentra pendiente ante la Excelentísima Corte Suprema - ROL 21.970-2021 – que ordenó Informar al Servicio de Evaluación Ambiental, la Superintendencia del Medio Ambiente y la CONADI al tenor del recurso de protección.

El informe emanado de la **Superintendencia de Medioambiente** indica, entre otros aspectos, que:

“(...) atendidos los antecedentes señalados, el humedal “Artesanos” está en proceso de ser reconocido como humedal urbano por parte del Ministerio del Medio Ambiente; el proyecto inmobiliario se encuentra ubicado en parte al interior de dicho humedal y las obras que se pretenden ejecutar, atendido las características del proyecto, podrían generar algún grado de afectación al humedal, por movimiento de tierras, emisión de material particulado, rellenos, tránsito de maquinaria, eliminación de vegetación y del hábitat de la fauna, entre otros(...)”.

Por su parte, el **Servicio de Evaluación Ambiental** en lo pertinente al ingreso o no del proyecto al SEIA, indica en su informe que:

“(...) la circunstancia de encontrarse en trámite la declaración oficial de humedal urbano, y en consecuencia, adquirir la categoría de área bajo protección oficial para efectos de la letra p) del artículo 10, no obsta a que un proyecto o actividad a ejecutarse total o parcialmente dentro del límite urbano de un humedal pueda ingresar de manera obligatoria al SELA, si concurren los presupuestos señalados en la letra s) del mismo artículo (...).”.

Finalmente, **la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena**, en lo principal, plantea lo siguiente:

“(...) el sector de Alerce tiene su propia estructura de funcionamiento cuenta con autoridades tradicionales como longko, las comunidades y asociaciones indígenas se han visto apoyadas y fortalecidas por sus autoridades tradicionales, que es fundamental para el mundo mapuche ya que cumple un papel significativo en la reivindicación social, cultural y territorial del pueblo mapuche en su historia, como en las actuales comunidades y asociaciones indígenas” (...).

“que todos los elementos que conforman el territorio están vinculados, nada está fuera de sí y esto hace que en un territorio se mantenga el equilibrio, los árboles, los diferentes remedios que se encuentran y que son utilizados por los lawentuchefes (persona de que dedica a la medicina natural), no solo de los que viven en Alerce, sino también van lawentuchefe en busca de lawen (remedios) de otros territorios”.

Adicionalmente, con fecha 26 de abril de 2021, **la CONADI** en Informe Complementario acompañado a esta Excelentísima Corte Suprema, indicó que:

“(...) se registra en la memoria local la existencia de sitios culturales mapuche del tipo ceremonial, vinculado al espacio natural, refiriendo a la existencia de fuerzas naturales invocadas para la protección cultural, como parte de actividades ceremoniales. Complementariamente, a través del relato de los entrevistados, se identifican zonas reconocibles como: humedales, que son reservorios de biodiversidad, o mapuche lawentuwün – relacionado con la reserva de plantas medicinales y que son visitados por especialistas de salud mapuche”, haciendo además referencia a “la existencia de familias mapuche williche en las inmediaciones del sector (...)”.

2. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADOS AL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

La preocupación por la situación ambiental y la protección del medio ambiente, tiene su punto de inicio en la Cumbre de la Tierra o Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo el año 1972. Dicha Declaración marcó un hito en la relación del hombre con el entorno natural, al incorporar la idea de que el crecimiento de la población plantea continuamente problemas relativos a la preservación del medio. En ese sentido, la Cumbre de la Tierra abogó por el respeto a los límites del crecimiento de nuestro planeta y a los recursos que es capaz de entregar, en pos de su preservación en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

A partir de ese momento, se comenzaron a discutir y gestar, tanto a nivel nacional como dentro de la comunidad internacional, respuestas dentro del ordenamiento jurídico que pudieran hacer frente a las crisis ambientales del siglo XX. En tal sentido, nuestra Constitución fue pionera, al menos a nivel Regional, en incorporar dentro del catálogo de garantías fundamentales, el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en su artículo 19 N° 8, ya en el año 1980.

Así en un breve periodo de tiempo, se evidenció un extenso desarrollo normativo a nivel internacional, regional y nacional, de la garantía de “un medio ambiente sano” y de los demás derechos a los que se encuentra vinculado en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos. A continuación, se exponen estos estándares internacionales, regionales y nacionales

relacionados con del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o sano; y finalmente los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos.

a. Estándares internacionales: La interrelación del derecho a un medio ambiente sano y los demás derechos humanos

Si bien hace más de cuatro décadas³ el vínculo entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente era ya un tema evidente para los Estados, organismos internacionales y la sociedad civil, solo recientemente, desde el año 2018, están discutiendo un tratado internacional que aborde de manera vinculante las obligaciones estatales en relación al tema, en el denominado “Pacto por el Medio Ambiente”.

Que, en la actualidad, son escasos los instrumentos internacionales vinculantes que abordan la cuestión ambiental, entre ellos:

(i) Acuerdo de París⁴ que reconoce que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional;

(ii) Protocolo de Kyoto⁵, que entre sus disposiciones contempla el compromiso de promover el desarrollo sostenible a través de cumplimiento de los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídas en virtud del artículo 3, incluidos los compromisos de a) aplicar y/o seguir elaborando políticas y medidas de conformidad con sus circunstancias nacionales, por ejemplo las siguientes: i) fomento de la eficiencia energética en los sectores pertinentes de la economía nacional; ii) protección y mejora de los sumideros y

³ Como se señaló esta preocupación comienza a partir de la Cumbre de la Tierra o Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo el año 1972.

⁴ Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (París, 12 de diciembre 2015)

⁵ Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático

depósitos de los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, teniendo en cuenta sus compromisos en virtud de los acuerdos internacionales pertinentes sobre el medio ambiente; promoción de prácticas sostenibles de gestión forestal, la forestación y la reforestación; entre otras; y;

(iii) el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y sus Anexos⁶ cuyo objetivo principal, de acuerdo señala el artículo 1° es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes, reconociendo que los contaminantes orgánicos persistentes tienen propiedades tóxicas, son resistentes a la degradación, se bioacumulan y son transportados por el aire, el agua y las especies migratorias a través de las fronteras internacionales y depositados lejos del lugar de su liberación, acumulándose en ecosistemas terrestres y acuáticos, generando problemas de salud, especialmente en los países en desarrollo, resultantes de la exposición local a los contaminantes orgánicos persistentes, en especial los efectos en las mujeres y, a través de ellas, en las futuras generaciones.

Que con excepción de estas Convenciones, la referencia al medio ambiente en la mayoría de los instrumentos normativos internacionales es insuficiente⁷, por lo que los organismos internacionales de derechos humanos han ido ampliando la protección del medio ambiente, para obtener como corolario la protección a los demás derechos humanos. En el sentido anterior, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente, **Sr. John Knox**, comentó sobre como los organismos de derechos humanos del sistema internacional y otros, han ido aplicado a las cuestiones ambientales, las normas de derecho humanos:

“[u]n aspecto inusual del desarrollo de las normas de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente es el hecho de que tales normas no se basan primordialmente en el reconocimiento expreso de un derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible o, más sencillamente, a un derecho humano a un medio ambiente saludable [...] Los órganos creados en virtud de tratados, los tribunales regionales, los relatores

⁶

⁷ En ese sentido, **el Informe Anual 2015** señaló: “Si bien el derecho a un medio ambiente libre de contaminación se encuentra establecido en algunos tratados internacionales ratificados por Chile así como en nuestra Constitución Política, la generalidad de los instrumentos vinculantes no lo reconoce explícitamente”, página 172.

*especiales y otros órganos internacionales de derechos humanos han aplicado más bien el derecho de los derechos humanos a las cuestiones ambientales mediante una ‘ecologización’ de los derechos humanos existentes, incluidos los derechos a la vida y a la salud*⁸. (Destacado nuestro).

A mayor abundamiento, el **Sr. Knox** señaló la particular relación entre la afectación de los derechos humanos con los daños ambientales, y como entonces, las obligaciones del Estado de respetar y garantizar aplican entonces a iguales derechos (ambientales y demás), independiente de su consagración normativa:

*“[L]os daños ambientales afectan al pleno disfrute de una amplia gama de derechos humanos, y las obligaciones de los Estados de respetar tales derechos, de protegerlos de injerencias y de hacerlos plenamente efectivos se aplican en el contexto ambiental al igual que en los demás [...] Así pues, el reconocimiento expreso del derecho humano a un medio ambiente saludable resultó ser innecesario para la aplicación de las normas de derechos humanos a las cuestiones ambientales. Paralelamente, es significativo que la gran mayoría de los países del mundo hayan reconocido ese derecho en el plano nacional o regional o ambos”*⁹. (Destacados nuestro)

Otros instrumentos internacionales no vinculantes en la materia.

i) **Declaración de Río de 1992.** Destacan en su articulado los principios 10, 15 y 17. Entre ellos, son relevantes especialmente el principio 10 que establece la participación en cuestiones ambientales; el principio 15, que establece la obligación de los Estados de prevenir daños graves e inminentes al medio ambiente, no obstante la falta de certeza científica. En el caso del principio 17, este se vincula al deber de cada Estado parte de establecer un sistema de evaluación de impacto ambiental, que permita predecir los efectos ambientales perjudiciales de proyectos o actividades de magnitud, con el consecuente deber de definir exigencias ambientales acordes. Se definen del siguiente modo:

⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 24 de enero de 2018, A/HRC/37/59.

⁹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 24 de enero de 2018, A/HRC/37/59.

“Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

“Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

“Principio 17. Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”¹⁰.

ii) **Los Objetivos de Desarrollo Sostenible.** El año 2015, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales como parte de una nueva agenda mundial a los que llamaron “Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030”, con el fin de concretar una agenda con distintos lineamientos relacionados con el medio ambiente y con la concreción del desarrollo sostenible.

(iii) **La Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas** destaca que "proteger el planeta contra la degradación, incluso mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de sus recursos naturales y medidas urgentes para hacer frente al cambio climático, de manera que pueda satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

Si bien todos estos instrumentos revelan una preocupación a nivel internacional por la cuestión ambiental, también indican, que en el último siglo, esta preocupación ha ido intensificándose

¹⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río 1992, <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

hasta el día de hoy, donde se discute en las Naciones Unidas un **Pacto Mundial por el Medio Ambiente**, que tiene por objetivo proporcionar un marco general para el derecho ambiental internacional, con la aspiración de consolidar y potenciar aún más esta materia, teniendo en cuenta los apremiantes desafíos ambientales del futuro.

Finalmente cabe señalar que los órganos jurisdiccionales, **Corte Interamericana y Tribunal Europeo**, habían ya subsanado la ausencia de referencias normativas vinculantes sobre medio ambiente, y lo habían hecho “enverdeciendo” (*greening*) ciertos derechos –como la vida, la salud o la vida privada y familiar–, e incluso considerado justificado limitar ciertos derechos humanos –como la propiedad– para la protección del medio ambiente. (Informe Anual 2011 página y 2015 página).

a.1 Estándares internacionales ambientales sobre Humedales

Nuestro país ha adoptado en materia de protección y reconocimiento del valor ecosistémico de los humedales una serie de compromisos internacionales, lo que se ha reflejado recientemente en importantes adiciones y cambios en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, una de las primeras referencias en esta materia, es la “**Convención Relativa a Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas**” - **Convención RAMSAR**- de la UNESCO, y que reconoce la interdependencia del hombre y su medioambiente señalando que: “*las funciones ecológicas fundamentales de los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de una fauna y flora características, especialmente de aves acuáticas, [y] CONVENCIDAS de que los humedales constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida sería irreparable*”.

En lo pertinente, el artículo 4.1 de esta normativa reconoce que:

“Cada Parte Contratante fomentará la conservación de los humedales y de las aves acuáticas creando reservas naturales en aquéllos, estén o no incluidos en la Lista, y tomará las medidas adecuadas para su custodia”.

Posteriormente, Chile ratificó **la Convención sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas**, en el año 1994, que reconoce en su Preámbulo el valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes (...) reafirmando que los Estados son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos. Al respecto, la Convención además reconoce la estrecha dependencia de las comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

La ratificación de este instrumento marcó un importante hito en la adopción de políticas y medidas en esta materia, como la **Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030, del Ministerio de Medioambiente**¹¹, inspirada en las “Metas de Aichi” de la misma Convención sobre la Diversidad Biológica, orientadas a detener la pérdida de diversidad biológica a nivel global y enfrentar a través de las acciones de política pública y privada, las causas subyacentes que provocan su pérdida y deterioro.

La **Excelentísima Corte Suprema de Justicia** ha dado aplicación a dichas Convenciones – RAMSAR y la CBD – en la causa rol ECS-118-2018 “Sociedad Educacional Winkler Contreras. Limitada con Servicio de Vivienda y Urbanización Región de Los Lagos”, donde señaló que:

¹¹ La ENB 2017-2030 tiene cinco objetivos estratégicos, con los cuales se espera, principalmente: Promover el uso sustentable de la biodiversidad para el bienestar humano; Desarrollar la conciencia, el conocimiento y la participación de la población en el resguardo de la biodiversidad como fuente bienestar; Proteger y restaurar la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos

“Octavo: Que respecto del primer acto, cabe precisar que el cuerpo de agua que los recurrentes denominan humedal Llantén no se encuentra protegido por la Convención de Ramsar sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional. Sin embargo, resulta útil recordar que aquella define a dichos sitios como “las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”, siendo la particularidad de dicha definición el que comprende los humedales creados artificialmente. En este mismo orden de ideas, el Estado a través de una política pública de protección denominada “Estratégica Nacional de Biodiversidad 2017-2030”, aprobada en el marco de la ratificación que en el año 1994, Chile hizo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), en que se comprometió a implementar acciones para la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad, se encuentra la protección de los humedales porque aquellos constituyen, entre otros, fuente de reservas de aguas, de irrigación de los cultivos y de preservación de la flora y fauna para el sustento del planeta. Elementos que permiten colegir la importancia de dichos sistemas ecológicos para la humanidad y su necesidad de protección”. (Destacado propio).

“Noveno: Que dentro de este contexto unido al mérito de los antecedentes acompañados a los presente autos, se advierte que, como se dijo, el cuerpo de aguas denominado “Humedal de Llantén” no tiene la categoría Ramsar, pero no es menos cierto, que instituciones estatales -Conicyt aprobó un proyecto para su estudio- y la comunidad científica – Universidad Austral desarrolló un informe sobre la fauna existente en el mismo-; unido a las definiciones sobre humedal antes transcritas, permiten reconocerlo como un ecosistema constituido por la acumulación de aguas, en el que existe y se desarrolla biota acuática, fauna y flora. De esta manera, para este caso particular, dicho cuerpo de aguas se adapta al concepto de humedal y, por consiguiente, tal como lo postulan los recurrentes emana la necesidad de su protección desde que estos sitios han sido considerados por la comunidad internacional, como pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad, siendo un deber del Estado velar por su preservación”. (Destacado propio)

b. Estándares regionales sobre el derecho a vivir en un medio ambiente sano

Es en el ámbito regional donde el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ha sido más fuertemente resguardado y reconocido.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (que se adoptó en 1969 y entró en vigencia en 1978) si bien no hace mención expresa al medio ambiente en su texto, el Artículo 26 exige que los Estados Partes desarrollen medidas en forma progresiva con el fin de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta...”.

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En ese sentido **la Corte Interamericana de Derechos Humanos** el año 2017, conociendo una consulta del Estado Colombiano, dictó la Opinión Consultiva OC-23/17 donde analizó las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, en el marco de la protección y garantías de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículo 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con los artículo 1.1. y 2 del mismo tratado. Afirmando que: “[a]dicionalmente, este derecho [a un medio ambiente sano] también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”.

Por primera vez, en 1988, el derecho a un medio ambiente sano, fue incorporado en el **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia**

de **Derechos Económicos, Sociales y Culturales** o “**Protocolo de San Salvador**”¹², específicamente en el artículo 11 que establece, el deber de las partes de promover “la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

***Derecho a un Medio Ambiente Sano.** 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del Medio Ambiente.*

Por otra parte, la **Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas** analiza en su Artículo XIX la protección de un medio ambiente sano, incluido el derecho a contar con un medio ambiente seguro y sano, el manejo sostenible de la tierra, la participación efectiva en actividades que afecten sus tierras, la prohibición estatal de la existencia de materiales peligrosos en tierras indígenas, entre otras:

Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos. 3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

¹² Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en octavo periodo ordinario de sesiones, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Se encuentra suscrito por Chile (2001), pero no ratificado.

Adicionalmente a estas consagraciones, ha sido la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** mediante el conocimiento de casos contenciosos y/o a través de sus opiniones consultivas, y la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** mediante la emisión de informes, quienes han abordado las condiciones ambientales existentes en los países miembros de la OEA, dándole contenido y forma a las obligaciones estatales en la materia.

En razón de la **Opinión Consultiva 23/17 denominada “Medio Ambiente y Derechos Humanos”**, la Corte IDH expresó, en el mismo tenor que el Relator Especial Knox, la relación innegable entre la protección del medio ambiente y el disfrute de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático pueden afectarlos de manera efectiva. En tal sentido, la Corte señala que:

“El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras; mientras que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, en virtud de su dimensión individual y su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (...)”.

“(...) resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales —que incluye el derecho a un medio ambiente sano— y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”¹³ (...)

“(...) [d]e esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, surgen múltiples puntos de conexión por los cuales, como fue expresado por el Experto

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17 Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos)*, párrafo 47°.

*independiente, todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio*¹⁴(...)

“(...)[c]omo consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, actualmente (i) múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que (ii) otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos (...)”

Por otra parte, **la Corte IDH y la Comisión Interamericana** en el conocimiento de casos contenciosos y/o situaciones vinculadas a derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, ha abordado las condiciones ambientales existentes en los países en relación a que dichos escenarios han afectado a los derechos garantizados por la Convención Americana, principalmente y con mayor frecuencia, los derechos a la vida, la salud, la propiedad, la cultura y el acceso a la justicia o en algunos casos estas afectaciones se relacionan con la explotación de recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Revisamos algunos de estos casos:

En el caso de las **Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice**, la CIDH reconoció la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio, pero ratificó que *“las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen su bienestar físico, cultural y espiritual”*¹⁵.

En este caso la Comisión acogió la afirmación de los peticionarios en el sentido de que las contravenciones del Estado habían afectado negativamente el medio ambiente natural del que depende el pueblo Maya para su subsistencia, a pesar de la aseveración del Estado de que los peticionarios no habían proporcionado pruebas suficientes de los impactos ambientales adversos, y recomendó que el Estado otorgara al pueblo Maya una reparación efectiva,

¹⁴ Op. Cit. Párrafo 54°.

¹⁵ Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, Informe N° 40/04, Caso 12.053 (Fondo), 12 de octubre de 2004 [en adelante Caso de los Mayas de Toledo], párrafo 150.

mediante el reconocimiento de su derecho a la propiedad comunal de las tierras que han ocupado y usado tradicionalmente, sin que se perjudicara otras comunidades indígenas y, además, que realizara la delimitación, demarcación y entrega de los títulos del territorio en el que existe dicho derecho de propiedad comunal, de acuerdo con las prácticas consuetudinarias de uso de la tierra del pueblo Maya. La Comisión recomendó, asimismo, que mientras no se determinara el título de propiedad, el Estado debía abstenerse de realizar cualquier acto que pudiera conducir a los agentes del propio Estado o a terceros actuando bajo su aquiescencia afectaran la existencia, valor, uso y disfrute de la propiedad ubicada en la zona geográfica ocupada y utilizada por el pueblo Maya.

En otro caso acerca de derechos de pueblos indígenas, caso de la **Comunidad indígena Sawhoyamaxa**, la Corte IDH determinó en forma unánime que Paraguay había incurrido en una violación de los derechos a la vida, la propiedad, y la protección judicial¹⁶.

*“168. En el presente caso, junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa se caracteriza por el desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, **las precarias condiciones de su vivienda y entorno**, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales” (supra párr. 73.61 a 74).*

Los recurrentes aseveraron que el hecho de no haber garantizado los derechos ancestrales de la comunidad era responsabilidad del Estado, con lo cual se habían vuelto vulnerables a la privación de alimentos, salud, saneamiento y deterioro del medio ambiente. La Corte instó al Estado Paraguayo a realizar la demarcación de las tierras indígenas y a proporcionar un fondo de desarrollo, entre otras reparaciones.

“224. La Corte, tomando en cuenta lo anterior, considera procedente, en equidad, ordenar al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con el párrafo 207 de esta Sentencia. El Estado deberá destinar la cantidad de US \$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en

¹⁶ Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet Vs. Paraguay, Caso 0322/2001, Informe No. 12/03, OEA/SerieL/V/II.118 Doc. 70 rev. 2 at 378 (2003)

la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad. Estos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena”.

A su vez, en el **Caso Yakye Axa vs. Paraguay** la Corte fortaleció el entendimiento de que el derecho a la vida no se limita al derecho a la supervivencia en sí, sino que se extiende a la promoción de una vida con dignidad, ejercida de forma completa con el acceso a los beneficios de la cultura, la salud, la alimentación, educación y un medio ambiente sano.

“168. (...) La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad (...)”

En la Corte Interamericana, un caso en torno a cuestiones ambientales no relacionadas con pueblos indígenas o tribales es el **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**, sobre la negativa del Estado de Chile para proporcionar datos sobre un proyecto forestal. En este caso el derecho a la libertad de expresión previsto en el art. 13 se aplicó para garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través del acceso a la información, en particular sobre temas ambientales.

“99. Por otro lado, es necesario destacar que al solicitar la información al Comité de Inversiones Extranjeras el señor Marcel Claude Reyes se “propuso evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto [Río Cándor], medir el impacto sobre el medio ambiente [...] y activar el control social respecto de la gestión de órganos del Estado que tienen o han tenido injerencia” en el desarrollo de dicho proyecto “de explotación del Río Cándor” (supra párr. 57.13). Asimismo, el señor Arturo Longton Guerrero expresó que acudió a pedir la información “preocupado por la posible tala indiscriminada de bosque nativo en el extremo sur de Chile” y que “[l]a denegación de información pública, significó [...] un impedimento a [su] tarea de fiscalizador” (supra

párr. 48). Al no recibir la información solicitada, ni una contestación motivada sobre las restricciones a su derecho al acceso a la información bajo el control del Estado, los señores Claude Reyes y Longton Guerrero vieron afectada la posibilidad de realizar un control social de la gestión pública”.

Finalmente, en el reciente caso del 2020 “**Comunidad indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs Argentina**”¹⁷, la Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las obligaciones específicas de los Estados en la materia:

“207. (...) [que] rige respecto al derecho al ambiente sano no solo la obligación de respeto, sino también la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones. Este deber se proyecta a la “esfera privada”, a fin de evitar que “terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”, y “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”. En esta línea, la Corte ha señalado que en ciertas ocasiones los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas. La obligación de prevenir “es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”.

Por último, cabe destacar dentro de los esfuerzos de carácter regional recientes, el **Acuerdo de Escazú o Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe**, cuyo símil europeo se encuentra en el Convenio de Aarhus (1998); instrumento que no ha sido ratificado por Chile.

¹⁷ Corte IDH. Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 207.

c. Estándares nacionales sobre el derecho a vivir en un medio ambiente sano e institucionalidad ambiental chilena.

La garantía de un medio ambiente sano como derecho humano encuentra su consagración normativa en el ámbito interno en el **artículo 19 numeral 8 de la Constitución Política de la República**¹⁸, que señala:

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*¹⁹.

En ese sentido, el **Informe Anual del año 2018 del INDH** señaló que “(...) [p]or su parte, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está consagrado en la Constitución Política de la República (CPR), donde se establece el deber del Estado de velar para que este no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, pudiendo inclusive restringirse el ejercicio de determinados derechos o libertades para protegerlo (art. 19 N° 8). Así, el derecho de propiedad y la libertad económica pueden verse restringidos cuando, a consecuencia de su uso o goce, se pueda afectar la conservación del patrimonio ambiental (art. 19 N° 24 inciso segundo). Este derecho tiene, además, la garantía constitucional del recurso de protección, lo que refuerza su importancia y relación directa con el ejercicio de otros derechos (art. 20 inciso segundo).

En aplicación de la norma constitucional que regula este derecho, el **Excelentísimo Tribunal Constitucional**, ha señalado que “Al dictar una norma de emisión, como también al aprobar las normas de calidad ambiental, o un plan de prevención o descontaminación, los órganos del Estado competentes que intervienen en su génesis, lo hacen para cumplir el deber que el artículo 19 N° 8 CPR impone al Estado en su conjunto de velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza (STC 577, c. 10)”.

¹⁸ <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

¹⁹ Constitución Política de la República de Chile de 1980, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

También es relevante señalar lo que la **Excelentísima Corte Suprema de Justicia** ha planteado en relación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Al respecto dicho tribunal ha afirmado que “(...) *él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad toda por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual*”²⁰.

De esta forma, la E. Corte Suprema desarrolla el derecho a vivir en un medio ambiente de contaminación como un derecho que no tiene una naturaleza meramente individual, sino también colectiva, debiendo incluso considerarse las afectaciones a las generaciones futuras. Mientras que en otro fallo, la Corte Suprema desarrolló aún más esta última idea, planteando que “(...) *un postulado de la ecología es entregar a las generaciones futuras un mundo por lo menos igual si no mejorado del recibido de generaciones poco preocupadas de la naturaleza, lo que motivó la declaración de Estocolmo (del año 1972), celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en que todas las naciones acordaron hacer las paces con la naturaleza pues hasta ese momento, todo desarrollo se hacía a costa de destruirla y es así como bosques, lagos, ríos y mares se han convertido en desiertos o porciones putrefactas de aguas, incapaces de sustentar la vida en su seno*”²¹.

Ahora, a nivel legal, la **Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)**, entrega un marco conceptual clave para la materia abordada. Así, el medio ambiente, definido por la ley de Bases, corresponde al sistema global constituido por “*elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*” (art. 2º letra II). Por su parte, un ambiente libre de contaminación es aquel en

²⁰ Corte Suprema. Causa Rol de Ingreso N° 2732-96 caratulada “Guido Girardi y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de Magallanes”.

²¹ Revista de Fallos del Mes, n° 325, DICIEMBRE, 1985, pág. 826.

que “*los contaminantes se encuentran en concentraciones y periodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*” (art. 2° letra m). La misma norma establece que los recursos naturales son “*los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos*” (art. 2° letra r). Si bien se entiende que los elementos renovables y no renovables del ambiente constituyen insumos para la vida de las personas, ello debe conciliarse con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental (**Informe Anual 2018, página 123**).

Como señaló el **Informe Anual del año 2018 del INDH**, las actividades productivas son reguladas por diversas normas ambientales, de carácter general y sectorial. Entre las primeras cabe destacar la **Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente**, el principal marco regulatorio ambiental en Chile; y el **Decreto Supremo 40 que reglamenta el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)**. La ley mencionada abarca múltiples aristas como los instrumentos de gestión ambiental, la responsabilidad por daño ambiental y la fiscalización, entre otras materias. En particular, entre los instrumentos de gestión ambiental establecidos destacan los siguientes:

~ **Normas Primarias de Calidad Ambiental:** Establecen las concentraciones y periodos permisibles de determinados elementos, cuya presencia o carencia en el ambiente puede constituir un riesgo para la vida o la salud de la población.

~ **Normas Secundarias de Calidad Ambiental:** Define las concentraciones y periodos admisibles de determinados elementos, cuya presencia o carencia puede ser un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, así como para la preservación de la naturaleza.

~ **Normas de Emisión:** Indican la cantidad máxima permitida para la emanación de contaminantes, cuya medición se realiza en las fuentes emisoras. En la actualidad, existen 27

normas que buscan regular las emisiones sobre la atmósfera y los recursos hídricos de múltiples actividades.

~ **Planes de Manejo:** Destinados a regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, con el propósito de asegurar su conservación.

~ **Planes de Prevención:** Establecen medidas para abordar la situación de zonas latentes.

~ **Planes de Descontaminación:** Destinados a abordar la situación de zonas saturadas.

~ **Procesos relevantes de evaluación para los proyectos de inversión con impacto ambiental.**

También es importante destacar que, si bien la ley define a la **Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)** como la entidad que ejerce las labores de fiscalización, actualmente existen múltiples organismos con competencia ambiental, coordinadas en la Red Nacional de Fiscalizadoras Ambientales (RENFA), a partir de un acuerdo de colaboración entre la SMA y los distintos sectores. Cada sector también cuenta con su normativa ambiental específica, las normas sectoriales, que regulan las actividades propias de cada rubro, los que cuentan con una ley marco —que aborda desde generalidades hasta aspectos técnicos específicos— y suelen dar paso a otros preceptos legales o reglamentarios, como aquellos que fijan las condiciones para el otorgamiento de concesiones u otras materias relevantes (**Informe Anual 2018, página 129**).

Por otra parte, las principales instituciones a nivel medioambiental son el **Ministerio del Medio Ambiente (MMA)**, que genera las regulaciones ambientales para los sectores productivos; la **Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)**, que actúa como entidad fiscalizadora y sancionadora; el **Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)**, que administra el SEIA; y los **Tribunales Ambientales (TA)**, instancia judicial que conoce y resuelve las infracciones a la normativa ambiental (**Informe Anual 2018, página 129**).

Proceso de evaluación de impacto ambiental y obtención de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA)

El **Informe Anual del año 2018 del INDH**, describió el proceso de evaluación de impacto ambiental y obtención de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

A partir de la reforma a la **Ley General Sobre Bases del Medio Ambiente** en materia de institucionalidad ambiental, establecida en la Ley 20.417 que creó el MMA, la SMA y el SEA, esta última entidad es la encargada de administrar el SEIA, sistema que evalúa los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental. Bajo ciertas circunstancias, establecidas en el artículo 10 de la LGBMA, los proyectos o actividades deben someterse previamente y de forma obligatoria a evaluación para su ejecución o modificación, sea mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

El procedimiento de evaluación, coordinado por el SEA, consolida todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que deban o puedan emitir los organismos sectoriales, el Gobierno Regional, el municipio respectivo, así como la autoridad marítima competente, cuando corresponda. Los pronunciamientos de estos órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deben ser fundados y formulados en el marco de sus atribuciones. Además, incluye la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y otras partes interesadas, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto.

Los antecedentes antes señalados son calificados por una Comisión de Evaluación, mediante una Resolución de Calificación Ambiental (RCA). Si esta es favorable, certifica el cumplimiento de todos los requisitos ambientales aplicables por parte del titular y estipula las condiciones para su puesta en marcha, incluyendo las eventuales acciones de mitigación y reparación necesarias.

La obtención de una RCA favorable da pie a la fiscalización por parte de la SMA, la que vigila su cumplimiento y, en caso de detectar alguna infracción, puede ejercer sus potestades sancionatorias. Las sanciones posibles de aplicar por parte de la SMA, así como el proceso que la entidad sigue para estos efectos, se encuentran definidas en la Ley 20.417. En virtud de esto,

las faltas se clasifican en tres categorías (gravísima, grave y leve), cada una de las cuales conlleva una sanción distinta (**Informe Anual 2018, página 131**).

C.1 Los humedales en la Institucionalidad Ambiental

La Ley 21.202 de 23 de enero de 2020 que **modificó diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los Humedales Urbanos**, cuyo objetivo de acuerdo señala su artículo primero es: *“proteger los humedales urbanos declarados por el Ministerio del Medio Ambiente, de oficio o a petición del municipio respectivo, entendiendo por tales todas aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano”*.

En el mismo sentido, el Reglamento de la mencionada Ley D.S. N°15/2020, agrega entre sus considerandos que *“(…) los humedales son ecosistemas indispensables por los beneficios o servicios ecosistémicos que brindan a la humanidad, incluyendo la provisión de agua dulce, alimentos, conservación de la biodiversidad, control de crecidas, recarga de aguas subterráneas y mitigación de los efectos del cambio climático”²²*.

En lo que respecta a la Institucionalidad ambiental, **la Ley 21.202 modificó el artículo 10 de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente**, que establece el listado de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, y que, por ende, deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), agregando dos numerales, en ese sentido, su artículo 4 prescribe:

Artículo 4°.- Modifícase el artículo 10 de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en los siguientes términos:

²² En su artículo 1, se reconoce que “El presente Reglamento establece los criterios mínimos para la sustentabilidad de los humedales urbanos, para el resguardo de sus características ecológicas y su funcionamiento, y la mantención del régimen hidrológico, tanto superficial como subterráneo, integrando las dimensiones sociales, económicas y ambientales”. Reglamento de la Ley N° 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos.

1) Incorpórase en la letra p), a continuación de la expresión "reservas marinas", lo siguiente: ", humedales urbanos".

2) Reemplázase la letra q), por la siguiente:

"q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados, humedales, o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas;"

3) Sustitúyese, en la letra r), el punto final por la expresión ", y".

4) Agrégase una nueva letra s), del siguiente tenor:

"s) Ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie".

En consecuencia, con dichas modificaciones, el artículo 10 letra p) de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente queda formulado de la siguiente manera:

Artículo 10.- Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, humedales urbanos o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita;

Esta formulación trae como consecuencia que los proyectos o actividades que se emplacen en humedales urbanos, deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Mientras que el artículo 1o letra s) de la misma Ley, en su redacción final queda de la siguiente manera:

Artículo 10.- Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: s) Ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie.

Así, el alcance de esta modificación se traduce en que si los proyectos o actividades son susceptibles de generar impacto en los humedales urbanos, deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

a. Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos

En materia medio ambiental no solo es importante el rol del Estado y las empresas de su propiedad, sino también el que juegan actores no estatales, como las empresas privadas (Informe Anual 2018, página 123). Al respecto, los Principios Rectores de las Naciones Unidas son un instrumento que establece relevantes directrices a fin de que sea observada por los Estados al momento de definir la normativa interna que debe regir a las empresas. Así, en relación a las funciones reglamentarias y normativas del Estado, de carácter general, se indica:

“En cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben:

- a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias;*
- b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas;*
- c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades;*

d) *Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos*²³.

De esta forma, es innegable el valor que cumple el Estado a través del SEA, administrando el SEIA al momento de precaver los impactos ambientales negativos de un determinado proyecto a fin de definir exigencias ambientales adecuadas. Una deficiente evaluación ambiental, eventualmente generará lagunas en el acto regulatorio —en este caso la RCA—, lo que a su vez repercutirá en la inobservancia de los derechos humanos de las comunidades aledañas, presentes en el área de influencia. De tal manera, es deber del Estado examinar si en materia ambiental la normativa se está aplicando de manera eficaz y, de no ocurrir, entonces cuestionar las razones de tal anomalía. Así, es necesario que los Estados “[...] *examinen si estas leyes ofrecen suficiente cobertura habida cuenta de la evolución de la situación, y si generan, junto a las políticas pertinentes, un entorno propicio para que las empresas respeten los derechos humanos*”²⁴.

Por otra parte, en cuanto a la **responsabilidad de las Empresas de respetar los Derechos Humanos**, se han establecido ciertos principios fundacionales, los que operan con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos, sin reducirlas. En efecto, trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos. En tal sentido, los principios fundacionales establecidos al respecto son:

- a) Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación;
- b) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a 16 los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo;

²³ https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

²⁴ Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Naciones Unidas de Derechos Humanos. página 6.

c) La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: (i) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; (ii) **Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.** (Énfasis agregado).

d) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

e) Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: (i) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; (ii) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; (iii) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

Sobre este punto, el INDH ha sostenido, en su **Informe Anual 2015** que el impacto de la acción de las empresas en materia ambiental, así como la potencial afectación de derechos humanos por sus operaciones, también ha ido adquiriendo relevancia a nivel internacional desde la perspectiva de derechos humanos. La adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos por parte de Naciones Unidas (2011) es una muestra de ello, aun cuando los mismos no tengan un carácter vinculante. Así, estos Principios proponen

un marco para la acción que se basa en tres pilares: “a) [l]as actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) [e]l papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) [l]a necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento”²⁵.

2. SOBRE LA CONSULTA INDÍGENA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 6° DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT

2.1 Fuente normativa

El deber de consulta previa encuentra su fuente normativa en el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo²⁶, el que por su naturaleza de tratado internacional deviene en mandato obligatorio para el Estado parte. De igual manera se encuentra contenido en otros instrumentos de carácter internacional, que aún sin tener naturaleza vinculante, expresan un consenso que hace parte de un *corpus iuris*, integrado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁷, el que ha sido fuente de interpretación y desarrollo tanto de la jurisprudencia de la Corte IDH, como de la práctica que surge de su aplicación del instrumento por parte de los órganos internacionales de derechos humanos.

De esta manera, desde la entrada en vigencia del Convenio N°169 de la OIT, pesa sobre el Estado de Chile la obligación de consultar a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de una manera, apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el

²⁵ Informe Anual 2015, p. 173

²⁶ Decreto N° 236 Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 2008 vigente desde el 15 de septiembre de 2009.

²⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General 107ª sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

consentimiento acerca de las medidas propuestas. La consulta siendo un derecho para los pueblos constituye una obligación para los Estados.

Este deber-derecho está recogido en el artículo 6° N°1 letra a) y artículo 6° N°2 del Convenio N° 169 de la OIT, que dispone que:

Artículo 6°: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

1. a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

2.2 Fundamentación de la consulta indígena establecido en el Convenio 169 OIT

La norma del artículo 6° constituye una disposición “primordial” del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno)²⁸.

²⁸ OIT. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>. Según Juan Manuel Salgado el derecho de consulta sería una expresión del derecho a la participación que estaría consagrada en el Convenio bajo diferentes modalidades. Según su clasificación la participación indígena se exige de “manera general” en el tratado bajo los artículo 2.1, 5.c, 6.1.b, 7.1, 7.2, 15.1, 22.2, 23.1 y 27,2; en la modalidad de la “consulta” --que constituye el umbral mínimo de satisfacción

La OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del Convenio, ha destacado que el espíritu de la consulta y la participación constituyen la piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo²⁹.

2.3. Principios del derecho internacional aplicables al deber de consulta indígena

De acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, el derecho a la consulta se encuentra ligada con el derecho de los pueblos interesados a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecta a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y así como también al derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (autodeterminación y autogobierno).

La consulta se vincula igualmente con el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente³⁰. Está enlazada así también con el deber de los gobiernos de velar por

del derecho por cuanto las otras modalidades establecen modos más intensos de control—bajo los artículos 6.1.a, 6.2, 15.2, 17.2 y 28.1; en la variante de la “cooperación” bajo los artículos 5.c, 7.2, 7.3, 7.4, 20.1, 22.3, 25, 27.1 y 33.2; en la modalidad del “control” bajo el artículo 7.1; del “consentimiento libre e informado” en los artículos 4.2, 16.1 y 16.4; en la forma del “requerimiento” bajo los artículos 16.4, 22.3, 23.2; en el modo de “autogestión” en los artículos 25.1 y 27.3; y, por último, bajo la modalidad de “decisión” en el 7.1 (que en rigor constituye una forma directa de autogobierno en su ámbito propio). Cfr. Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, Comentado y Anotado. Comahue: Universidad Nacional de Comahue, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2006, pág. 95 y 96.

²⁹ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuussutissarsiatteqartut Kattuffiat SIK). También, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>

³⁰ Para Irigoyen el derecho de consulta que se contempla en relación a medidas concretas, legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, debe necesariamente complementarse con el derecho más general de los pueblos indígenas a participar, al menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra

que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio ambiente, que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos, debiendo los resultados de estos estudios ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas³¹.

Ahora bien, para la satisfacción de este derecho de acuerdo a lo establecido en el propio Convenio 169 de la OIT – **artículo 6° N°1 letra a) y 6° N°2** - y de acuerdo a lo señalado en los informes de la **Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)** la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones (i) previa, (ii) mediante procedimientos apropiados; (iii) por intermedio de instituciones representativas; (iv) de buena fe; (v) apropiada a las circunstancias; (vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas y (vi) respecto a medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas. A continuación, se analizará cada uno de estos requisitos.

1.- Previa

índole responsable de políticas y programas que les conciernan (artículo 6.1 b) y a participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7.1). La consulta por tanto se encuadra necesariamente en un proceso más amplio donde las decisiones generales (verbigracia, política energética, de comunicaciones, sobre turismo, etc.) que dan el marco general a las medidas concretas que se implemente con la intervención de los pueblos indígenas. Cfr. Irigoyen, Raquel. Tomando en Serio y Superando el Derecho de Consulta Previa: el Consentimiento y la Participación, ponencia presentada en el curso sobre “Consulta Previa”. Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá, octubre 2008.

³¹ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr. 77 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>.

La consulta procede siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena de que se trata, lo que implica que ella debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida³².

El artículo 6 de la OIT exige que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas susceptibles de afectarles directamente³³. La consulta por lo tanto debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva.

2.- Procedimientos apropiados

No hay un modelo de procedimiento apropiado, por lo que se ha sostenido por el CEACR³⁴ que este deberá tener en cuenta a lo menos dos criterios: las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de la medida a ser consultada³⁵.

La validez y legitimidad de los procedimientos adecuados supone un concierto y acuerdo previo entre los propios pueblos interesados. El procedimiento apropiado de esta manera exige que lo sea para los propios pueblos concernidos en el proceso.

En esta línea de pensamiento, los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”³⁶, que debe responder al

³² 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 Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya, 22 de abril de 2009. P.5.

³³ Esto supone, por ejemplo, que las comunidades y pueblos sean involucrados lo antes posible en el proceso, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental.

³⁴ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Pág.53.

³⁵ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Pág.53.

³⁶ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la

objetivo último de establecer un diálogo entre las partes, basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. En los términos de un Comité Tripartito de la OIT³⁷:

“Considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, [y] disminuyen las tensiones sociales, el Comité subraya la necesidad de [los Estados de] desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo. El Comité considera que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua”³⁸

La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento³⁹. Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y transparente⁴⁰. Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren las personas consultadas para poder adoptar una posición, *“para la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus*

Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF) [en adelante, “Reclamación – Brasil], GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42.

³⁷ Op. Cit. 40. P.6.

³⁸ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

³⁹ Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párr. 89.

⁴⁰ Cfr. OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia. Impreso por Dumas-Titoule. 2003, pág.17.

procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”⁴¹.

Se requerirá, en este contexto, garantizar que la consulta sea efectivamente accesible a los pueblos indígenas. Por lo tanto, se deberá tomar en cuenta la diversidad lingüística, lo que es consistente con la obligación impuesta por el art. 12 del Convenio que prevé la obligación estatal de “*garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces*”.

3.- Instituciones representativas

Es importante señalar que, en el caso chileno, la Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, que creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o Ley 19.253 estableció un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (artículos 9 a 11). Así, las comunidades indígenas que gozan de personalidad jurídica, deberán ser consultadas mediante procedimientos apropiados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Sin embargo, esta obligación no puede estar restringida sólo a estas comunidades, en particular si existiera/n otra/s instituciones representativas no constituidas en virtud de dicha ley.

El estándar de la representatividad, de acuerdo a los órganos de control de la OIT constituye “*un requisito esencial de los procedimientos de consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso*”⁴².

⁴¹ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm> párr. 79.

⁴² OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 28.

Se ha señalado, además, que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible y que no deben confundirse las "*instituciones representativas de los pueblos indígenas*" con las "*organizaciones más representativas*" de estos pueblos. Esto implica que se deben realizar procesos de consulta que consideren, por ejemplo, a las autoridades tradicionales y ancestrales de los pueblos involucrados y no sólo a las comunidades u organizaciones establecidas conforme a determinada legalidad. La adecuada implementación de la participación y consulta indígena entraña, en este sentido, un desafío a los propios pueblos indígenas quienes deberán avanzar en definir con plena autonomía, cuáles son sus instituciones representativas que permitan entablar un diálogo genuino y constructivo y de esta manera concurrir a la consulta previa. Para determinar cuáles son dichas instituciones representativas es necesario atender a los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones. Al respecto, la OIT ha destacado esta cuestión señalando que "*lo importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas*"⁴³. De esta manera la obligación de consulta previa implica ciertas cargas o responsabilidades para los propios pueblos indígenas. Estos deben revisar autónomamente sus propias instituciones de manera que faciliten el diálogo intercultural y respeten los principios de proporcionalidad, no discriminación, particularmente en cuanto al género y buena fe.

Ello constituye un componente esencial de la obligación de consulta. Dada la diversidad de los pueblos indígenas, no puede imponerse un solo modelo de institución representativa. Lo importante es que la representatividad sea el fruto de un proceso propio e interno de los pueblos indígenas. Por ello es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados⁴⁴.

4.- Buena fe

⁴³ Cfr. OIT Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. OIT. Ginebra. 2010 Párr. 75, pág. 28.

⁴⁴ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), párr. 61.

Ello implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad. Al respecto e invocando las prácticas normativas del instrumento que surge de su aplicación por parte de la OIT, el Comité considera en relación a la buena fe “(...) *que es consustancial a toda consulta, la instauración de un clima de confianza mutua*”. Lo anterior, con el objetivo de propiciar un dialogo productivo entre las partes.

5.- Apropiaada a las circunstancias

El procedimiento a seguir no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas. Por el contrario, se debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta⁴⁵.

6.- Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas

Debe existir un esfuerzo positivo por obtenerlo. Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común. En razón de lo anterior, podemos señalar que el Estado no satisface el deber de consultar mediante la realización de una reunión de mera información o una audiencia en la cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas no pudieron instaurar un intercambio auténtico con continuidad y tiempo para al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos.

La **Comisión** ha realizado aclaraciones en torno a este punto, con el objetivo de ayudar a los gobiernos a aplicar de manera efectiva el Convenio y a los pueblos indígenas y tribales a gozar

⁴⁵ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Estado de México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares (STIMAHCS), párr. 44.

de la protección y beneficios del Convenio. Así el año 2010 señaló: “(...) [d]e todo lo anterior se desprende que, las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto, ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”⁴⁶.

Así, como lo estipula el Artículo 6(2), las consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el Convenio 169 no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente⁴⁷. Por otra parte, los órganos de control de la OIT han manifestado claramente que una simple reunión informativa en la que se escucha a los pueblos indígenas sin posibilidades de que influyan en la adopción de decisiones, no puede considerarse que cumple con las disposiciones del Convenio. La aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse.

7.- Medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a Pueblos Indígenas

La consulta de los pueblos indígenas se erige, por lo tanto, en obligación general en virtud del Convenio, cada vez que haya medidas legislativas o administrativas que son susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos. Dichas medidas pueden referirse, por ejemplo, a la elaboración de legislación nacional relativa a consultas o a la construcción de infraestructura vial en las tierras de una comunidad indígena específica. Además, el Convenio subraya particularmente la necesidad de consultar en ciertas circunstancias que incluyen la consulta previa a la prospección o la explotación de los recursos del subsuelo y a la reubicación y la enajenación de tierras.

⁴⁶ CEACR. Observación 2010/81. Página 11. [Disponible en línea] <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_305844.pdf>

⁴⁷ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2013

Lo anterior resulta conforme con la experiencia de la **Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)** quien destacó en su **Observación General de 2009 dos principales desafíos**: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y prospección de recursos naturales.

3. OTRAS CONSIDERACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO-DEBER DE CONSULTA INDÍGENA

Sobre los estándares internacionales sobre el derecho-deber consulta expuesto *supra*, cabe señalar, a mayor abundamiento, lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su opiniones consultivas y en los Informes derivados del conocimiento de casos, las consideraciones de la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos indígenas; otros órganos de control de tratados emitiendo opiniones sobre los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia, junto con lo prescrito en declaraciones internacionales, donde se ha señalado lo que se expone a continuación.

1.- En relación a la fuente normativa

La consulta, junto con la participación, han sido reconocidas como derechos en el *soft law*. Así la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁸, que en su artículo 18 prescribe que “*Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de*

⁴⁸ Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

decisiones”. Así también su artículo 19 establece que “*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*”. Asimismo, su artículo 30 señala que los Estados “*Celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo*”.

Por otro lado, el anterior Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya⁴⁹ ha recordado que este deber se encuentra regulado también por otros instrumentos internacionales de carácter general de los que Chile es parte, entre los que se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁰. Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño⁵¹, el Comité de Derechos Humanos⁵², el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁵³, y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal⁵⁴, han formulado un llamado al Estado a celebrar procesos de participación que consideren la consulta previa a los pueblos indígenas en todas aquellas materias de índole administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente.

Ahora, a nivel del sistema interamericano de derechos humanos el derecho a la participación de los pueblos indígenas, ha sido concebido tanto por la Comisión como por la Corte

⁴⁹ James Anaya Relator Especial sobre Pueblos Indígenas (2008- 2014).

⁵⁰ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N°169 OIT”, Chile, Noviembre de 2012. Párrafo 23.

⁵¹ Comité de Derechos del Niño. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. Párr.62 c.

⁵² Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5. 18 de mayo 2007, párr.62 c.

⁵³ Comité para la eliminación de la discriminación racial. Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 23.

⁵⁴ Examen periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 19 c.

Interamericana, como parte comprensiva del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que preceptúa el derecho a la participación política⁵⁵. Lo señaló la Corte en el Caso *Yatamana vs. Nicaragua* y lo reiteró la Comisión IDH al sostener que “*En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos (...) desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización*”⁵⁶.

Por otra parte, la Comisión IDH ha reafirmado que “**El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que pueden afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbre de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio**”^{57,58}.

⁵⁵ **Artículo 23. Derechos Políticos** 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

⁵⁶ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 274.

⁵⁷ Ídem, párrafo 276.

⁵⁸ También la Corte IDH, ha reconocido el derecho de consulta como garantía del derecho de propiedad indígena y como elemento indispensable para su supervivencia grupal. Así lo ha sostenido en relación a la obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios de propiedad comunal. Véase los casos de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay y caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, la Corte ha sostenido uniformemente que la consulta previa a la delimitación y, en su caso, elección y entrega de tierras alternativas, no puede quedar entregada “*A criterios meramente discrecionales del Estado, [sino que] deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio N° 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con*

De esta forma, en el ámbito interamericano, al desarrollo jurisprudencial se suma el esfuerzo de los Estados miembros de la OEA por consensuar una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que incluye la obligación de facilitar *“la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos”*. Agregándose que *“Las instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de esos pueblos”*⁵⁹.

A mayor abundamiento, los órganos de control de tratados emitiendo opiniones sobre los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia han igualmente instado a los Estados Partes a realizar consultas con los pueblos indígenas susceptibles de verse afectados con medidas de carácter administrativo o legislativo. Así, el Comité de Derechos Humanos⁶⁰ ha formulado recomendaciones precisas en orden a realizar consulta previa en relación a la concesión de licencias de explotación en territorios indígenas; del mismo tenor son las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño⁶¹ que ha recomendado al Estado a velar por que el programa intercultural bilingüe para los pueblos indígenas, se expanda y que en este punto *“mantenga consultas con las comunidades indígenas a fin de evaluar ese programa”*. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en relación al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas llama al Estado a llevar a cabo este proceso mediante *“(…) una consulta efectiva con todos los pueblos indígenas, de conformidad con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y con el Convenio N°*

los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derechos consuetudinario”. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que la consulta previa no sólo constituye un deber convencional, sino que es también un principio general del Derecho Internacional.

⁵⁹ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consejo Permanente de la OEA/Ser.K/XVI.OEA GT/DADIN/doc.407/11 rev. 1 27 de abril de 2011. Art. XVII.

⁶⁰ Comité de Derechos Humanos CCPR/C/CHL/CO/5 17 de abril de 2011, párr.19 literal c.

⁶¹ Observaciones Finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62.33.

169 de la OIT⁶², y que adopte las medidas efectivas y necesarias para que los pueblos indígenas participen “*En todas las áreas, incluyendo proyectos legislativos, que pudieran afectar sus derechos*”⁶³.

Por su parte, el Relator Especial, James Anaya, sobre su visita de trabajo a Chile realizada del 5 a 9 de abril de 2009, reiteró que “(...) *debido a la importancia central que tiene el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas para el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales, el Relator Especial observa que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, es uno de los principales desafíos a enfrentar en Chile. A este respecto, el Relator Especial enfatiza que un aspecto fundamental del Convenio No 169 de la OIT es la obligación de los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos*”⁶⁴, y que en materia de institucionalización del mecanismo de consulta, se debía llevar a cabo “*una consulta sobre la consulta*” para determinar el procedimiento estable y definitivo, de conformidad a los estándares internacionales en esta materia⁶⁵. El Estado ha asumido este llamado y ha realizado esfuerzos en esta dirección, los que se han plasmado en el Decreto Núm. 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT, que entró en vigencia el 4 de marzo del año 2014⁶⁶.

Finalmente, a nivel de la jurisprudencia comparada, el derecho a la consulta ha sido caracterizado por la Corte Constitucional de Colombia como un verdadero derecho

⁶² Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr.16.

⁶³ Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr.16.

⁶⁴ A/HRC/12/34/ADD.6, 5 de octubre de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Párr.10.

⁶⁵ A/HRC/12/34/Add.6,5 de Octubre de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hecha por el Relator Especial anterior. Párr.11.

⁶⁶ Adicionalmente se cuenta actualmente con el Decreto Núm., 40 del Ministerio del Medio Ambiente que regula la consulta indígena en el marco del Sistema de Evaluación del Sistema de Impacto Ambiental.

fundamental para los pueblos indígenas. Esta alta Corte, ha señalado a propósito de la explotación de recursos naturales dentro una comunidad indígena que *“La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*⁶⁷. De ahí que *“La participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados (...), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”*⁶⁸.

Así, satisfacer adecuadamente esta obligación, de acuerdo a lo más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, no sólo tiene sus fuentes en el cuerpo de normas

⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte "tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación". En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que “la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU039-97.doc.

⁶⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte "tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación". En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que “la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009].

convencionales, sino que igualmente estimado hoy, un Principio General del Derecho Internacional⁶⁹.

2.- Fundamentación del derecho-deber a la consulta indígena

En relación al fundamento del derecho-deber de consulta, el Relator de la ONU sobre la materia, **James Anaya**, ha señalado que, este supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos⁷⁰. Este deber, se asienta en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente. Como ha afirmado **Anaya**, *“el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”*⁷¹.

Por otra parte la jurisprudencia comparada, ha señalado sobre la justificación de la consulta indígena, que esta se enmarca dentro del derecho a la participación de los pueblos indígenas, formando parte de un diseño institucional encaminado a permitir a los pueblos a conservar su

⁶⁹ Corte IDH. Pueblo Indígena de Sarayaku Vs Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 164.

⁷⁰ Cfr. Anaya, James. Los pueblos indígenas..., op. citada supra, pág. 148. Anaya, analizando el concepto de pueblo y autodeterminación, señala que la idea de pueblo no se agota en la estatalidad. Identificar ambos conceptos sería muy reductivo además de anacrónico. Para él “los retos planteados por la existencia de grupos diferenciados dentro de las estructuras de poder más amplias no son tanto demandas de autonomía absoluta como esfuerzos por mantener la integridad del grupo, así como replantear los términos del proceso de integración o de reorientar la dirección de éste”.

⁷¹ **Anaya, James**. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo [en línea]. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009 [ref. 4 de abril de 2010]. Disponible en la web: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf.

carácter diferenciado en esferas de decisión que van más allá de su ámbito de decisión autónoma⁷².

3.- Sobre las condiciones que debe satisfacer la consulta indígena

Como señalamos *supra*, la consulta indígena debe al menos satisfacer las siguientes condiciones: (i) previa, (ii) mediante procedimientos apropiados; (iii) por intermedio de instituciones representativas; (iv) buena fe; (v) apropiada a las circunstancias; (vi) finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Se analizará las condiciones señaladas en los números (ii), (iii), (iv) y (vi), en relación a las consideraciones que al respecto han emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos indígenas como otros órganos de control de tratados emitiendo opiniones sobre los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia.

3.1. Procedimientos Adecuados

Sobre este requisito, la Corte IDH ha señalado que las consultas a los pueblos indígenas “*deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones*”⁷³. El carácter adecuado implica que “*la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión*”⁷⁴.

Mientras que el Relator Especial, ha sostenido en este punto que “*se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manea que se adapte a sus modelos culturales y*

⁷² ANAYA, JAMES. Los pueblos Indígenas en el Derecho Internacional, Madrid, Trotta, 2005, página 232.

⁷³ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.201.

⁷⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 202.

*sociales (...) si eso no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación*⁷⁵.

3.2. Instituciones representativas

En relación a las instituciones representativas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam* ha señalado: “*Es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal*”⁷⁶.

En este orden el ex Relator Stavenhagen, señaló que “*los pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda*”⁷⁷. De acuerdo al Relator Especial en relación a los criterios mínimos de representatividad se debería tener en cuenta: a) el alcance de las medidas a ser consultadas; b) atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; c) las distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y por último, conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, y d) deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género⁷⁸.

3.3. Sobre la Buena Fe

⁷⁵ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, Apéndice A, párr. 33.

⁷⁶Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 18.

⁷⁷ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15 15 de noviembre de 2007. párr. 23.d).

⁷⁸ Cfr. James Anaya. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. cit, párr. 31.

Sobre este requisito, el anterior Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en “*que ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado*”⁷⁹.

3.4 Sobre la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr consentimiento.

Conforme a dos Declaraciones - la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana de Pueblos Indígenas –ambos documentos no vinculantes; y además la jurisprudencia de la Corte IDH, existen ciertas circunstancias especiales en las que no basta la mera consulta, sino que es necesario contar con el consentimiento de las comunidades indígenas. Estas situaciones son: a) cuando se pretenda utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares; b) cuando nos encontramos ante proyectos de inversión o de desarrollo que generen un impacto mayor en las tierras y territorios indígenas y c) almacenamiento y/o eliminación de residuos peligrosos en sus tierras o territorios.

1) Cuando se pretenda utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares

De acuerdo a lo señalado en el artículo 30 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas:

⁷⁹ Cfr. Anaya, James. Principios Internacionales Aplicables a la Consulta. Op. cit., párr. 31.

“1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.” (Destacado nuestro)

Así, el numeral 2 del artículo 30 señala que *“Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.*

En el mismo sentido la Declaración Americana de Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General del año 2016, que establece:

“No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado”.

2) Cuando nos encontremos ante proyectos de inversión o de desarrollo que generen un impacto mayor en las tierras o territorio indígena

En relación a este punto la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 32 N°2 que:

Artículo 32

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

En el mismo sentido la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) en su artículo XXIX, establece que:

4. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar

cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

En relación a este punto la Corte Interamericana, señaló en el caso Comunidad Indígena Saramaka Vs Surinam, en un sentido similar, que:

“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis”⁸⁰⁸¹.

4. SOBRE LAS TIERRAS Y EL TERRITORIO INDÍGENA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.

Al respecto, cabe hacer, además, unas consideraciones en relación a las tierras y territorios indígenas, según lo señalado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y especialmente de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT.

Para los pueblos indígenas el derecho sobre las tierras está revestido de ciertas notas distintivas que lo diferencian de la concepción clásica del dominio, referidas a su fundamento, su naturaleza y la extensión de sus contenidos y atributos. En primer lugar, su fundamento no descansa en la existencia de un título o registro oficial del Estado, sino en la ocupación y el uso

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Serie C N° 172. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Párrafo 82.

⁸¹ En el mismo sentido, el ex Relator Especial James Anaya, agregó que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de las comunidades en las situaciones relativas “al establecimiento de proyectos de extracción de recursos naturales en tierras de pueblos indígenas y otras situaciones en que los proyectos podrían tener una repercusión social o cultural importante en las vidas de los pueblos indígenas de que se trata”.

tradicional que de las tierras y territorios han hecho o hacen los pueblos indígenas⁸². En ese sentido, el artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT.

Artículo 14.1: *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.*

En segundo término, este derecho posee una dimensión individual y también colectiva, en relación con la necesidad de resguardar la propiedad comunitaria y otras formas tradicionales de posesión y dominio.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que no obstante las dificultades que representa para los ordenamientos jurídicos la adopción de procedimientos adecuados para reconocer la ocupación tradicional como fuente del derecho de propiedad y posesión, ello es la *“piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. Así, si bien el concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional, no es menos cierto que debe ser aplicado”*⁸³.

Reconocido el derecho de los pueblos indígenas, en los términos ya señalados, pesa sobre el Estado la obligación de ofrecer seguridad y estabilidad jurídica a estos. Sobre todo, en razón que la noción de territorio indígena se incorporó al ordenamiento jurídico chileno por la vía de la ratificación de tratados internacionales, particularmente, del Convenio 169 de la OIT. En efecto, este Convenio dispone que:

⁸² Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación Perú, 2003, párr. 7. En: Organización Internacional del Trabajo (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica. Ginebra, 2009, pág. 94. Ver también: Corte IDH Sentencia Caso Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr.151 y Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 112, y Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr.98.

⁸³ Conferencia Internacional del Trabajo. Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, 2009, pág. 742.

Artículo 14.2: “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

Satisfacer adecuadamente la obligación de reconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado, pero que no están exclusivamente ocupadas por ellos y cuyo dominio reivindican, implica, dados los patrones históricos de ocupación y colonización, enfrentar conflictos de intereses y derechos con terceros poseedores de buena fe, quienes cuentan con títulos inscritos de larga data. Ante este conflicto entre propietarios particulares y pueblos indígenas (ambos amparados por el derecho de propiedad), el Convenio 169 obliga al Estado a dotarse de “*procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar la reivindicación de tierras formuladas por los pueblos interesados*”⁸⁴.

Una arista relevante es la relacionada a **los derechos culturales de los pueblos indígenas y su vínculo con las tierras y territorio**. Al respecto la CIDH ha señalado que:

“160. La perpetuación de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales también depende del reconocimiento de las tierras y territorios ancestrales. La estrecha relación entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentran es un elemento constitutivo de su cultura en tanto forma de vida particular. Los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los sitios ceremoniales o rituales vinculados a la ocupación y uso de sus territorios físicos constituyen un elemento intrínseco del derecho a la identidad cultural. La falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria, por lo tanto, perjudica la preservación de las formas de vida, costumbres e idioma de las comunidades indígenas y tribales. Para los pueblos indígenas y tribales, la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de

⁸⁴ Artículo 14.3 Convenio 169 OIT.

la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía.

161. Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho, en este orden de ideas, a que el Estado les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así (...) preservar su identidad cultural. Al no garantizar el Estado el derecho de propiedad territorial de las comunidades indígenas y sus miembros, se les priva no sólo de la posesión material de su territorio sino además de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Por ello, en virtud del artículo 21 de la Convención Americana, la garantía del derecho a la propiedad territorial es un medio para preservar la base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas. Las limitaciones al derecho de propiedad indígena también pueden afectar el derecho al ejercicio de la propia religión, espiritualidad o creencias, derecho que se reconoce en el artículo 12 de la Convención Americana y el artículo III de la Declaración Americana. Los Estados tienen la obligación de garantizar a los pueblos indígenas la libertad de conservar sus formas propias de religiosidad o espiritualidad, incluyendo la expresión pública de este derecho y el acceso a los sitios sagrados”.

La Corte IDH, explicó, en el caso **Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**⁸⁵, que la pérdida de la identidad cultural por falta de acceso al territorio ancestral surte un impacto directo sobre los derechos de los niños y niñas de las comunidades desposeídas:

“261. Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido el artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma. (...) Asimismo, este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados

⁸⁵ Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 261-263.

de promover y proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas. (...) En ese sentido, la Corte considera que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos”.

En un sentido similar, la Corte IDH vinculó en el caso **Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**⁸⁶ que la falta de reconocimiento de las tierras y territorios comunitarios acarrea una pérdida de sus prácticas culturales y medicinales.

168. En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad (supra párr. 50.100).

Finalmente en un reciente caso del 2020 “**Comunidad indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs Argentina**”⁸⁷ la Corte IDH, destacó esta relación, a través de la recopilación de diferentes pronunciamientos al respecto:

⁸⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 168.

“249. Sobre el particular, es pertinente tener en consideración que el Comité DESC expresó que: La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural. Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos.

250. Por otra parte, es importante destacar que el manejo por parte de las comunidades indígenas de los recursos existentes en sus territorios debe entenderse, al menos en términos apriorísticos, favorable a la preservación del ambiente. Esta Corte ha considerado que: los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Por lo expuesto, el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes.

251. Adicionalmente, corresponde tener en cuenta lo que ha explicado el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que el derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura, “puede [...] guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”, como es el caso de los miembros de comunidades indígenas. El derecho a la identidad cultural, puede manifestarse, entonces, de diversas formas; en el caso de los pueblos

⁸⁷ Corte IDH. Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 247 y ss.

indígenas se observa, sin perjuicio de otros aspectos, en “un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres [...]. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”. En la misma línea, la Corte ya ha tenido oportunidad de advertir que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios (supra párr. 94). De modo concordante, el Grupo sobre el PSS ha notado que “el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas”.

A modo de resumen de este apartado, podemos señalar que, al desconocer el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus territorios, “*se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros*”⁸⁸.

A raíz de lo expuesto *supra* se concluye que el deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas obliga a todos los órganos del Estado cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT y de lo prescrito en el Título V “Sobre la Participación” de la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo indígena y de lo señalado en el Decreto 66 de 4 de marzo de 2014, Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6° N°1 letra A) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

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

⁸⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

En el mismo sentido el artículo 7° del Decreto N°66 que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra A) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización del Trabajo:

Artículo 7°.- Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. *Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente*

Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.

En ese marco, corresponde al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional, no obstante la plena vigencia del derecho de consulta, establecer mecanismos institucionalizados que permitan garantizar un procedimiento adecuado que de plena certeza a los pueblos concernidos bajo los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores.

Así, si después de considerar los argumentos de hecho y de derecho expuesto por las partes, esta Excelentísima Corte determina que nos encontramos frente una medida administrativa que requiere consulta indígena, podrá ordenar que esta se realice la consulta establecida en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la normativa doméstica, tomando en consideración los estándares internacionales y nacionales de Derechos Humanos aquí expuestos.

POR TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

Solicito a SE.: Tener presente en su resolución los estándares desarrollados en el presente *amicus curiae*, en caso de estimarlo pertinente.

PRIMER OTROSÍ: Hacemos presente a SSI. que la legitimación activa para estos efectos, está dada por el artículo 2° de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante INDH, el dispone que El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas respectivamente en los números 2, 4 y 5 del artículo 3° de la Ley 20.405: “*Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y, - Promover que las prácticas nacionales se armonicen con*

los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva; - Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia”.

POR TANTO, Solicito a SE.: tenerlo presente.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S.I, tener por acompañados los siguientes documentos en los cuales consta mi personería para actuar por el INDH:

- a) Copia de la reducción a escritura pública Repertorio N° 11138-2010 de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos de fecha 30 de julio de 2010, suscrita ante el Notario Público de Santiago Ma. Loreto Zaldívar Mackenna.
- b) Copia de la Resolución Exenta N° 219-2019, de fecha 29 de julio de 2019 del INDH, que da cuenta el nombramiento de don Sergio Micco Aguayo, como Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- c) Mandato judicial suscrito por el Director del INDH, don Sergio Micco Aguayo, firmado con fecha 29 de agosto de 2019, ante don R. Alfredo Martín Illanes, Notario Público Titular de la Décimo Quinta Notaría de Santiago, y anotado en su repertorio bajo el N° 3649-2019, y cuenta con Firma Electrónica Avanzada, Código de Verificación N° 123456804341.

POR TANTO, En mérito de lo expuesto,

SOLICITO A S.S.EXCMA.: Tener por acompañados dichos documentos.

