

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN CHILE, EN
ESPECIAL SOBRE EL DERECHO DE CONSULTA**

TANIA CONSTANZA MOHR AROS

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

PROFESOR PATROCINANTE: Yanira Zuñiga Añezco

VALDIVIA – CHILE

2012

ÍNDICE

I.-	INTRODUCCIÓN.....	4
II.-	CAPÍTULO I: EL CONVENIO 169 DE LA OIT.....	5
	2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL CONVENIO 169.....	5
	2.1.1 <i>El indigenismo en América Latina.....</i>	5
	2.1.2 <i>La labor de la OIT previa al Convenio 107.....</i>	6
	2.1.3 <i>El Convenio 107 de la OIT.....</i>	6
	2.1.4 <i>El Convenio 169 de la OIT.....</i>	8
	2.1.5 <i>La supervisión de la OIT.....</i>	9
	2.1.6 <i>Mención a la Relatoría Especial de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas.....</i>	11
	2.2 LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.....	12
	2.2.1 <i>El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....</i>	12
	2.2.2 <i>El proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....</i>	13
	2.2.3 <i>Relatoría Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.....</i>	14
	2.3 LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNO CHILENO.....	14
	2.3.1 <i>La ley n° 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.....</i>	14
	2.3.2 <i>Proyectos de Reforma Constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas.....</i>	16
	2.3.3 <i>Ratificación del Convenio 169 de la OIT.....</i>	17
III.-	CAPÍTULO II: LOS DERECHOS COLECTIVOS Y EL CONVENIO 169.....	18
	3.1 LA INQUIETANTE NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS QUE ESTABLECE EL CONVENIO.....	18
	3.2 LA TENDENCIA DEL MULTICULTURALISMO.....	19
	3.3 LOS DERECHOS COLECTIVOS FRENTE A LA TRADICIÓN CLÁSICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	20
	3.3.1 <i>La historia como argumento para rechazar los derechos colectivos</i>	22
	3.3.2 <i>La dignidad como característica propia del individuo y sus derechos, y la falta de un criterio que motive los derechos colectivos.....</i>	23
	3.3.3 <i>La expresión de voluntad de las colectividades.....</i>	24
	3.3.4 <i>El temor de eventuales transgresiones a los derechos individuales...</i>	25
	3.3.5 <i>El constante roce con lo colectivo.....</i>	25
	3.4 LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS.....	25

IV.-	CAPÍTULO III: LA CONSULTA COMO PIEDRA ANGULAR DEL CONVENIO 169.....	28
	4.1 CONTENIDO Y ELEMENTOS DEL DERECHO DE CONSULTA.....	28
	4.2 IMPLEMENTACIÓN Y REGULACIÓN DE LA CONSULTA EN CHILE.....	30
	4.2.1 <i>Obligación de los Estados en su implementación</i>	30
	4.2.2 <i>Regulación de la consulta en Chile</i>	31
	4.2.2.1 El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la consulta.....	31
	4.2.2.2 La concretización de la consulta en Chile.....	32
	4.3 APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN CHILE: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL JUDICIAL CHILENO.....	36
	4.3.1 <i>Jurisprudencia comentada</i>	36
	4.3.2 <i>Tendencias en nuestros Tribunales Superiores de Justicia</i>	42
	a) La consulta recogida en la LBGMA.....	42
	b) La RCA no es medida administrativa en los términos del Convenio.....	45
	4.4 BREVE REFERENCIA A LA EXPERIENCIA COMPARADA.....	46
	4.4.1 <i>Colombia</i>	46
	4.4.2 <i>Ecuador</i>	47
V.-	CONCLUSIONES.....	49
VI.-	BIBLIOGRAFÍA.....	51

I.- INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo, la discusión acerca de los derechos de los pueblos indígenas estuvo anulada al interior de los Estados. Las incipientes políticas estatales que desplegó América Latina, orientadas a los pueblos indígenas en los albores de los Estados Americanos, dieron cuenta de un sometimiento a la autoridad antes que a una señal de reconocimiento y protección de derechos.

No fue sino en el escenario del derecho internacional y más propiamente con la actuación de la Organización Internacional del Trabajo – en adelante OIT- que se abrió el debate sobre la realidad de los pueblos indígenas. Desde principios del siglo XX, la OIT ha recorrido un largo camino de protección de los pueblos indígenas y sus derechos, alzándose en la actualidad como garante de ellos.

La presente investigación tiene por objeto examinar el instrumento internacional más reciente emanado de la OIT, esto es, el Convenio 169. Para comprender la evolución que se ha experimentado en la materia, se partirá por exponer sucintamente el contexto latinoamericano en sus inicios y la labor de la OIT con anterioridad al Convenio 169, para luego entrar de lleno en el estudio de su contenido. Asimismo, se tocará levemente la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano y en el derecho interno chileno.

A pesar de que este Convenio lleva más de 20 años vigente, su incorporación en nuestro país es relativamente nueva, dado el extenso período de ratificación que motivó en el Congreso Nacional. Hoy, su implementación y aplicación han representado un innegable desafío para el Estado chileno, que se ha visto reforzado por la presencia de una categoría diversa de derechos en el Convenio: los colectivos. Esta novedosa categoría de derechos, desconocida para la tradición clásica de derechos fundamentales que se erige sobre la existencia y el reconocimiento de derechos individuales, y de la cual nuestro país es parte, es resistida por parte considerable de la doctrina por implicar una abierta oposición a la tradición imperante en occidente. Es por ello, que en vista de la conflictiva recepción de esta clase de derechos en un sistema de derechos fundamentales como el nuestro, se tomará este aspecto como una posible razón que ponga en jaque el cumplimiento del Convenio y su contenido dentro del Estado chileno.

Lo anterior, se centrará en uno de los derechos más controvertibles del Convenio: el derecho de consulta. En efecto, el propósito de este trabajo consiste en determinar si Chile, a poco andar del Convenio, cumple con los principios inspiradores y el estándar propugnado por éste, especialmente en lo que dice relación con el derecho de consulta. En consecuencia, se estudiará la normativa interna chilena dictada para poner en práctica el derecho de consulta como también aquella que, con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, ya se encontraba en nuestro Derecho interno y se ha utilizado para el mismo fin. Del mismo modo, se analizará la aplicación del derecho de consulta por parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia y ligeramente su aplicación e implementación en Colombia y Ecuador.

Todo, con miras a establecer si efectivamente se cumple con el derecho de consulta consagrado en el Convenio 169 de la OIT.

II.- CAPÍTULO I: EL CONVENIO 169 DE LA OIT

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL CONVENIO 169

2.1.1 *El indigenismo en América Latina*

Si escudriñamos en la historia, buscando el momento en que – al menos en el continente americano- comenzó el vínculo de los pueblos indígenas con un ente como el Estado, nos remontaríamos al descubrimiento de América por Colón. Un vínculo que conllevó, ya desde entonces, una relación de jerarquía, marcada por una fuerte resistencia por parte de los pueblos originarios.

A juicio de ORDÓÑEZ, este hito histórico no sólo fue la apertura de la tenacidad de los pueblos indígenas y la opresión a la que se vieron sometidos sino que también dio inicio a las “políticas indigenistas” en el siglo XVI, las que se reducían a una negación de derechos de los pueblos indígenas en atención a su incapacidad e inferioridad como para conducirse por sí mismos¹.

DÍAZ - POLANCO² ha distinguido tres etapas en el indigenismo:

- a) Aquella asociada al régimen colonial, que se caracterizaba por una división de la sociedad en dos grupos: colonizadores y colonizados, y que es producto de un sentimiento de superioridad por parte de los primeros, quienes segregaron social y políticamente al indígena a través de prácticas opresivas y explotadoras en trabajos forzados; trasladando, concentrando o dispersando a la población indígena en interés de los colonizadores; guerras de ocupación e incluso, buscando ‘domar a las bestias’ por medio de la evangelización.
- b) Aquella aplicada luego de la independencia, durante el siglo XIX y parte del XX, y en donde la nación quedó a cargo de las elites criollas y el mestizaje, ambos con ideas contrapuestas. Pues, mientras el criollismo buscaba excluir a las poblaciones indígenas y al mestizaje de la labor nacional por considerarlos indignos de ella, el mestizaje inspirado en las ideas liberales del siglo XIX perseguía incorporar a las poblaciones indígenas a la nación que se iba forjando. Sin embargo, el concepto de nación en Latinoamérica, igualmente se fue elaborando con prescindencia de los grupos indígenas.
- c) Aquella que desarrollan los Estados latinoamericanos a partir de mediados del siglo XX y que se erigen como un proceso gradual, mediante el cual, se debe integrar a las poblaciones indígenas a la vida nacional por cuanto, éstas por sí solas, estarían condenadas a desaparecer en un clima de marginación y pobreza. Así las cosas, se concibe al estado natural de éstas como una forma de atraso que los mantiene al margen del progreso del que goza el resto de la nación y por ello, a través de herramientas como la educación se debe propiciar el desarrollo y evolución de ellas, preservando los aspectos positivos de cada cultura pero transformando los negativos en miras de su propio bienestar. Esta concepción perseguía, a fin de cuentas, una unificación u homogenización cultural para poder obtener una nación moderna.

¹ Cfr. Ordoñez, Carlos, “Tradición y modernidad. Encuentros y desencuentros de los pueblos indios frente al indigenismo y los procesos de globalización”, en *Pueblos indígenas y derecho étnicos*, VII Jornadas Lascasianas Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Núm. 5, México, 1999, pp. 139 – 140. Documento en línea, disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/98/10.pdf>>, visitado el 23 de agosto de 2011.

² Cfr. *Ibid.*, pp. 140 – 154.

Respecto de las etapas anteriormente descritas, AGUIRRE³ las ha denominado como “segregación”, “incorporación” e “integración”, respectivamente. Esta última fase, resulta relevante pues respondería a los criterios plasmados en el primer instrumento internacional que reguló las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados, esto es, el Convenio 107 de la OIT⁴.

2.1.2 La labor de la OIT previa al Convenio 107

Como ya se anunció, el Convenio 107 de la OIT fue el primer convenio internacional que codificó las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados independientes en distintas materias. Sin embargo, no fue el primero en demostrar la preocupación que este organismo guardaba frente al asunto, puesto que con antelación a su adopción, la OIT ya había iniciado una tarea de regulación y protección –aunque abocada al área laboral- hacia los pueblos indígenas.

Es así que, desde 1921, la OIT se plantea la necesidad de desarrollar estudios sobre las condiciones laborales de los trabajadores indígenas. Medida que fue seguida por una serie de acciones como la creación de la Comisión de Expertos en Trabajo Nativo de 1926 y la celebración de una serie de Conferencias de los Estados de América Miembros de la OIT a partir de 1936 y de las que se obtuvieron propuestas enfocadas en el examen de la realidad económica y social de los indígenas, además de propuestas de creación de comisiones encargadas de las cuestiones indígenas y de sus problemas sociales, entre otros. En conjunto con estas acciones, la OIT también elaboró numerosos convenios y recomendaciones dirigidos a la protección del trabajador indígena^{5 6}.

Ahora bien, como se ve, toda esta campaña de protección del indígena, sólo apunta a una protección contextualizada, cual es el indígena como trabajador. Por consiguiente, sólo con el Convenio 107, la OIT migra desde un interés puramente laboral a un interés pluritemático que aborda al indígena en distintos contextos como la relación con sus tierras, educación, salud, etc. y que se explica por un proceso de expansión de las tradicionales funciones de supervisión de la OIT y el deseo de consagrar estándares de trato hacia los pueblos indígenas⁷.

2.1.3. El Convenio 107 de la OIT

El Convenio 107 fue adoptado en 1957 y ratificado por 27 países, entre los que no figura Chile. La idea original acerca de este instrumento, no contemplaba la creación de un convenio sino de una recomendación, que como tal, no era vinculante y sólo era idónea como guía para los países miembros y sus políticas públicas. Sin embargo, luego de examinar la viabilidad del

³ Cfr. Ordoñez, Carlos, *op. cit.*, p. 140.

⁴ Cfr. Ordoñez, Carlos, “Derechos Humanos de los pueblos indios” en *Etnicidad y derecho: Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, V Jornadas Lascasianas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Núm. 4, México, 1996, p. 218. Documento en línea, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/253/12.pdf>>, visitado el 26 de agosto de 2011.

⁵ Cfr. González, Jorge, “El reconocimiento del derecho indígena en el convenio 169 de la OIT” en Ordóñez, José Emilio (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, IX Jornadas Lascasianas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2000, pp. 81- 84. Documento en línea, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/91/8.pdf>, visitado el 26 de agosto de 2011.

⁶ A modo de ejemplo, encontramos el Convenio 50 sobre reclutamiento de trabajadores indígenas de 1930 o el Convenio 64 sobre los contratos escritos de trabajo en la lengua original de los trabajadores de 1939, entre tantos otros.

⁷ Cfr. Mereminskaya, Elina. “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas” en *Centro de Estudios Públicos*, Núm. 121, Chile, 2011, pp. 217 – 220. Documento en línea, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4768.html, visitado el 2 de septiembre de 2011.

mismo, se votó a favor de que el documento asumiera la calidad de convenio, dejando algunos aspectos para una recomendación⁸.

El Convenio tuvo una estructura bastante similar al Convenio 169 -que vendría a ser la corrección del primero- en lo sustantivo. Así, destinó seis capítulos a la regulación de asuntos como las tierras, donde se estableció el deber de reconocimiento del derecho de propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por las poblaciones aborígenes, tribales o semitribales, junto con establecer disposiciones referentes al traslado de sus tierras habituales, a la transmisión del derecho de propiedad y a la ejecución de programas agrarios estatales.

Igualmente, la OIT continuó con su rol tradicional, consagrando normas relativas a la contratación y condiciones de empleo, brindando una protección especial al trabajador aborígen con el objeto de evitar posibles discriminaciones.

Se reglamentó la formación profesional, artesanía e industrias rurales fundadas en una igualdad de oportunidades y en un desarrollo sin detrimento de su patrimonio cultural.

En cuanto a la educación, se establece un deber del estado en orden a asegurar la posibilidad de adquirir educación -adaptada a las poblaciones y basada en conocimientos y habilidades generales para facilitar la integración a la vida nacional- en todos los grados y en igualdad de condiciones que el resto de la colectividad nacional, además -y como reflejo de la política integracionista- se busca una transición progresiva de la lengua materna o vernácula a la lengua o una de las lenguas oficiales del país, pero intentando a la vez, preservar dicha lengua.

Por último, en el capítulo final se hace un llamado a la autoridad gubernamental responsable para que ponga en marcha medidas tendientes al desarrollo social, económico y cultural de las poblaciones.

Ahora, si bien el Convenio 107 resulta bastante parecido al Convenio 169, tratando ambos casi la misma gama de asuntos, el contenido e inspiración del primero está impregnado de una visión opuesta al segundo, y de la cual algo ya se adelantó, cual es la política integracionista.

En efecto y sin ir más lejos, el Convenio 107 de la OIT se tituló como aquel relativo a “la protección y la *integración* de las poblaciones aborígenes y otras tribales y semitribales en los países independientes”. Asimismo, en el preámbulo del instrumento, se señala que en diversos países existen poblaciones que “no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutan los otros elementos de la población”. Con la misma lógica, entonces, se identifica a los titulares del convenio con aquellas poblaciones cuyas condiciones socioeconómicas correspondan a una etapa menos avanzada que aquella obtenida por el resto de la colectividad nacional; y por ende, se establece la obligación de los estados de confeccionar programas coordinados con el fin de tender a la protección e integración progresiva de las poblaciones aludidas a sus propios estados.

Mismos criterios que quedaron en evidencia al revisar el contenido del Convenio 107, y en particular, en las normas alusivas a la educación, que usualmente se utilizó como herramienta estratégica para fomentar la integración, o al propugnar el abandono paulatino de la lengua

⁸ Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 220. Se reservaron, en ese entonces, aspectos para la que fue la Recomendación 104 sobre poblaciones indígenas y tribales.

materna o nativa para sustituirla por la o alguna de las lenguas oficiales del país al cual pertenece la población⁹, pues se buscaba obtener una uniformidad de nación.

De lo dicho, la idea de “integración” que se reitera a lo largo del convenio, resulta clave para comprender el paradigma que representa el Convenio 107 y que es propio de la época bajo el cual se adoptó. Se trata de una política integracionista, como dijimos, caracterizada por una tendencia progresiva a mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aborígenes y de hacerlas parte de la vida nacional y del desarrollo económico, en vista de que por sí solas no podrían superar la segregación y tardarían en equipararse al resto de la nación, debido al estado de atraso en el estarían sumidas.

A partir de la década de los 80’, el Convenio 107 comenzó a ser objeto de fuertes críticas por esta inspiración que llamaba a la homogenización del estado y ponía en riesgo la diversidad y el respeto a las culturas de las distintas poblaciones indígenas que convivían al interior de los estados. De modo que, el Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986, en la que se concluyó que la política integracionista en la que se fundamentaba estaba obsoleta y su aplicación, por ende, resultaba perjudicial¹⁰. Así, entonces, se procedió a la revisión del instrumento durante 1988 a 1989 para eliminar la orientación hacia la asimilación y asistencialismo, y así dotarlo de un enfoque más moderno basado en un reconocimiento y fortalecimiento de la identidad de cada población aborígen con todo lo que ello implica: regirse por sus propias instituciones, preservar sus lenguas, sus formas de vida y su patrimonio cultural¹¹. De la revisión, entonces, se adoptó el actual convenio, el Convenio 169 de la OIT.

2.1.4 El Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 fue adoptado el 27 de junio de 1989 en Ginebra, encontrándose vigente desde el 5 de septiembre de 1991. Según fuentes oficiales de la OIT, en la actualidad ha sido ratificado por 22 países, entre los cuales se encuentra el nuestro, luego de un largo proceso de tramitación en el congreso.

Como bien señala MEREMINSKAYA, “la innovación más importante del nuevo texto consiste en la elevación de los estándares de protección [...] donde el Convenio 107 consagraba políticas públicas recomendadas, el Convenio (refiriéndose al Convenio 169) formula derechos”¹². Pues como esbozamos, este Convenio marca el cambio de paradigma asumido por la comunidad internacional respecto de la cuestión indígena, fundándose ahora en el reconocimiento de la diversidad cultural y propugnando, por ello, una labor de protección y respeto hacia los pueblos indígenas y su patrimonio en general. Nueva inspiración que se tradujo en el establecimiento de una serie de derechos a favor de los pueblos indígenas sobre distintas materias con sus correspondientes deberes para los estados parte.

⁹ Cfr. Ordoñez, Carlos, “Tradición y modernidad...”, cit., p. 147.

¹⁰ Véase Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>, visitado el 5 de septiembre de 2011.

¹¹ Cfr. Staelens, Patrick, “El Convenio 169 de la OIT: de una política integracionista al reconocimiento del derecho de la entidad de los pueblos indios” en *Derechos indígenas en la actualidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1994, pp. 191 – 192. Documento en línea, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/636/12.pdf>, visitado el 8 de septiembre de 2011 y Donoso, Sebastián, “Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro” en *Temas de la Agenda Pública*, año 3, n° 16, abril, Chile, 2008, p. 5. Documento en línea, disponible en <http://vinculosconlasociedad.uc.cl/documentos/5.pdf>, visitado el 26 de agosto de 2011.

¹² Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, pp. 222 – 223.

Una de las grandes diferencias del Convenio 169 con su antecesor, se vislumbra con inmediatez en el título del nuevo cuerpo normativo, el que ahora recae “sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes”. Reconociendo a los pueblos indígenas como tales y no como poblaciones, como lo hacía el Convenio 107. No obstante, la utilización de la expresión “pueblos”, no implica el reconocimiento de un derecho a la libre determinación, como deja ver el art. 1 n°3 del instrumento¹³.

Al referirse a los “pueblos”, el Convenio introduce la noción de derechos colectivos, esto es, que los titulares del instrumento ya no son sólo los indígenas que por sí solos integran un pueblo, sino que es el pueblo mismo el titular de ellos. Esta categoría de derechos, como se verá en el capítulo siguiente, ha sido ampliamente discutida a nivel mundial por sus implicancias jurídicas como políticas, y junto a ello, ha dado paso a que se conecte con una tendencia ligeramente nueva como el multiculturalismo, que sitúa al Estado-nación en crisis por cuanto no existiría una única identidad nacional sino que una diversidad cultural al interior de los estados. Este punto, también se reservará para el capítulo que sigue.

El contenido de este instrumento resulta innovador, principalmente por los derechos políticos y de participación que consagra. En efecto, los gobiernos contando con la participación de los pueblos indígenas deben desarrollar una acción coordinada con miras a proteger sus derechos y garantizar el respeto a su integridad. Una participación que se canaliza, especialmente, a través del derecho de consulta. Pues cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, se debe consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados.

El Convenio también avanza al reconocer derechos de autogestión y autogobierno, permitiendo que los pueblos indígenas decidan sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, instituciones o tierras. Con una lógica similar, se establece la necesidad de que los gobiernos proporcionen a los pueblos indígenas los medios y el apoyo para que asuman progresivamente el control en materias como la formación profesional, artesanías, salud y educación.

Respecto a las tierras, el Convenio amplía la protección añadiendo el concepto de “territorios”, esto es, el hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera. Destaca, además, el derecho de éstos sobre los recursos naturales existentes en sus tierras y la participación en su utilización, administración y conservación, junto a una participación en los beneficios que reporten actividades de explotación de recursos.

En todo lo demás, puede decirse que se conserva la regulación del 107 pero siempre desechando la tendencia integracionista.

2.1.5 La supervisión de la OIT

El Convenio 169, ratificado voluntariamente por numerosos países, debe ser respetado y cumplido a cabalidad por todos aquellos que resultan sometidos en su actuar a él. Más aún en el ámbito internacional, donde la imagen política y la responsabilidad en los compromisos asumidos

¹³ Art. 1 n°3: “La utilización del término pueblos en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicancia alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”

son altamente valorados en un mundo globalizado. Ello nos conduce a la pregunta acerca de quién ejerce un control sobre la actividad de los Estados a propósito de este instrumento.

Al respecto, cabe decir que la OIT carece de funciones jurisdiccionales y por tanto, no dicta fallos ejecutables de ninguna naturaleza ni aplica sanciones en contra de los Estados miembros que hayan incurrido en incumplimientos por sus obligaciones asumidas con ella¹⁴. Sin embargo, ejerce un rol de supervisión a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones¹⁵ – en adelante, CEACR o la Comisión de Expertos.

Por su parte, los Estados involucrados en la ratificación de convenios emanados de la OIT, tienen el deber de informar a la CEACR con regularidad acerca de la implementación de los mismos, dando cuenta de sus niveles de cumplimiento, de las medidas concretas que se hayan adoptado al interior del Estado para garantizar que los convenios produzcan efectos prácticos, como también, de las dificultades a las que se hayan visto enfrentados en los procesos de implementación¹⁶.

Los Estados, en virtud de su deber de información, presentan memorias por medio de las cuales informan a la CEACR y ésta procede a evaluar la información recibida, utilizando dos modalidades: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado y se divulgan en el informe anual que publica la Comisión; este informe es objeto de examen por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia que, por lo general, adopta conclusiones en las que recomienda a los gobiernos aludidos tomar medidas específicas o solicitar asistencia técnica a la OIT para solucionar problemas puntuales. Las solicitudes directas, por otro lado, contienen aspectos más técnicos o peticiones de información sobre temas específicos, y no se publican en el informe anual de la Comisión sino que son enviadas directamente a los gobiernos implicados¹⁷.

Chile, desde la ratificación del Convenio 169, ha sido objeto de observaciones como de solicitudes directas a propósito del Convenio y sus derechos – en especial sobre la consulta- que han intentado orientar la implementación y aplicación del mismo en nuestro país. Las observaciones y solicitudes serán revisadas más adelante, sólo en lo tocante a la consulta, al estudiar dicho derecho.

Los pueblos indígenas no tienen acceso directo a los órganos de control de la OIT. Aun así, sus inquietudes son tomadas en cuenta en la supervisión regular de los Convenios de la OIT mediante las siguientes herramientas: enviando información verificable a la OIT – por ejemplo sobre nuevos programas, políticas, leyes o fallos judiciales-, formando alianzas con trabajadores y empleadores, haciendo ver a la OIT información oficial proveniente de otros órganos de la ONU o proponiendo enfoques innovadores¹⁸.

¹⁴ Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 230.

¹⁵ La CEACR fue creada en 1926, producto del creciente número de convenios ratificados. En la actualidad, dicha comisión se compone de 20 juristas nombrados por el Consejo de Administración de la OIT y cuentan con una duración de tres años en sus cargos.

¹⁶ Véase Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/Supervision/lang--es/index.htm>, visitado el 6 de septiembre de 2011.

¹⁷ Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 231

¹⁸ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (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*, p. 8. Documento en línea, disponible en

Adicionalmente, la OIT cuenta con procedimientos especiales para enfrentar presuntas violaciones a los convenios de la OIT. Dentro de ellos, se encuentran las reclamaciones presentadas a la Oficina Internacional del Trabajo por empleadores o trabajadores para alegar incumplimientos de los Miembros. Asimismo, se contempla un procedimiento de queja para que los Estados miembros u otros órganos de la OIT aleguen la carencia de medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio en contra de otro miembro¹⁹.

2.1.6 Mención a la Relatoría Especial de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas

Siguiendo con la línea acerca de la vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones internacionales voluntariamente asumidas, se ha incluido este punto.

Una de las principales figuras que se ha levantado en el sistema de Naciones Unidas y que ha jugado un papel relevante en la protección y fomento de los derechos de los pueblos indígenas, contenidos tanto en el Convenio 169 de la OIT como en otros instrumentos internacionales con objetivos similares a éste, es la del Relator Especial.

La ONU, por medio del Consejo de Derechos Humanos²⁰, cuenta con procedimientos especiales para afrontar situaciones puntuales en determinados países o para tratar temáticas más generales a nivel mundial. Estos procedimientos pueden estar integrados por una persona o por un grupo de trabajo. Aquel que integra sólo una persona puede denominarse “Relator Especial”, entre otros²¹.

El Relator Especial, así como otros procedimientos especiales, tienen el mandato de examinar, supervisar, prestar asesoramiento e informar públicamente sobre las situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos – mandatos por país- o sobre los principales problemas de violaciones de derechos humanos a nivel mundial – mandatos temáticos-. Y aunque estos son los lineamientos a grandes rasgos del rol que desempeñan, el mandato en sí mismo es establecido y definido por la resolución que los crea.

Los relatores RODOLFO STAVENHAGEN y JAMES ANAYA han desempeñado una importante función protegiendo y vigilando el respeto y disfrute de los derechos y libertades fundamentales por parte de los pueblos indígenas. En este sentido, sus mandatos²² sucesivos han dispuesto, en términos breves, recabar información sobre violaciones de derechos fundamentales de los pueblos indígenas y en consecuencia, formular recomendaciones y propuestas para la prevención de ellas. Para realizar su trabajo, se sirven de investigaciones temáticas, visitas a países – de las que Chile fue parte- y comunicaciones con los gobiernos acerca de las alegaciones sobre violaciones de derechos de los pueblos indígenas.

http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2010_oit_compilacion_comentarios_c169.pdf, visitado el 11 de septiembre de 2011.

¹⁹ Véase Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 1919, artículos 24 – 34.

²⁰ El Consejo de Derechos Humanos, creado el 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas, es un órgano intergubernamental que forma parte del sistema de Naciones Unidas y está compuesto por 47 estados miembros, responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos a nivel mundial.

²¹ Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH). Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm>, visitado el 7 de septiembre de 2011.

²² Mandato del Relator Especial Stavenhagen aprobado mediante Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/57, aprobada en la 76° sesión de 24 de abril de 2001, en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH). Documento en línea, disponible en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.RES.2001.57.Sp?Opendocument>, visitado el 8 de septiembre de 2011. Y Mandato del Relator Especial Anaya aprobado mediante Resolución del Consejo de Derechos Humanos 6/12, aprobada en la 21° sesión de 28 de septiembre de 2007. Documento en línea, disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/guias/225.html?task=view>, visitado el 8 de septiembre de 2011.

De las actuaciones efectuadas por ambos Relatores, las más significativas para Chile, han consistido en sus visitas oficiales, durante el 2003 y 2009, respectivamente. Donde han procedido a examinar la situación de los pueblos indígenas en nuestro país, para luego elaborar informes en los que han dado cuenta a la ONU de su labor.

De los informes, se desprenden varias recomendaciones – sobre la implementación y aplicación del Convenio, sobre la legislación sectorial interna y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, entre otros- para el Estado chileno, las que pasaré a revisar sólo en lo pertinente a los objetivos de esta tesis, más adelante, al analizar el escenario en Chile.

2.2 LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

A nivel interamericano, también se ha tomado conciencia del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los pueblos indígenas y sus derechos. Motivo por el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – en lo sucesivo CIDH-, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos, han asumido un especial compromiso dirigido a su protección que se ha canalizado por distintas vías, algunas de las cuales –por parecer las más relevantes- pasaré a revisar sucintamente.

2.2.1 El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisprudencia del sistema interamericano también ha sido posible vislumbrar un manto de protección hacia los pueblos indígenas. Y aunque no existe –todavía- un instrumento especial destinado a resguardar los derechos de éstos, se ha procedido a ampararlos de igual modo, aunque sobre la base de los derechos humanos tradicionales²³.

En la experiencia interamericana, se han distinguido tres momentos en el tratamiento hacia los pueblos indígenas. El primero de ellos estaría caracterizado por la percepción de que se está ante grupos débiles que han sido objeto de discriminación y violación de derechos fundamentales, y que por ende requieren protección. El segundo, agrega a lo anterior que resulta aplicable a los pueblos indígenas la noción de minorías y por consiguiente, han de adoptarse medidas especiales de protección propias del derecho internacional. Y el tercer y último momento, da un vuelco en donde el propio sistema critica el modo en que se ha acercado a la temática indígena, reconociendo que la utilización de los conceptos minoría y prohibición de la discriminación fueron útiles en su oportunidad pero en definitiva constituyen un enfoque reduccionista e inadecuado²⁴.

La jurisprudencia más relevante y significativa se identifica con esta última etapa. Así por ejemplo, en el caso *Awas Tingni vs Nicaragua*, la Corte ha reconocido el derecho colectivo a la tierra –naturaleza con la que no se consagra en la Convención Americana- de los pueblos indígenas, interpretando de un modo evolutivo y más amplio el concepto de propiedad²⁵. El razonamiento de la Corte se erigió tomando especial consideración a la relación que existe,

²³ Cfr. Montt, Santiago y Matta, Manuel. “Una visión panorámica al Convenio 169 de la OIT y su implementación en Chile” en *Centro de Estudios Públicos*, Núm. 121, Chile, 2011, pp. 140 – 141. Documento en línea, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4767, visitado el 10 de septiembre de 2011.

²⁴ Cfr. Nash, Claudio. “Los derechos indígenas en el sistemas interamericano de derechos humanos” en *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, Volumen I, N° 1, Universiteit Gent, Bélgica, 2008, pp. 63 – 66.

²⁵ El conflicto que recogió el memorable caso *Awas Tingni vs Nicaragua*, trataba sobre la concesión otorgada por el Estado para que se llevara a cabo la explotación forestal en tierras de una comunidad indígena, la que – naturalmente- se opuso a que ella se desplegara.

usualmente, entre las culturas indígenas y las tierras. De modo que atendió a las características especiales de la propiedad indígena, identificando que para los pueblos indígenas el concepto de propiedad es de tradición intrínsecamente comunitaria y no se centra en el individuo sino que en el grupo. Asimismo, la propiedad no se limita a una cuestión de posesión sino que constituye un elemento material y espiritual que es base fundamental de sus culturas, de su integridad y de su supervivencia económica. No se trata de un derecho a la tierra sólo como derecho de propiedad sino que como manifestación cultural²⁶. Haber interpretado la propiedad, excluyendo sus formas colectivas, habría implicado una interpretación discriminatoria del instrumento, toda vez que la propiedad indígena y su concepto, difiere de aquella que predomina en occidente²⁷.

Ahora, esta forma de interpretación de la propiedad no es arbitraria ni antojadiza, como podría pensarse, pues la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales que tienen a su cargo la protección de derechos humanos es un principio de interpretación asentado en el Derecho Internacional²⁸. El presente caso, constituyó también un aporte al elevar – la Corte – la posesión inmemorial como prueba suficiente para acreditar el título de dominio en beneficio de la comunidad indígena²⁹.

La interpretación, que involucra el reconocimiento colectivo del derecho, no ha sido aislada y por el contrario, se ha ido consolidando por la Corte en fallos posteriores que en ocasiones se han servido de lo preceptuado por el Convenio 169³⁰.

Una influencia similar del Convenio 169 en la Corte, quedó en evidencia en el caso Saramaka en Surinam, donde se interpretó el derecho de propiedad de la CADH a la luz del Convenio, a pesar de que dicho país no lo había ratificado³¹.

Con lo anterior, quiero señalar que el derecho internacional junto a la imposición de sus estándares en diversas materias, han tenido un impacto directo en el sistema interamericano. Los patrones alzados por el sistema universal están contagiando a los sistemas regionales de protección de derechos humanos, lo que ha ido quedando demostrado en los fallos emanados por la Corte. El Convenio 169, claramente ha influido y enriquecido el quehacer judicial interamericano por esa “pretensión de gobernanza global”, de la que hablan MONTT y MATTÁ, y que sería propia del derecho internacional moderno. Pues los Estados ya no sólo quedan obligados en virtud de los tratados a los cuales prestan su consentimiento sino que también, a aquellos que escapan de él³².

2.2.2 El proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Reflejo del creciente interés por otorgar una protección adecuada a los pueblos indígenas, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos – en adelante OEA – solicitó en 1989 a la CIDH que preparara un instrumento jurídico relativo a los derechos de las poblaciones indígenas. Para ello, la CIDH recogió a través de cuestionarios y diversos encuentros, sugerencias y comentarios de gobiernos, organizaciones indígenas, organizaciones intergubernamentales y

²⁶ Cfr. Nash, Claudio, *op. cit.*, pp. 68 – 70.

²⁷ Cfr. Aguilar, Gonzalo. “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno” en *Revista Ius et Praxis*, Año 11, N° 1, Chile, 2005, pp. 282 – 283.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 282.

²⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 281.

³⁰ Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, pp. 224 – 225.

³¹ Cfr. Montt, Santiago y Matta, Manuel, *op. cit.*, pp. 148 – 149.

³² Cfr. *Ibid.*, pp. 146 – 148.

expertos; que condujeron a que en 1997 la CIDH aprobara el proyecto de Declaración y más tarde, se estableciera un Grupo de Trabajo encargado de confeccionarlo.

En todos estos años se ha desarrollado un proceso de elaboración marcado por la participación de los pueblos indígenas - que a fin de cuentas serán los beneficiados con la declaración- de modo que hoy, la labor se ha concentrado principalmente en consolidar las diversas propuestas de texto que se han hecho llegar.³³

2.2.3 Relatoría Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

El sistema interamericano al igual que el sistema universal, también cuenta con una Relatoría Especial en materia indígena. Fue creada en 1990 por la CIDH con el propósito de vigilar especialmente la situación de los pueblos indígenas en el contexto americano, pues como grupo en la sociedad, se encontrarían más propensos a eventuales violaciones de derechos humanos.

Las funciones de esta Relatoría son semejantes a las expuestas al tocar la Relatoría Especial de la ONU, de modo que no reiteraré la idea. Sin embargo, del mandato de la Relatoría interamericana, cabe destacar las siguientes funciones: impulsar el trabajo de la CIDH en los asuntos indígenas, facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano, participar en el análisis de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares en las que se aleguen presuntas violaciones de derechos de los pueblos indígenas y/o de sus miembros, y colaborar en la elaboración del Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otras³⁴.

2.3 LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNO CHILENO

2.3.1 La ley n° 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas

La normativa principal referida a las etnias indígenas en Chile – no pueblos, como se desprende de su art.1- se encuentra en la llamada “ley indígena”.

Esta ley establece derechos de naturaleza individual y no colectiva, como se proponía en el proyecto de ley que inició su discusión parlamentaria y como sí establece el Convenio 169. Y es por ese motivo por el que, justamente, la ley va dirigida a etnias y no pueblos³⁵. Pues la idea de “pueblo” da a entender un reconocimiento del grupo en sí mismo con sus correspondientes derechos colectivos. Junto con ello, el término “pueblos” estaría ligado a la idea de libre determinación, por lo que para escapar de la controversia, se prefirió la utilización de la expresión “etnias”³⁶.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp>, visitado el 9 de septiembre de 2011.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>, visitado el 9 de septiembre de 2011.

³⁵ Cfr. Donoso, Sebastián. “Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación”, *Documento de trabajo n°8*, Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo, 2009, p. 17. Documento en línea, disponible en <http://gobierno.udd.cl/files/2011/04/Paper-N%C2%BA8.pdf>, visitado el 4 de septiembre de 2011.

³⁶ Cfr. Fernández, Andrés y De la Piedra, Cristhian. “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169. Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias” en *Centro de Estudios Públicos*, 121, 2011, p. 84. Documento en línea, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4766.html, visitado el 10 de septiembre de 2011.

En 1990, el primer gobierno de la Concertación encargó a la Comisión Especial de Pueblos Indígenas – en adelante CEPI- la elaboración de un anteproyecto de reforma legal y constitucional con el objeto de regular la situación de los pueblos indígenas. Basándose en lo propuesto por la CEPI, el ejecutivo envió tres iniciativas para su discusión al Congreso: un proyecto de ley que recogía en gran parte las demandas indígenas de la época, un proyecto de reforma constitucional alusivo a los pueblos indígenas y un proyecto de ratificación del Convenio 169. De los tres, sólo prosperó el proyecto de ley que dio lugar a la actual ley indígena. Los otros dos, no contaron con el apoyo de los parlamentarios³⁷.

En términos generales, la ley reconoce derechos políticos y de participación para intentar poner fin a la marginación sufrida por los indígenas en el pasado. De modo que se promovió la organización legal de éstos, la participación en el organismo creado para coordinar la política indígena del Estado – esto es la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)-, y la consulta a las organizaciones indígenas por parte de los organismos públicos en aquellas materias que les concierna.

En relación con las tierras, la ley se propuso terminar con la división de las comunidades, tendió al reconocimiento de sus derechos sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente y que poseen, fomentó la protección de ellas para evitar la enajenación a personas no indígenas y estableció mecanismos para ampliar sus tierras. En cuanto a los derechos culturales, se promueve el respeto y protección de las culturas y sus manifestaciones junto a sus idiomas indígenas. Y, finalmente, establece el deber – tanto del Estado como de la sociedad- de impulsar el desarrollo para los indígenas, sus familias y comunidades.

Ahora, si bien esta ley representó un avance sustancial a la época en que se acogió. Ha sido objeto de críticas debido a su falta de congruencia con las demandas de movimientos indígenas durante el proceso de discusión de ella, como también respecto de las ideas originales contenidas en el proyecto de ley. Sólo por nombrar algunas modificaciones al proyecto original, se cuenta la flexibilidad de las disposiciones que protegen sus tierras, la negativa a reconocer derechos sobre sus recursos naturales, a la autogestión económica, a la autonomía en el ámbito de la justicia y, como adelantamos, su reconocimiento como etnias en vez de pueblos³⁸.

No obstante lo anterior, al menos en lo atinente a los recursos naturales, el rechazo general a un eventual reconocimiento de ellos ha quedado morigerado a través del Código de Aguas y la propia ley indígena, pues ambos cuerpos normativos cuentan con disposiciones enfocadas en el amparo del recurso agua³⁹ en el norte de nuestro país, contemplándose incluso – en la ley indígena- la consagración de una especial protección de las aguas de comunidades Aymaras y Atacameñas⁴⁰. Junto a lo anterior, cabe destacar la ley n° 20.249, apenas del 2008, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, “*cuyo objetivo será resguardar el uso*

³⁷ Cfr. Aylwin, José (coord.), *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Programa de Derechos Indígenas. Instituto de estudios indígenas de la Universidad de la Frontera, Ediciones LOM, Chile, 2003, pp. 9 – 10.

³⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 15 – 17.

³⁹ Véase un estudio acabado sobre el particular en Rendic, Dinko, *Derechos de aguas y pueblos indígenas*, Librotecnia, Santiago, Chile, 2011.

⁴⁰ Cfr. Yañez, Nancy y Gentes, Ingo, *Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas*, WALIR, Chile, Noviembre 2005, pp. 15 – 17. Documento en línea, disponible en <http://www.eclac.cl/dni/proyectos/walir/doc//walir52.pdf>, visitado el 6 de febrero de 2012.

consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero”⁴¹.

Y aunque es de celebrar la evolución de nuestro Ordenamiento en ciertas materias, igualmente resulta criticable la ley indígena, pues el sistema interamericano – como vimos- se ha mostrado mucho más avanzado respecto de la protección de los derechos de los pueblos. Y por su parte, el derecho comparado se ha inclinado abiertamente por elevar a rango constitucional la protección de los derechos de los pueblos indígenas, reconociéndoles su naturaleza colectiva⁴².

Aún más, con la ratificación del Convenio 169 en nuestro país, el contenido dispuesto en ella resulta insuficiente a la luz del estándar impuesto por el Convenio. Se requiere su revisión y posterior adecuación para una correcta implementación de éste⁴³, para obtener una mayor armonía sistemática en nuestro Ordenamiento y para lograr una adecuada aplicación del Derecho por parte de nuestros tribunales de justicia, en donde la normativa no se contradiga ni constituya un conflicto adicional al que se somete a su conocimiento.

2.3.2 Proyectos de Reforma Constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas

Con el objeto de fortalecer la protección hacia los pueblos indígenas, de reconocer la diversidad multicultural y de ser coherentes con los compromisos internacionales asumidos, desde el año 1991 se han ingresado seis proyectos de reforma constitucional – en los años 1991⁴⁴, 1999⁴⁵, 2000⁴⁶, 2006⁴⁷ y 2007⁴⁸, respectivamente- en la materia.

El primero de ellos fue presentado por el ex Presidente Aylwin en conjunto con otras dos propuestas – proyecto de ratificación del Convenio y un proyecto de ley que regulara a los pueblos indígenas. Este proyecto, postergado a fin de dar prioridad al trámite de la actual ley indígena, finalmente fue rechazado el 2000 en el primer trámite ante la Cámara de Diputados.

A pesar de estos intentos, en todos los proyectos y sus correspondientes tramitaciones ha sido posible distinguir temores dirigidos a la pérdida de la unidad nacional y del ejercicio de la soberanía que involucraría el reconocimiento de los pueblos indígenas al interior del Estado. Por lo que, para ser precavidos, ha sido usual la introducción de incisos aclarativos en orden a establecer la unidad e indivisibilidad de la Nación chilena.

Igualmente, la expresión “pueblos” sigue siendo controvertida por su ligazón al reconocimiento de derechos colectivos – como veremos en el capítulo siguiente- y al principio de libre autodeterminación, idea a la que muchos se muestran reticentes. Lo que queda demostrado al proponer su sustitución por otras tales como “poblaciones” o “etnias”, esta última utilizada por la ley indígena⁴⁹.

⁴¹ Art. 3 de la ley n° 20.249.

⁴² Cfr. Aylwin, José, *op. cit.*, pp. 23 – 27.

⁴³ Cfr. Donoso, Sebastián. “Convenio 169 de la OIT: implicancias...”, *cit.*, p. 10.

⁴⁴ Boletín 513 – 07

⁴⁵ Boletín 2360 – 07

⁴⁶ Boletín 2534 – 07

⁴⁷ Boletín 4069 – 07

⁴⁸ Boletín 5324 – 07 y el Boletín 5522 – 07. Este último proyecto fue ingresado por mensaje de la Presidente de la República Michelle Bachelet.

⁴⁹ Véase Toledo, Víctor. “Trayectoria de una negación. La transición chilena y el compromiso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas 1989 – 2006” en *Centro de Políticas Públicas*, 2006, pp. 11 – 20. Documento en línea, disponible en <http://es.scribd.com/doc/15779668/2006-Dossier-Trayectoria-de-Una-Negacion-Chile-19892006>, visitado el 9 de septiembre de 2011.

Uno de los proyectos de reforma constitucional del 2007 – específicamente el que se presentó por moción de los Senadores Allamand, Cantero, Espina, García y Romero-, se ingresó con un matiz distinto a aquel plasmado en los proyectos señalados con anterioridad. Su novedad resulta identificable de la sola lectura de su título: “*por el cual se reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la Nación chilena*”. Este proyecto involucra un componente valórico que no se considera en sus antecesores, pues va más allá del reconocimiento expreso de los pueblos indígenas, comprendiendo que es imposible concebir la actual Nación chilena si no se valora el aporte de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas. En definitiva, el proyecto concientiza una deuda con los pueblos indígenas al apreciar positivamente la contribución de ellos en la construcción de la Nación chilena. Todo ello como una forma de demostrar respeto e interés por la cultura indígena en general. El proyecto, propugna además, eliminar las consideraciones raciales o étnicas como factor de discriminación, proponiendo su añadidura al art.19 n° 2 de la CPR.

Con todo, los proyectos tampoco se han salvado de la crítica, pues han sido elaborados sin la participación y consulta –en términos del Convenio- de los pueblos indígenas como han sugerido los Relatores Especiales de la ONU en sus informes.

2.3.3 Ratificación del Convenio 169 de la OIT

En 1991 el Convenio ingresó al Congreso Nacional para su aprobación, pero sólo hasta el 2000 fue aprobado por la Cámara de Diputados y hasta el 2008 por el Senado.

Como deja ver Donoso, sólo un acuerdo político permitió asegurar la aprobación del Convenio. El acuerdo significaba ratificarlo junto a una declaración interpretativa que, a juicio de los pueblos indígenas, sólo intentaba limitar maliciosamente los efectos del Convenio. No parece pertinente aquí y ahora referirse al contenido de dicha declaración, pues luego de una consulta formal del gobierno a la OIT sobre la misma, se desechó la viabilidad de ella, por lo que se ratificó el Convenio sin declaración alguna⁵⁰.

No obstante la ratificación del instrumento, el 2000, un grupo de diputados presentó ante el Tribunal Constitucional – en adelante TC- un requerimiento solicitando se declarase la inconstitucionalidad del Convenio por aspectos formales como de fondo. El requerimiento se rechazó, dejando en la sentencia interesantes consideraciones en cuanto a la implementación del Convenio.

Respecto a los vicios formales no nos referiremos por representar un conflicto ajeno al que se tratará aquí, y por encontrarse superado como tal. En cuanto al fondo, expondremos el razonamiento del TC al tratar el derecho de consulta y sus alcances en nuestro ordenamiento.

⁵⁰ Cfr. Donoso, Sebastián. “Convenio 169 de la OIT: implicancias...”, cit., pp. 3 – 4.

III.- CAPÍTULO II: LOS DERECHOS COLECTIVOS Y EL CONVENIO 169

3.1 LA INQUIETANTE NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS QUE ESTABLECE EL CONVENIO

Cierto es que los efectos de la globalización y sus instituciones sobre los pueblos indígenas han sido de carácter positivo como negativo. Dentro de los primeros, la doctrina en general ha celebrado la utilización que los mismos pueblos indígenas han hecho del discurso de los derechos humanos, poniendo sobre la mesa la defensa de sus intereses y provocando cambios sobre el ordenamiento jurídico que regula a la comunidad internacional. Uno de los aspectos en donde se identifica esta contribución al derecho internacional y al discurso de los derechos humanos, apunta a los derechos colectivos⁵¹.

El Convenio 169 consagra derechos, pero no de cualquier clase. Un consenso general indica que estamos ante derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas. La afirmación hecha, deriva del propio texto del instrumento⁵² que va dirigido a los pueblos indígenas y tribales como tales, y no a los individuos que los integran. De forma expresa lo ha enunciado además la propia OIT a través de su Manual para la aplicación del Convenio, donde señala que es el pueblo mismo el que se constituye como sujeto de derechos⁵³.

KYMLICKA proporciona, en este sentido, una aproximación simple a los derechos colectivos o de grupo distinguiendo, primero, entre dos tipos de acepciones que estarían englobadas dentro del concepto de derechos colectivos. Una de ellas estaría rotulada bajo la nomenclatura de ‘restricciones internas’ cuya aplicación es, más bien, intragrupal; aquí el grupo puede utilizar el poder para restringir la esfera de libertad de sus propios miembros en beneficio de un bien superior como la solidaridad del grupo. La segunda, estaría rubricada bajo el término ‘protecciones externas’, asociadas a relaciones intergrupales; aquí el grupo pretende el uso del poder con otro fin, esto es para intentar proteger su existencia, su identidad y diversidad de aquella sociedad mayor en la que se encuentra inserto⁵⁴. Para efectos de este trabajo, es este segundo alcance el que interesa, pues es el que propondría el Convenio 169.

No podemos referirnos a los derechos colectivos si no tenemos una idea clara acerca de qué estamos hablando. Y aunque KYMLICKA plantea que la fórmula de ‘derechos colectivos’ resulta conflictiva pues no permite contrastar adecuadamente la distinción entre restricciones internas y protecciones externas, junto con resultar dificultosa al imponer una falsa dicotomía con los derechos individuales⁵⁵, también aporta con simpleza al definirlos como “aquellos derechos

⁵¹ Cfr. Anaya, James, “La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: evolución y perspectivas”, *Ponencia en el marco del Seminario Internacional del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas* del 28 al 29 de diciembre, 2006. CEPAL, pp. 1 – 4. Documento en línea, disponible en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_online/globalizacion%20y%20pblos%20indg.htm, visitado el 4 de octubre de 2011.

y Lillo, Rodrigo, “El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad” en *Revista de Divulgación de Antropología Aplicada*, año 1, n° 2, Temuco, Chile, 2001, pp. 1 – 2.

⁵² Art. 1.1: El presente Convenio se aplica: a) a los *pueblos tribales en países independientes*, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los *pueblos en países independientes*, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Art. 1.2: La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los *grupos* a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

⁵³ Cfr. CONADI, citado por Donoso, Sebastián, “Convenio 169 de la OIT: implicancias...”, cit., p. 17.

⁵⁴ Cfr. Kymlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Editorial Paidós, España, 1996, pp. 58 – 59.

⁵⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 71.

acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos de los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad”⁵⁶.

Se trata por tanto, de derechos cuyo titular es el grupo o conjunto de individuos y donde el objeto del derecho es un bien colectivo. De modo tal que, éstos se diferencian de los derechos que conocemos tradicionalmente: los individuales, cuya titularidad recae sólo sobre el individuo y cuyo ejercicio responde a la protección de intereses igualmente individuales⁵⁷.

3.2 La tendencia del multiculturalismo

La propuesta del multiculturalismo, reforzada como consecuencia directa de los nuevos instrumentos internacionales que invitan a reconocer la diversidad cultural en un mundo globalizado, pareciera ser un tema relativamente reciente en ramas como el Derecho, la filosofía o la antropología. Lo que sucede es que la existencia de grupos étnicos o pueblos indígenas distintos entre sí al interior de los estados, ha sido permanente a lo largo de la historia⁵⁸, sólo que desde hace unas décadas el debate se ha formalizado.

Como la presencia de distintos grupos –pueblos indígenas, minorías sub estatales o inmigrantes- dentro de los estados es cierta, en los últimos tiempos se ha asistido a un reconocimiento de derechos de grupos como tales. Por consiguiente, si hay reconocimiento de derechos, es porque se afirma la diversidad. He ahí, entonces, la conexión del multiculturalismo con los derechos colectivos.

La lucha por el multiculturalismo se caracteriza por un rechazo hacia el modelo de Estado – nación homogéneo y dominante en nuestra era. La crítica a este modelo se fundamenta en la presencia de un grupo social – que por lo general es cuantitativamente mayor al resto de la población- que prevalece por sobre otros, imponiendo rasgos como la lengua, historia, religión y toda una identidad cultural que define a cada Estado en particular⁵⁹.

Esta clase de Estado, como señala KYMLICKA, no es natural sino que fue creada a partir de políticas nacionales que fomentaban la homogeneidad y la preferencia por una forma de nación, mientras se rechazaban otras. Esto es, se promovía una lengua unificadora, una religión, una educación, ciertos símbolos nacionales, etc. en desmedro de otros grupos sociales menores a los que se optaba por integrar y hacer parte de este proceso. Excepcionalmente, existen países que son originalmente mononacionales, esto es, que poseen una única identidad nacional, pero en la mayoría de los casos, ella ha debido construirse⁶⁰.

Actualmente y en vista de que estos Estados edificados no se condicen con la realidad, el modelo de Estado – nación está siendo objetado por los propios grupos sociales – entre ellos pueblos indígenas- que habitan en su interior y que cuentan con su propia lengua, historia,

⁵⁶ Kymlicka, Will, citado por Jáuregui, Gurutz, “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible” en Ansuátegui, Francisco (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, España, 2001, p. 56.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. Torbisco, Neus, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos” en Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (ed.), *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009, p. 67.

⁵⁹ Cfr. Kymlicka, Will. “Multiculturalismo” en *Diálogo Político*, publicación trimestral de la Konrad – Adenauer – Stiftung A.C, año XXIV, núm. 2, 2007, pp. 11 – 12.

⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 12.

costumbres, etc., y que piden porque se reconozca el verdadero escenario de estos Estados, esto es, que en realidad gozan de diversidad cultural y por ende, son estados multiculturales.

Un estado multicultural sería, entonces, aquel que se opone a que éste sea propiedad de un solo grupo, a los programas que excluyan o asimilen a los grupos menores en beneficio de una identidad nacional y aboga por una toma de conciencia respecto de las injusticias históricas a la que los grupos menores se han expuesto. A la vez, se busca que el Estado sea de todos en igual medida y en donde todos los individuos puedan tener acceso efectivo a la institucionalidad estatal sin que medie una negación a su identidad⁶¹.

En Sudamérica, cuyo territorio ha estado marcado por una amplia diversidad cultural – piénsese sólo en el caso de Chile y las numerosas etnias que reconoce la ley indígena⁶² - diversos países han ido paulatinamente asumiendo esta situación a través de reformas constitucionales y legales. Así por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador, en su preámbulo reconoce sus raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos y apela a la sabiduría de todas las culturas que los enriquecen como sociedad, para luego reconocerse como un Estado intercultural y plurinacional. La Constitución de Bolivia resulta similar al establecer que es un Estado multiétnico y pluricultural.

Sobre esta clase de reformas y la adopción del multiculturalismo, ha sido frecuente la crítica de que estimulan la inestabilidad política, conduciendo a un quiebre de la autoridad política, muchas veces, por medio de la violencia⁶³. Como se esbozó, al tratar en el capítulo anterior los diversos proyectos de reforma constitucional en Chile destinados a reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas, el temor de que peligre la estabilidad política, el funcionamiento del estado y su soberanía no ha tenido un papel menor. Y, por eso, aunque de manera lenta se ha ido dando el vamos al reconocimiento de la diversidad en nuestro país, con anterioridad a dar el gran paso, los esfuerzos se conducen a dejar bien en claro la unidad e indivisibilidad de la Nación chilena.

Y, aunque hasta KYMLICKA, principal precursor de la tendencia del multiculturalismo, cree que es muy pronto como para evaluar la acogida y las consecuencias de este fenómeno, sí asegura que de la experiencia vista, el multiculturalismo está lejos de hacer peligrar el Estado y su institucionalidad. En este sentido, mantiene la paz, respeta la libertad individual y asegura la justicia social, enriqueciendo incluso la democracia al facilitar la participación política de los grupos menores⁶⁴.

3.3 LOS DERECHOS COLECTIVOS FRENTE A LA TRADICIÓN CLÁSICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La cultura jurídica de Chile y América Latina en general, se formó a partir de los patrones impuestos por sus colonizadores europeos. Y aunque luego las colonias se independizaron, no hubo un quiebre o desapego con los principios que regían su organización social, política y

⁶¹ Cfr. Kymlicka, Will, “Multiculturalismo”, cit., pp. 13 – 14.

⁶² Art. 1, inc. 2° de ley n° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la corporación nacional de desarrollo indígena: “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes”.

⁶³ Cfr. *Ibid.*, pp. 30 – 32.

⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 30 – 31.

económica; prolongando así, gran parte de la tradición jurídica europea que se adquirió durante la colonización para, a continuación, incorporar a los nacientes sistemas jurídicos ideas económicas capitalistas, la doctrina del liberalismo individualista y la filosofía positivista provenientes de quienes intentaron conducirlos en un principio⁶⁵.

En el ámbito constitucional, la tendencia no fue distinta y por el contrario, se ha comprobado que los procesos constitucionales en los estados latinoamericanos sufrieron una influencia doctrinaria directa liderada por las Declaraciones de Derechos anglo – franceses, por las Constituciones liberal – burguesa de los Estados Unidos y de Francia y por la Constitución Española de Cádiz⁶⁶.

En concordancia con lo anterior, el modelo de derechos fundamentales emana de los mismos instrumentos, distinguiéndose de manera fundamental los derechos individuales, a los que subyace como principios básicos la universalidad, la igualdad entre todas las personas y la no discriminación⁶⁷. Y que se caracterizan, como se dijo, por ser derechos que tutelan intereses individuales y que por ende, son de titularidad individual. Idea opuesta a la que representarían los derechos consagrados en el Convenio.

El establecimiento de derechos de naturaleza colectiva como fenómeno jurídico se ha apreciado especialmente en el derecho internacional. De hecho, ya en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la ONU contemplaba un derecho como colectivo: la autodeterminación.

Pero la referencia a la categoría de derechos colectivos no ha convencido del todo a la doctrina y por el contrario, la existencia de ellos y el modo en que operan en la práctica jurídica, hoy constituye un tema controvertido que se ha vigorizado con instrumentos como el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶⁸. A partir de la ratificación del Convenio y la implementación del mismo al interior de los Estados, es que los ordenamientos internos se han visto desafiados ante la recepción de derechos colectivos.

De manera simple, se ha resuelto derechamente que los intereses que esta clase de derechos tutelaría, en realidad, no son relevantes; de manera tal, que no podría llegar a pensarse que se está ante verdaderos derechos y apoyarse en el discurso de ellos sería hasta abusivo⁶⁹. Todavía más, que el sistema actual dominante es suficientemente flexible como para hacerse cargo de las demandas de los pueblos y de la protección de sus derechos, siendo superflua la

⁶⁵ Cfr. Wolkmer, Antonio, “Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina” en Dusse, Enrique; Mendieta, Eduardo y Bohórquez, Carmen (ed.), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y “latino” (1300 – 2000): Historia, corrientes, temas y filósofos*, CREFAL, Siglo XXI Editores, México, 2009, pp. 1 – 4.

⁶⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 6.

⁶⁷ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales” en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, Núm. 15, Enero – Junio, San José de Costa Rica, 1992, p. 84.

⁶⁸ La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. Este instrumento resulta similar al Convenio 169, consagrando derechos colectivos y regulando diversos temas tales como la identidad de los pueblos, cultura, salud, educación y otros. En otras palabras, recoge gran parte del contenido del Convenio, pero con un desarrollo y profundidad bastante más acabado. También consagra otros derechos que no se encuentran en el Convenio, como el derecho de libre determinación. La gran diferencia formal entre ambos instrumentos radica en que el Convenio es un tratado internacional, mientras que la Declaración es una recomendación. Chile votó a favor de la Declaración durante el 2007.

⁶⁹ Cfr. Torbisco, Neus, *op. cit.*, p. 80.

referencia a una nueva categoría⁷⁰. O que su reconocimiento, arriesgaría disminuir la atención y satisfacción de los derechos individuales de los integrantes de un grupo determinado⁷¹.

Partiré por exponer los conflictos e inconvenientes de los derechos colectivos que ve la doctrina arraigada a la tradición individualista y que no da, necesariamente, la bienvenida a ellos como ocurre, en el caso que se estudia, con aquellos que emanan del Convenio.

3.3.1 La historia como argumento para rechazar los derechos colectivos

Una parte importante de las críticas a la noción de derechos colectivos, ha sido tajante en su desaprobación por ser ajenos a la tradición del constitucionalismo liberal y por ser aparentemente incompatibles con ella.

Dilucidar por qué ambas clases de derechos resulta difícil conciliar, arrastra consigo razones más bien históricas. STAVENHAGEN, exhibe con claridad una de ellas, cual es que los defensores de la tradición liberal e individualista de los derechos humanos, se resisten a la noción de derechos colectivos por cuanto los derechos humanos individuales y universales son una victoria de la libertad individual en contra del Estado absolutista y sus limitaciones impuestas al individuo; se trataría de un triunfo que sellaría el desplome de las sociedades pre modernas y el surgimiento de la sociedad civil moderna, en donde no debe interponerse ninguna institución o grupo entre el individuo y el Estado⁷². Ni deben existir – por obedecer a principios de igualdad-diferenciaciones en las definiciones de los derechos políticos atendiendo a la pertenencia o no de los individuos a determinados grupos dentro de la sociedad⁷³. El ideal de sociedad apuntaba a una homogenización en la distribución de los derechos de los ciudadanos, donde el Derecho ha de ignorar las diferencias o al menos, intentar que no sean relevantes para él⁷⁴. Porque un reconocimiento legal o constitucional de ciertos grupos dentro de la sociedad, daña principios liberales como la libertad, igualdad y solidaridad⁷⁵. También fraccionarían la universalidad como rango distintivo de los derechos fundamentales, pues los derechos colectivos se predicarían sólo de una parte de los individuos⁷⁶. Sea el motivo que sea, la noción de derechos colectivos para quienes los objetan, en pocas palabras significaría volver a una filosofía que costó superar.

En el caso del Convenio 169, cuyo contenido se funda principalmente en el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales y más aún, con el eventual reconocimiento constitucional de ellos en nuestro país, se produciría el fenómeno de contar con entes que se sitúan entre el individuo y el Estado. Idea que provoca cierta incomodidad en un sector no despreciable de la doctrina.

SIERRA, no puede ser más claro en este punto, mostrándose contrario a los derechos colectivos y a un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas – que conllevaría el establecimiento de sus correspondientes derechos colectivos- ya que los derechos son una

⁷⁰ Cfr. Torbisco, Neus, *op. cit.*, p. 63.

⁷¹ Cfr. Donoso, Sebastián, “Convenio 169 de la OIT: implicancias...”, *cit.*, p. 18.

⁷² Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 91.

⁷³ Cfr. Kymlicka, Will, “Ciudadanía multi...”, *cit.*, p. 57.

⁷⁴ Cfr. Torbisco, Neus, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁵ Cfr. Kymlicka, Will. “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal” en *Revista Isegoría*, N° 14, 1996, p. 6.

⁷⁶ Cfr. Carbonell, Miguel, “Minorías etno – culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales” en Valadés Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coord.), *Derechos humanos*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Tomo III, Núm. 64. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2001, p. 57. Documento en línea, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/94/5.pdf>, visitado el 5 de octubre de 2011.

herramienta de protección frente al poder y que concebidos en una dimensión colectiva, se transforman en un arma de doble filo concentrando el poder frente a otros individuos. Si se concentra el poder, cabría un riesgo razonable de temer que los derechos colectivos sean utilizados para reprimir libertades individuales impunemente, en lugar de cumplir una función protectora⁷⁷.

Junto a lo dicho, en el caso chileno, suma que nuestra Constitución recoge a los cuerpos intermedios – con los que ya asume una posición de cautela debido a su tendencia a concentrar poder- que son grupos sociales ubicados entre el individuo y el Estado. Siendo así, si ya la propia Constitución reconoce colectivos sociales, no se justificaría mayormente un reconocimiento más específico de los pueblos indígenas.⁷⁸

3.3.2 La dignidad como característica propia del individuo y sus derechos, y la falta de un criterio que motive los derechos colectivos

Volviendo a los cimientos del constitucionalismo liberal, los derechos individuales respondieron, en su momento, a las demandas y necesidades sociales de un determinado contexto histórico, desarrollando de manera importante la dignidad del ser humano.

En estos derechos, la idea de dignidad como característica moral de los individuos, ha sido la base sobre la cual se puede reconocer a éstos como titulares de pretensiones. Esto quiere decir que, se cuenta con un claro criterio básico que contribuye a identificar al titular de derechos, cuestión que no ocurre con los derechos colectivos. Por ello, se ha planteado la necesidad acerca de determinar qué colectivos serían merecedores de ser titulares de derechos colectivos o si todos los colectivos, por el hecho de ser tales, han de ser titulares de ellos. Así, la dificultad se reconduce en orden a establecer un elemento distintivo que permita identificar a un colectivo como titular de derechos colectivos, pues el sólo hecho constatable de la presencia de una reunión de individuos, no tiene mucho asidero. Y se ha contestado, asimismo, que del análisis de antecedentes sociológicos, políticos y jurídicos se observa la existencia de sujetos colectivos cuyos derechos resultan igualmente colectivos, pero que ellos no derivan directamente de la dignidad⁷⁹.

De no quedar meridianamente establecido un criterio que permita identificar a los derechos colectivos, se corre el riesgo de que ellos se consagren deliberadamente por la autoridad. En nuestro país, este punto se ha considerado calificando como un “ahorro” una consagración individual de los derechos frente a los colectivos, donde el Estado tendría una labor conflictiva, por su estrechez con la arbitrariedad, al intentar definir qué colectivos reconocer y bajo qué circunstancias⁸⁰.

No obstante lo anterior, y en un sentido contrario al enunciado, existen quienes ven justamente en la dignidad de las personas y en su favorecimiento, el fundamento de los derechos

⁷⁷ Cfr. Sierra, Lucas. “La constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo” en *Centro de Estudios Públicos*, N° 92, 2003, p. 24 y Torbisco, Neus, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁸ Cfr. Sierra, Lucas, *op.cit.*, p. 24.

⁷⁹ Cfr. Viguera, Hernán, “Derechos colectivos. Reflexiones en torno a la voluntad y representación de los sujetos colectivos”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Año LXX, Vol.1, N° 212, Julio – Diciembre 2002, pp. 338 – 339.

⁸⁰ Cfr. Sierra, Lucas, *op. cit.*, p. 25.

colectivos⁸¹. Estos derechos que son diversos a los individuales, no se contraponen a éstos porque en un plano fáctico, los derechos colectivos incluyen a los individuales y además, contribuyen a crear condiciones para el ejercicio de derechos individuales⁸². La doctrina está consciente de que ciertamente la idea de dignidad de KANT, en la que la tradición occidental de derechos fundamentales está elaborada, excluiría a derechos que no sean individuales; sin embargo e indirectamente, dicha idea alimenta la justificación de los derechos colectivos porque posibilitan el ejercicio de los derechos individuales y serían, como DÍAZ - POLANCO gráfica muy bien, una extensión de los derechos individuales⁸³. Y si son una extensión, han de ser también dignos.

Este argumento se ha levantado con fuerza en lo que atañe a los derechos de los pueblos indígenas, pues a lo largo de la historia se ha demostrado indiscutiblemente que ellos como individuos, han sido objeto de vulneraciones en el goce de sus derechos. Siendo así, los derechos colectivos vendrían a cubrir, de algún modo, ese vacío que han dejado los derechos individuales.

3.3.3 La expresión de voluntad de las colectividades

El tema de la expresión de los sujetos colectivos para ejercer y exigir sus derechos, también ha sido tomado como un punto conflictivo. El asunto se ha resuelto de manera simple recurriendo a la representación, pues resultaría ilusoria la existencia de los derechos del colectivo si no hubiere individuos que, asumiendo la calidad de representantes de éste, no los formularan. La representación sería, entonces, una condición necesaria que determinaría la existencia del colectivo, su actuación ante el resto y un efectivo ejercicio de sus derechos⁸⁴. Estos representantes, sin embargo, no pueden erigirse espontáneamente sino que deben estar normados y definidos como una forma de contribuir al orden, garantizar la voluntad del colectivo y para evitar caer en un manejo malicioso del mismo; esto es igual a decir que, se requiere la presencia del Derecho y su vocación reguladora. De lo contrario, se haría muy difícil la defensa de los derechos del colectivo frente a violaciones⁸⁵.

Llevando la cuestión de la representación al Convenio 169, este presupuesto se adopta con especial claridad en el ejercicio de ciertos derechos, tal como sucede en la consulta, donde los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, a través de sus *instituciones representativas* cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Ahora, si bien la expresión del colectivo se zanja a través de la representación, en seguida se ha preguntado si hay una voluntad colectiva y cómo se formaría. Autores como Pérez Royo son enfáticos al señalar que la voluntad colectiva no existe ni podría hacerlo, dado que ella es exclusiva del individuo y a partir de ella se hace posible la existencia de relaciones jurídicas: que son acuerdos de voluntades donde los únicos sujetos de ellas sólo pueden ser los individuos como

⁸¹ Cfr. Peces – Barba, Gregorio. “Los derechos colectivos” en Ansuátegui, Francisco (coord.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, España, 2001, p. 72.

⁸² Cfr. Grijalva, Agustín. “¿Qué son los derechos colectivos?” en Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (ed.) *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009, p. 16.

⁸³ Cfr. Díaz – Polanco, Héctor. “Los dilemas de la diversidad” en Castro, Milka (ed.), *XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio*, del 13 al 17 de marzo de 2000, Universidad de Arica y Universidad de Tarápaca, 2000, Chile, p. 1020.

⁸⁴ Cfr. Viguera, Hernán, *op. cit.*, p. 332 – 333.

⁸⁵ Cfr. Peces – Barba, Gregorio, *op. cit.*, pp. 73 – 74.

requisito necesario⁸⁶. A pesar de lo anterior, la doctrina no puede desconocer la contribución de ROUSSEAU y su concepto de voluntad general, en donde se hace preciso un representante que ejercite sus derechos⁸⁷.

3.3.4 El temor de eventuales transgresiones a los derechos individuales

La posibilidad de vulneración de derechos individuales de los miembros de un grupo – reconocidos en instrumentos internacionales – en obediencia de sus derechos colectivos, también se ha utilizado como un motivo para desconfiar de la recepción de esta categoría. Los detractores de los derechos colectivos invocan, por ejemplo, situaciones en que la cultura de los pueblos segrega a la mujer, hay imposición de otras voluntades (pensando en la práctica de matrimonios concertados, donde habría ausencia de una voluntad propia e informada) o se llevan a cabo costumbres que anulan derechos tan básicos como la libertad, igualdad e integridad física y psíquica (piénsese en la ablación de los órganos sexuales femeninos, habituales en muchas tribus en África). El recelo, en estos casos, va dirigido a evitar que a propósito de la defensa de la diversidad e incipientes derechos colectivos, se justifique la violación de derechos fundamentales, recogidos en numerosos catálogos a nivel internacional como interno⁸⁸.

3.3.5 El constante roce con lo colectivo

La pugna entre individualista y colectivistas, en un sentido más antropológico, se ha basado en que el individuo es anterior al grupo social y por otro lado, los colectivistas apuntan a que es el grupo quien asiste al bienestar y desarrollo del individuo⁸⁹; por consiguiente, frente a la crítica de que los derechos fundamentales no son propios de los grupos sociales, se ha dicho además, que no puede olvidarse que el hombre es de naturaleza eminentemente social y varios de los derechos individuales que se le reconocen guardan, de algún modo, un vínculo con lo colectivo. De este modo, se ha reconocido que ciertos derechos fundamentales individuales sólo pueden ejercerse de forma colectiva; ejemplo de ello sería el derecho de libre asociación o el derecho a sindicalizarse⁹⁰.

3.4 LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

En torno a la defensa de los derechos colectivos, no se ha levantado un muro que ignore o excluya a los derechos individuales sino que se ha expresado que esta categoría se demostraría poco adecuada o insuficiente para proteger, por ejemplo, a los pueblos indígenas.

Y no es que sólo desde lo teórico se afirme que resulta limitada la protección que los derechos de corte individual puedan prestar a los pueblos indígenas, sino que desde la práctica ha sido palpable la necesidad de un reconocimiento de derechos colectivos destinada a detener la discriminación colectiva sobre colectivos concretos y determinados⁹¹.

Los procesos de la aparentemente bien intencionada integración de los pueblos indígenas sazonada de igualdad, que fomentaron los Estados hace no poco tiempo y los resultados que arrojaron – reubicaciones territoriales, motivación de lenguas nacionales en desmedro de las

⁸⁶ Cfr. Viguera, Hernán, *op. cit.*, p. 333 – 335.

⁸⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 335 – 336.

⁸⁸ Cfr. Kymlicka, Will, “Ciudadanía multi...”, *cit.*, pp. 58 – 71.

⁸⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 74.

⁹⁰ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 90 – 91.

⁹¹ Cfr. Jáuregui, Gurutz, *op. cit.*, pp. 49 – 50.

vernáculos, etc.-, hoy se invocan en apoyo de los derechos colectivos y de políticas de discriminación positiva como una forma de hacer presente las infortunadas medidas adoptadas con anterioridad que se resistían a ‘la diferencia’⁹². De hecho, este es en gran parte, el espíritu del Convenio 169.

Las desventajas históricas que han debido tolerar los pueblos indígenas, producto del modo en que operan los Estados – nación, ha socorrido la exigencia actual de la justicia compensatoria reclamada por pueblos y que debería quedar impregnada en el reconocimiento de sus derechos. Acudir a elementos de justicia compensatoria se justifica básicamente, por la imposibilidad de ignorar las políticas del pasado y de vivir perpetuamente con ellas. Los estados no son neutrales respecto de las culturas que conviven en su interior, usualmente ha de predominar una de ellas por sobre el resto, de modo que si ya no es posible reorganizar a los estados en el bien de la neutralidad, los pueblos indígenas que se han visto al margen de la sociedad deben contar con esta justicia compensatoria que recupere el valor de sus derechos⁹³.

Ahora bien, llevaré este punto a la práctica de nuestros tribunales de justicia. Al conocer asuntos en los que se ha alegado la presunta transgresión del derecho de consulta de los pueblos indígenas, a propósito de proyectos de inversión que les afectan y que son sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental, se ha fallado – sin un mayor análisis y estudio al respecto- que el procedimiento de participación ciudadana es suficiente como para dar por satisfecho el trámite de consulta, de modo que, de facto, no habría violación del derecho. No entraré a revisar los detalles de la semejanza entre ambos procedimientos, pues eso quedará para el capítulo que continua, pero creo que de esta similitud asoman ciertos razonamientos interesantes.

Como dije con anterioridad, parte de la doctrina que se enfrenta a los derechos colectivos, considera que el sistema actual es suficientemente flexible como para dar respuesta, en este caso, a los requerimientos específicos de los pueblos indígenas y brindar protección a sus derechos, resultando innecesario el auxilio de otra categoría de derechos. Me parece que, justamente, esta es la posición que adopta tribunales con la instauración de la semejanza entre ambos procedimientos.

El procedimiento de participación ciudadana de la ley de bases del medio ambiente, como se sabe, tiene por objeto que la comunidad participe de la calificación de ciertos proyectos, para ello cualquier persona natural o jurídica puede formular las observaciones que le mereciere el proyecto presentado, pero es un derecho que opera bajo la lógica individualista; mientras que el derecho de consulta del Convenio, permite que el pueblo indígena en sí mismo participe o sea consultado respecto de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, o sea es un derecho que opera sobre una lógica colectiva.

Creo que la naturaleza de los derechos colectivos no es contraria a los individuales, pues el componente (la dignidad) de los primeros – aunque se prediquen de grupos- es individual. Estoy de acuerdo con que son una extensión de los individuales, que ha sido necesario forjar a raíz de la poca eficacia que han prestado para grupos y en este caso, en particular, para los pueblos indígenas. Y estimo que la fundamentación de nuestros tribunales de justicia desconoce

⁹² Cfr. Baubock, Rainer. “Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos” en Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (ed.), *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009, pp. 42 – 44.

⁹³ Cfr. *Ibid.*, pp. 44 – 48.

la realidad de que los derechos individuales se han demostrado históricamente insuficientes para proteger intereses indígenas. Además, llama la atención que ahora que se cuenta con mecanismos especiales de protección de derechos de pueblos indígenas y tribales – que se han ido consagrando teniendo a la vista la marginación, que en muchos casos han sufrido, impidiéndoles gozar con igualdad del ejercicio de los derechos de titularidad universal- se prefiera optar por la aplicación de normas individuales, señalando que ellas son suficientes. O sea, pareciera ser que hasta hace poco los derechos individuales no eran aptos para protegerlos, pero ahora sí lo son.

IV.- CAPÍTULO III: LA CONSULTA COMO PIEDRA ANGULAR DEL CONVENIO 169

4.1 CONTENIDO Y ELEMENTOS DEL DERECHO DE CONSULTA

Diversas guías y manuales que la OIT ha difundido con el objeto de orientar la aplicación e interpretación del Convenio, patrocinan el derecho de consulta como uno de los derechos que definen su política fundamental⁹⁴. MEREMINSKAYA, ilustra muy bien el cometido de la consulta al indicar que ésta es la herramienta prevista por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos⁹⁵.

Y si la OIT se ha decantado por dar especial atención a la consulta, es porque tiene como objetivo el garantizar una participación efectiva de los pueblos indígenas en niveles políticos, legislativos, administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente⁹⁶. Todo ello en respuesta a las dificultades históricas a las que se han visto expuestos para expresar su opinión⁹⁷. De modo que hoy, el derecho de consulta no sólo se erige como una garantía de participación sino que también como un desafío a abordar al interior de los Estados.

El derecho de consulta del Convenio, se encuentra consagrado en el artículo 6.1 del instrumento y dispone que: *“al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

A primera vista y tal como lo ha afirmado la OIT, se aprecia en la disposición transcrita, que se trata de una obligación general de consultar a los pueblos indígenas en relación con la aplicación de todas las disposiciones del Convenio, sin distinción alguna. Asimismo, se trata de una obligación que recae directamente sobre los gobiernos y no en particulares, quienes responsablemente han de adoptar todas las medidas conducentes a garantizar este derecho⁹⁸.

La OIT, al hacer mención en sus instructivos acerca de todos y cada uno de los principios que conforman el proceso de consulta, suele ser bastante casuístico en sus descripciones, señalando continuamente, que ellos se determinan estudiando las circunstancias del caso particular. Sin embargo, igualmente entrega ciertas pautas mínimas a seguir para identificar los elementos de una consulta conforme al estándar impuesto por el Convenio.

El primer principio de la consulta, consiste en que ella se lleve a cabo a través de procedimientos apropiados, esto quiere decir que, ella debe involucrarse en un clima favorable dirigido a obtener el consentimiento de las partes involucradas respecto de la medida propuesta a los pueblos indígenas⁹⁹. Se trata de un proceso de diálogo continuo en donde todos los intervinientes deben tener la posibilidad de ser oídos¹⁰⁰. Que el Convenio catalogue a estos procedimientos como apropiados, significa que ellos han de ser acordes a las circunstancias del caso en particular, como también a la naturaleza de las medidas objeto de consulta¹⁰¹. Ahora, no

⁹⁴ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Suiza, 1999, p. 12.

⁹⁵ Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 235.

⁹⁶ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Suiza, 2009, p. 60.

⁹⁷ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual*, Suiza, 2003, p. 15.

⁹⁸ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Los derechos de los pueblos...*, cit., p. 61.

⁹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 62.

¹⁰⁰ Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰¹ Cfr. *Ibid.*, p. 240.

es necesario que se arribe a un acuerdo respecto de las medidas propuestas sino que el espíritu del derecho se contenta con que se garantice una participación libre y eficaz en aquellas materias que atañen a los pueblos indígenas¹⁰².

El segundo principio de la consulta, dice relación con que ella debe efectuarse por medio de las instituciones representativas de los pueblos interesados. La OIT, consciente de la dificultad de determinar, en muchos casos, las instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales, ha concluido que lo relevante es que se trate de instituciones gestadas al interior de los propios pueblos como resultado de sus procesos internos¹⁰³. Así, grafica este elemento al enunciar como ejemplos instituciones tradicionales, tales como consejos de ancianos, consejos de aldea u otros, y también estructuras más contemporáneas como parlamentos de pueblos indígenas y tribales o dirigentes locales¹⁰⁴.

En añadidura a lo dicho, el artículo 6.2 del Convenio aporta otros principios de la consulta, señalando que ella debe “*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*”.

La buena fe, ha sido entendida por la OIT, como un principio que informa todo el proceso de consulta. Así, en primer término, ha de observarse buena fe en la obligación de los Estados de que los pueblos indígenas y tribales cuenten con toda la información posible respecto de las medidas susceptibles de afectarles. Luego, los pueblos indígenas deben contar con el tiempo y los mecanismos necesarios para estudiarlas y comprenderlas a cabalidad; procediendo, más tarde, a organizarse de acuerdo a sus tradiciones para tomar una decisión al respecto y participar eficazmente¹⁰⁵. La consulta no se satisface con la mera entrega de información¹⁰⁶ sino que ella requiere de un análisis mayor con el objeto de comprender las consecuencias e implicancias de una determinada medida. Además, un proceso de consulta en donde la información relevante se mantenga oculta, sea entregada con inexactitud, incompleta o en términos de difícil comprensión, no será un proceso conducido con buena fe y desde luego, acarreará una decisión errada por parte de los pueblos indígenas.

Junto a lo anterior, la buena fe fomenta la confianza mutua e impregna el reconocimiento genuino que realiza el Estado hacia las instituciones representativas de los pueblos indígenas, guía las negociaciones, los acuerdos pactados y sus posteriores implementaciones¹⁰⁷.

Finalmente como último principio, la disposición transcrita, señala que la finalidad del proceso consiste en llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, de modo que se requieren verdaderos esfuerzos de ambas partes para obtener acuerdos o consentimientos¹⁰⁸. Aunque, como se dijo, el hecho de no alcanzar acuerdos o el consentimiento sobre las medidas propuestas, no le quita validez al proceso de consulta.

Cierto es que el Convenio nada preceptúa respecto de la oportunidad en que la consulta debe realizarse. Sin embargo, la CEACR y Comités Especiales que han tenido a su cargo el

¹⁰² Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, pp. 235 – 236.

¹⁰³ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Los derechos de los pueblos...*, cit., p. 61.

¹⁰⁴ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio número 169...*, cit., p. 17.

¹⁰⁵ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Los derechos de los pueblos...*, cit., p. 62.

¹⁰⁶ Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰⁷ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Los derechos de los pueblos...*, cit., p. 62.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibidem*.

examen de reclamaciones a propósito de la consulta y participación en diversos países, han concluido que para que el proceso de consulta sea efectivo, las medidas en cuestión deben ser consultadas con suficiente antelación a su adopción. Esto quiere decir, que la consulta siempre debe ser previa y que, por tanto, una consulta tardía en donde las medidas ya se encuentren definidas sin contar con la participación de éstos, resulta por completo ineficaz. Incluso, yendo más lejos, resulta irrelevante si se trata de la proposición de una medida nueva o de una medida que pretende modificar a otra adoptada con anterioridad, ambas deben ser consultadas¹⁰⁹.

Contemplar una nueva consulta para modificar proyectos o políticas que, en su momento, fueron aprobadas y contaron con el correspondiente proceso de consulta, tiene sentido pues el acuerdo se obtuvo – en primera instancia- sobre la base de las circunstancias propias de la medida propuesta. Y si se planea modificar la medida ya acogida, debe realizarse una nueva consulta sobre la transformación que sufrirá, toda vez que ella escapa del consentimiento y en definitiva, del proceso de consulta realizado con anterioridad.

Por último, cabe hacer presente que el Convenio, establece un deber especial de consulta que resulta útil de destacar, dado que se examinará la aplicación de ésta en el plano ambiental. Esta consulta obligatoria se contempla ante el supuesto de que “*pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras*”¹¹⁰ de pueblos indígenas.

4.2 IMPLEMENTACIÓN Y REGULACIÓN DE LA CONSULTA EN CHILE

4.2.1 Obligación de los Estados en su implementación

En términos generales, el artículo 2.1 del Convenio¹¹¹ dispone que la responsabilidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas recae en los Estados. En consecuencia, son ellos quienes han de adoptar todas las medidas tendientes a garantizar los derechos consagrados en el Convenio, dándole efecto al mismo.

En este sentido, el artículo 34 del Convenio contempla un criterio especial que orienta la acción del Estado para dar efecto a lo dispuesto en el instrumento, conocida como regla de la flexibilidad¹¹². Esta regla formula, de manera simple, que la labor del Estado destinada a dar cumplimiento a lo prescrito por el Convenio debe considerar las condiciones de cada país.

Así, lejos de imponer rigidez en la ejecución del mismo, se opta por entregar un cierto margen de flexibilidad que permita adecuar lo mandado a la realidad que vive cada país en el orden económico, jurídico, social y cultural: pues no hay una fórmula unívoca de consulta¹¹³. La flexibilidad, en todo caso, no es equivalente a una libertad total en la adopción de medidas para dar satisfacción a la obligación del Estado, sino que se trata de una porción de libertad para que el

¹⁰⁹ Cfr. Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, pp. 236 – 238.

¹¹⁰ Cfr. Artículo 15. 2 del Convenio 169.

¹¹¹ Art. 2.1: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

¹¹² Art. 34: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

¹¹³ Cfr. Anaya, James: Relator Especial de 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*, 2009, p. 40 Documento en línea, disponible en <http://es.scribd.com/doc/14612207/Informe-Relator-ONU-Principios-sobre-Consulta-a-Pueblos-Indigenas-Abril-2009>, visitado el 10 de noviembre de 2011.

Estado evalúe los medios con que cuenta, la pertinencia y la idoneidad de ellos para dar efecto a los derechos que reconoce el Convenio. Sin perjuicio de que siempre se observe el estándar y los objetivos que éste persigue¹¹⁴.

4.2.2 Regulación de la consulta en Chile

4.2.2.1 El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la consulta

El tema de la regulación e implementación del Convenio y en específico del derecho de consulta en nuestro país, ha sido objeto de discusión aún antes de su ratificación.

El 2000 se presentó ante el TC un requerimiento solicitando se declarase la inconstitucionalidad del Convenio por aspectos formales como de fondo. Si bien el requerimiento fue finalmente rechazado, el TC precisó un par de aspectos con el fin de evacuar una adecuada decisión sobre el asunto sometido a su conocimiento. Para efectos de este trabajo, sólo me referiré a uno de ellos.

Así, el TC señaló¹¹⁵ que los tratados internacionales pueden contener dos tipos de cláusulas: las autoejecutables (*self executing*) o las no autoejecutables (*non executing*). Las primeras tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin requerir algún otro trámite posterior a la incorporación del tratado al Ordenamiento nacional, por ende son autosuficientes, y entran a la legislación nacional junto con el tratado que las contiene. Las segundas, por el contrario, necesariamente requieren para su entrada en vigencia de la dictación de actos normativos que las implementen haciéndolas aplicables como fuente de Derecho interno. De modo que involucran la imposición de una obligación para el Estado, cual es, la dictación de actos de autoridad con posterioridad a la incorporación del tratado al Derecho nacional.

La importancia de la precisión, radica en que la distinción entre ambos tipos de cláusulas orienta el criterio que ha de adoptar el TC al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos de un tratado. Por consiguiente, las normas no autoejecutables, no pueden entrar en contradicción con el Ordenamiento nacional ni aun cuando se ratifique el tratado que las contenga, pues forzosamente se requieren actos normativos posteriores para dotarlas de fuerza interna y sólo sobre estas últimas versaría una eventual contradicción normativa y control de constitucionalidad. Por otro lado, sólo cuando se esté ante normas autoejecutables, deberá el TC pronunciarse directamente acerca de la constitucionalidad de éstas.

Concluye el TC, entonces, que en cada caso particular deberá previamente decidirse si las disposiciones del tratado son o no autoejecutables. Dicho lo anterior, conviene saber qué clase de carácter tiene el derecho de consulta y consecuentemente, cómo opera su implementación en nuestro país.

El TC, tomando los términos perentorios en que la consulta se encuentra consagrada en el Convenio como también, considerando que ella introduciría una diligencia en el proceso de tramitación interna de la ley – recordando que las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, ahora deben ser consultadas a los interesados-, modificando la ley orgánica constitucional del congreso nacional o incluso, transformando en obligatoria una

¹¹⁴ Cfr. Fernández, Andrés y De la Piedra, Cristhian, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁵ Tribunal Constitucional, sentencia rol 309 - 00 de 4 de agosto de 2000, considerando 48°.

atribución facultativa para las distintas comisiones legislativas¹¹⁶, sella el asunto indicando que la consulta tiene carácter de norma autoejecutable o de aplicación directa¹¹⁷.

4.2.2.2 La concretización de la consulta en Chile

A pesar de que el derecho de consulta, sería entonces, una norma autoejecutable que por consiguiente, no requiere de actos normativos posteriores que la implementen, el Estado chileno estima que cumple con el deber de consulta y participación, por medio de dos cuerpos normativos: el artículo 34 de la Ley indígena y el Decreto n° 124 del Ministerio de Planificación y Cooperación – en adelante MIDEPLAN- que lo reglamenta.

Por su relevancia para este trabajo, transcribimos la norma antedicha. El art. 34 inciso 1° de la Ley indígena, dispone que: *“Los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”*.

Como se expuso con anterioridad, el Convenio entrega cierta flexibilidad a los Estados para dar cumplimiento a su contenido, siempre que se respeten el espíritu y estándar protector que inspira las disposiciones del instrumento. Incluso, bien podría ser, que el Estado dé cumplimiento a lo prescrito por el Convenio haciendo uso de medios establecidos, con anterioridad a la recepción del mismo, en la normativa nacional. Pero siempre teniendo a la vista el estándar que se sugiere. En el caso del art. 34 de la Ley indígena, no hay duda que el Estado chileno optó por la última hipótesis a la que aludimos, esto es, vio en la Ley indígena un mecanismo de participación de los pueblos indígenas que resultaba equivalente a la consulta del Convenio. Sin embargo, esta similitud instaurada entre ambos mecanismos, no conllevaría la satisfacción del patrón impuesto por el Convenio. Primero, porque el art. 34 de la Ley indígena limita la participación a un mero ‘escuchar y considerar’, que es bien distinto del desarrollo de una diálogo institucionalizado con la adopción de los principios que ya se expusieron. Y segundo, porque sólo versaría sobre medidas promovidas por ‘los Servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial’¹¹⁸, en circunstancias que la consulta es más amplia, siendo aplicable a medidas administrativas y legislativas.

Cabe hacer presente además, que el TC se pronunció respecto de esta analogía entre el derecho de consulta del Convenio y el art. 34 de la Ley indígena, de una forma bien particular. Primero enunció que entre ambos mecanismos habría una diferencia sustancial. Y agregó que para demostrarlo, basta con referirse al papel que juega la respuesta a la consulta hecha en los términos del Convenio. Que si bien, ella no goza de un carácter vinculante stricto sensu, sí tiene una connotación jurídica especial, ya que debe ejecutarse de buena fe, de una manera apropiada a

¹¹⁶ Artículo 22 de la ley n° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional: “Las comisiones reunirán los antecedentes que estimen necesarios para informar a la corporación. Podrán solicitar a las autoridades correspondientes la comparecencia de aquéllos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, de conformidad con lo señalado en los artículos 9 y 9°, hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y *solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente*”.

¹¹⁷ Cfr. Tribunal Constitucional, *op. cit.*, considerando 7°.

¹¹⁸ Cfr. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *Informe anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile*, Chile, 2010, p. 99. Documento en línea, disponible en http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/734/2010-indh-informe_anual.pdf, visitado el 02 de diciembre de 2011.

las circunstancias y con el objeto de llegar a un acuerdo o de obtener el consentimiento acerca de las medidas propuestas a los pueblos indígenas¹¹⁹. Lo curioso del asunto, es que si bien en un principio el TC estimó que ambos mecanismos no eran equivalentes, más adelante y en la misma sentencia indicó que “*debe agregarse que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena*”¹²⁰. El TC incurre en una flagrante contradicción, de modo que no podría utilizarse este fallo a favor de la compatibilización de ambos mecanismos como ha ocurrido con parte de la doctrina.

Ahora bien, dijimos que el Estado chileno estima que también cumpliría con el derecho de consulta a través del Decreto n° 124 de 4 de septiembre de 2009. Sin embargo, al respecto, cabe hacer varias aclaraciones y reparos en varios puntos.

El Decreto n° 124 en su art. 1 indica que el fin del reglamento consiste en que “*regula la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la ley n°19.253*”. No se requiere un mayor análisis de la norma, como para que sea visible una primera objeción acerca de ella, pues aunque luego el reglamento reproduzca los principios en los que se sustenta el derecho de consulta del Convenio – buena fe, procedimientos apropiados, representatividad y finalidad- y los haga aplicables al art. 34 de la Ley indígena, el Decreto no está regulando la consulta propia del Convenio 169 sino que regula el mecanismo de participación de la Ley indígena¹²¹ que, como ya se exhibió, no es coherente con el estándar garantista y protector establecido por el Convenio.

A mayor abundamiento, diversos fallos nacionales se han referido a este punto exponiendo que “*se debe afirmar con precisión que el Decreto N° 124 de 4 de septiembre de 2009, de MIDEPLAN, reglamenta el artículo 34 de la ley 19.253 y no el Convenio 169 en las normas aludidas (refiriéndose a la consulta y participación), ya que estas normas son autoejecutables*”¹²².

Una segunda objeción viene de la mano de los órganos a quienes se aplica el Decreto, que según el art. 4 del mismo son “*los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos del cumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo precedente, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento*”. De este modo, el Decreto estipula como obligatorio para estos órganos de la Administración del Estado la realización de la consulta pero a continuación, libera de esta carga a los órganos constitucionalmente autónomos – como municipalidades por ejemplo – dejando a su discreción una eventual consulta. Asimismo, al circunscribir los órganos que quedan

¹¹⁹ Cfr. Tribunal Constitucional, *op. cit.*, considerando 7°.

¹²⁰ *Ibid.*, considerando 70°.

¹²¹ Cfr. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *op. cit.*, p. 101.

¹²² SCA Temuco, rol 1705 – 2009 de 21 de enero de 2010, considerando 7°. En el mismo sentido SCA de Valdivia, rol 148 – 2010 de 26 de mayo de 2010, considerando 11°.

sujetos a la obligación, de manera indirecta se definen las medidas que han de ser consultadas, que serán aquellas que sólo emanen de los órganos antedichos¹²³.

Si el Decreto singulariza los órganos de la Administración del Estado para quienes resulta obligatorio efectuar un proceso de consulta y consecuentemente, concreta las medidas sobre las que tratará el mismo, lo que se está haciendo es restringir el ámbito de aplicación del derecho de consulta a determinadas medidas legislativas o administrativas. El Convenio y los distintos instructivos de autoría de la OIT no hacen ninguna distinción más acabada respecto del tipo de medidas que deben ser consultadas, de modo que no parece adecuado que los distintos gobiernos que ratifican el Convenio elijan, al borde de lo antojadizo, cuáles medidas serán necesariamente consultadas y cuáles no.

Otro aspecto problemático del Decreto, lo constituye el llamado que se hace a los órganos de la Administración del Estado a que se hizo alusión, para que evalúen la pertinencia del inicio de un proceso de consulta¹²⁴. O sea, por un lado se establece la obligación de llevar a la práctica procesos de consultas y por otro lado, se deja a discreción de los mismos la decisión de su ejecución. Con todo, claramente queda espacio a que en definitiva, el proceso de consulta sea omitido si así lo considera el respectivo órgano¹²⁵, dejando la excepcional posibilidad de que ciertos Ministerios ‘recomienden’ un proceso de consulta cuando estimen que se cumplen los requisitos exigidos.

La posibilidad de que el órgano respectivo examine la pertinencia de la consulta, relativiza de manera contundente la obligación de consulta establecida en un principio para los órganos de la Administración del Estado, haciendo peligrar de manera directa la participación de los pueblos indígenas en asuntos de su incumbencia o al menos, poniendo en entredicho su eficacia. A mayor abundamiento, la OIT ha sido enfática al asegurar que uno de los pilares principales del Convenio lo conforman la consulta y participación de los pueblos indígenas, en vista de las escasas oportunidades de intervención política de que han gozado históricamente.

Ya en cuanto al proceso mismo de consulta, el Decreto reserva una serie de aspectos para que sean resueltos por el propio órgano de la Administración del Estado, tales como los instrumentos y modalidades para desarrollar la consulta que, a su vez, involucran la descripción de los objetivos de la consulta, los contenidos de la medida propuesta, itinerarios, plazos y actividades a propósito de la misma¹²⁶.

La adopción de los detalles del proceso de consulta por parte de los órganos de la Administración del Estado, nuevamente es signo de una característica recurrente a lo largo del Decreto: la discrecionalidad a favor del Estado. A mi juicio, este Decreto además de incumplir el espíritu de la consulta, no hace más que agudizar la asimetría que existe entre el aparato estatal y

¹²³ Cfr. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *op. cit.*, p. 100.

¹²⁴ Artículo 16 del Decreto Supremo 124: “El órgano de la administración del Estado al que corresponda la iniciativa de la medida legislativa o administrativa, deberá evaluar con el Ministerio de Planificación y en coordinación con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta.

En caso que el órgano de la administración del Estado estime que no corresponde iniciar un proceso de consulta, el Ministerio de Planificación y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia podrán, excepcionalmente, recomendar su realización cuando consideren que la medida reúne los requisitos para ello”.

¹²⁵ Cfr. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *op. cit.*, p. 100.

¹²⁶ Artículo 17 inciso 2° del Decreto Supremo 124: “El órgano de la administración del Estado respectivo deberá determinar los instrumentos y modalidades que permitan dar cumplimiento a estos objetivos del proceso de consulta, los contenidos de la propuesta de medida legislativa o administrativa, así como el itinerario, plazos y actividades de dicho proceso”.

los pueblos indígenas respecto de las herramientas con que cada parte cuenta para participar en la vida pública, y la cierta ventaja que el Convenio intenta establecer en beneficio de los pueblos indígenas, queda difuminada con la serie de prerrogativas que se consagran para el Estado chileno.

En añadidura a lo anterior, cabe hacer presente que el Decreto contempla que los “*proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N° 19.253 serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contempla en las respectivas normativas sectoriales*”¹²⁷. Motivo por el cual, se ha acudido a la participación ciudadana de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente –en adelante- LBGMA, en circunstancias que este mecanismo no cumple, como se verá, con el estándar del Convenio.

Como último, y tal vez uno de los más importantes, puntos de crítica acerca del Decreto se hace presente que formalmente éste no fue objeto de consulta alguna¹²⁸, ignorando por completo la observación del Relator Especial JAMES ANAYA y por ende, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado chileno; pues luego de su visita a nuestro país durante el 2009, el Relator Especial enfatizó que un eventual reglamento sobre la materia debía ser consultado previamente a los pueblos indígenas del país¹²⁹. En los términos del Convenio, el Decreto constituye a todas luces una medida legislativa susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas, sin embargo a pesar de que reúne los requisitos del art. 6 del Convenio, no fue consultado acarreado en breve, un incumplimiento de las disposiciones del Convenio a muy poco tiempo de su ratificación.

No obstante lo anterior, algo de optimismo puede tenerse en lo tocante a la continuación del Decreto en nuestra legislación, ya que en sesión del 15 de junio del presente año, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, acordó solicitar la derogación del Decreto -acogiendo así uno de los principales requerimientos de organizaciones de pueblos indígenas en torno a la materia- junto con solicitar la suspensión del actual proceso de consulta indígena que impulsa el MIDEPLAN, por limitar arbitrariamente la consulta y por no ajustarse a los estándares internacionales obligatorios para el Estado. Más tarde, el Senado aprobó un acuerdo en términos similares¹³⁰.

En todo caso, a pesar de las solicitudes referidas y del carácter provisorio con que se dictó el Decreto, debe recordarse que éste sigue vigente dentro de nuestro Ordenamiento y por ende, sigue produciendo los efectos cuestionables a que se hizo mención.

¹²⁷ Artículo 5 del Decreto Supremo 124.

¹²⁸ Cfr. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *op. cit.*, p. 101.

¹²⁹ Cfr. Anaya, James, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009, p. 8.

¹³⁰ Ambos acuerdos disponibles en *Centro de Políticas Públicas*. Documentos en línea, disponibles en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/753.html?task=view>, y <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/1510-proy-acuerdo-senado-dl124.htm>, ambos visitados el 11 de noviembre de 2011.

4.3 APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN CHILE: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL JUDICIAL CHILENO

4.3.1 *Jurisprudencia comentada*

Una porción importante de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en nuestro país, en cuyos casos se ha invocado el Convenio 169, tiene directa relación con el derecho de consulta. Las implicancias emanadas de los recientes fallos, teniendo en consideración que desde hace sólo un par de años el Convenio se encuentra vigente, no son menores y me detendré en ellas en la medida que resulten pertinentes para este trabajo.

En diversas oportunidades, desde la entrada en vigencia del Convenio, nuestras Cortes de Apelaciones – en adelante CA- han conocido y resuelto recursos de protección presentados por comunidades indígenas solicitando la práctica efectiva de un proceso de consulta a propósito de proyectos de inversión, sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental – en adelante SEIA-, susceptibles de afectarles. Las cuestiones promovidas ante la maquinaria judicial han guardado relación principalmente con: por un lado, la omisión del trámite de consulta – por presentarse la discusión ante los elementos que la configuran- y por otro, el alzamiento de su equivalencia con otros procedimientos de participación ya instaurados en Chile.

Primero, comentaré en forma breve, jurisprudencia seleccionada especialmente al efecto. El criterio de selección obedece a la fundamentación y procesos deductivos que han efectuado las Cortes, por consiguiente, he optado por aquellas sentencias que involucran un cierto interés científico, reservando para el pie de página aquéllas que asimilan la argumentación de las que sí se han desarrollado, con el fin de enriquecer las conclusiones obtenidas. Y a continuación, se encontrará una sección que establecerá las tendencias e implicancias de ella en un contexto más global. Resulta necesario anunciar, además, que aquellas sentencias que resultan simples en su razonamiento, han sido deliberadamente excluidas del estudio.

El panorama frecuente, como se dijo, trata sobre el cumplimiento de la consulta para casos de proyectos de inversión con injerencia en la vida de pueblos indígenas. En esta dirección, un primer fallo a comentar es aquel recaído sobre un recurso de protección interpuesto por comunidades indígenas en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente – en adelante COREMA- de la región de la Araucanía, con el objeto de que se declare sin efecto la resolución que calificaba – en lo sucesivo RCA- favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental – en adelante DIA- de un proyecto de piscicultura ubicado 800 metros aguas arriba por el río Palguín en donde habitan alrededor de 300 familias pertenecientes a las comunidades de la recurrente. Ésta, argumentó que la RCA devenía en un acto ilegal y arbitrario por no contemplarse un proceso de consulta sobre un proyecto que era susceptible de afectarles. Casos similares a éste, pero con menores aportes doctrinarios se encuentran en nuestras CAs¹³¹.

Lo interesante de este caso radicó en que a juicio de la Comisión Nacional del Medio Ambiente – en lo sucesivo CONAMA-, la RCA no constituiría, en los términos del Decreto

¹³¹ Así, hallamos **SCA de Concepción, rol 401 – 2010 de 1 de diciembre de 2010**, contra la RCA que calificó favorablemente la DIA del proyecto ‘Mini central hidroeléctrica Cayucupil’ y que no contó con el trámite de consulta previa (considerando 1°). La CA de Concepción, al no ver ningún reparo en el asunto por parte de la CONADI y desligándose del conflicto de fondo por estimar que excedía la finalidad del procedimiento de urgencia que constituye el recurso de protección, rechazó la pretensión (considerandos 7°, 8° y 10°). Confirmada por la SCS, rol 9889 – 2010, de 11 de abril de 2011.

124¹³², una medida administrativa que deba ser consultada porque no sería un instrumento con efectos permanentes y de alcance general como han de ser las medidas administrativas dignas de consulta.

La CA razonó a este respecto que tanto el Convenio como la normativa sectorial chilena, haciendo alusión a la ley indígena y a LBGMA, no señalan qué debe entenderse por ‘medida administrativa’. De modo tal que, versando el Convenio sobre derechos humanos, ha de interpretarse la fórmula en cuestión obedeciendo a la dignidad del hombre y al respeto y promoción de sus garantías constitucionales, esto es, siempre debe interpretarse a favor de los pueblos indígenas. Y en ese sentido, se concluyó que ‘medida administrativa’ debe ser entendida como aquella que proviene de la Administración del Estado¹³³. Así las cosas, la CA estimó en dicha oportunidad, que la RCA era en toda su magnitud una medida administrativa y por ende, debía ser consultada a los actores¹³⁴.

Ahora bien, aunque estimo correcta la decisión de la CA de Temuco, pues haciendo uso de principios de interpretación en materia de derechos fundamentales, arriba, de un modo, al espíritu de la consulta, me parece que no hacer una mínima reseña a la definición de ‘medida administrativa’ entregada por el Decreto 124 constituye una omisión de proporciones. Bien puede estarse en desacuerdo con el contenido y modo en que opera el impopular Decreto, pero aún así, se trata de normativa vigente y aplicable, por lo que creo, habría sido óptimo exponer los motivos por los que él fue desatendido.

La decisión, más tarde, fue revocada por la Corte Suprema – en lo sucesivo CS-¹³⁵ bajo el siguiente razonamiento. Recuerda que el proyecto fue ingresado al SEIA bajo la forma de una DIA porque no provoca ninguno de los efectos del art. 11 de la LBGMA¹³⁶. Si, por el contrario, se ocasionase alguno de dichos efectos, el proyecto deberá presentarse por medio de un EIA. Una de las diferencias entre estos instrumentos de evaluación dice relación con que la LBGMA vigente al momento de esta controversia¹³⁷, consagraba un mecanismo de participación ciudadana obligatorio reservado sólo para EIAs.

Luego, la CS continúa su reflexión indicando que *“en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado de manera*

¹³² Artículo 14 del Decreto Supremo n° 124, inciso 3°: “Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes, y programas, con excepción de aquéllos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos del Estado señalados en el artículo 4 del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”.

¹³³ Cfr. SCA de Temuco, rol 1705 – 2009 de 21 de enero de 2010, considerando 8°.

¹³⁴ Cfr. *Ibíd.*, considerandos 9°, 10° y 11°.

¹³⁵ Cfr. SCS, rol 1525 – 2010, de 17 de mayo de 2010, considerandos 5° y 10°.

¹³⁶ Artículo 11 de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

- a) Riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
- d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.”

¹³⁷ La Ley n° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente fue recientemente modificada por la ley n° 20.417 del 26 de enero de 2010.

indefectible que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases de Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación”¹³⁸. Pero como el proyecto aludido no reúne los requisitos propios de un EIA, pues no produce ninguno de los efectos del art. 11 de la LBGMA, no se estaría ante una afectación de las comunidades indígenas. Y, como se sabe, de no haber EIA: no hay participación ciudadana. Es por ello que no da cabida a un eventual proceso de consulta, desestimando si la RCA es un acto administrativo de efectos generales o particulares y por ende, intentando zanjar la discusión acerca de que sólo las medidas administrativas generales deben consultarse.

La labor que realiza en definitiva la CS es que, al no haber pautas o parámetros que permitan valorar el grado de afectación a que el Convenio hace referencia para hacer procedente la consulta, llena de contenido el concepto de ‘afectación’ haciendo uso de los criterios proporcionados por el art. 11 de la LBGMA. De modo que hay afectación si se dan los efectos del artículo referido y viceversa. Entonces, lo relevante será determinar caso a caso si se está ante una DIA o ante un EIA, siguiendo lo lógica de los efectos ocasionados. Sólo así, se sabrá si hay afectación y consecuentemente, si se debe someter el proyecto al escrutinio de los pueblos indígenas cuando corresponda. Este razonamiento no ha sido aislado y por el contrario, ha sido visible en CAs¹³⁹.

Identificar la ‘afectación’ de la consulta con los patrones de afectación impuestos por LBGMA, constituye un raciocinio más elevado que la simple limitación de sostener que ambos mecanismos son semejantes, pero en todo caso, sigue representando la tendencia de que el procedimiento de participación ciudadana del EIA es compatible con la consulta.

Una controversia similar a la comentada recientemente se originó a propósito de un proyecto que consistía en la instalación de un sistema para conducir aguas residuales industriales, tratadas en una planta de celulosa, al mar. En vista de ello, comunidades indígenas aledañas a la localización del mismo, presentaron un recurso de protección en contra de la COREMA de la región de Los Ríos por considerar arbitraria e ilegal la RCA que calificó favorablemente el proyecto ingresado vía EIA. Ello, en parte, como consecuencia de la omisión del trámite de consulta a los pueblos indígenas afectados.

Como se expresó hace un momento, la LBGMA contempla un mecanismo de participación ciudadana obligatorio para EIAs. La importancia de este fallo radica, entonces, en que la CA de Valdivia rechazó el recurso asumiendo que la consulta del Convenio ya se encontraba recogida en nuestro Ordenamiento en la propia LBGMA que data de 1994¹⁴⁰ y en concordancia con ello, al practicarse la instancia de participación de la LBGMA, se dio

¹³⁸ SCS, *op. cit.*, considerando 12°.

¹³⁹ Ejemplo de ello es la **SCA de Antofagasta** que en su fallo de **rol 782 – 2010 de 21 de diciembre de 2010**, desestimó la pretensión de modificar la calificación de DIA a EIA del proyecto ‘Actualización plan regulador San Pedro de Atacama’ por considerar que no se daban los efectos del art. 11 de la LBGMA. Al no haber afectación, la consulta resultaba improcedente (considerando 10°). La **SCS, rol 258 – 2011 de 13 de julio de 2011**, revocó el fallo exponiendo que dada la localización del proyecto -en donde se insertan comunidades indígenas atacameñas- se requería un EIA, que trae aparejado un mecanismo de participación ciudadana, el que debe cumplir con los estándares del Convenio (considerandos 9° y 10°). Como punto enriquecedor consta la referencia a que los meros actos informativos no constituyen consulta (considerando 8°).

¹⁴⁰ La equivalencia también fue asumida por la **SCA de Puerto Montt, rol 239 – 2011, de 11 de octubre de 2011**, considerandos 7°, 8° y 9°. Fallo que se cubre parcialmente más adelante.

cumplimiento al deber de consulta. Asimismo, insistió en que la RCA no reúne los elementos necesarios para hacerla acreedora del título de ‘medida administrativa’, pues la consulta es procedente ante nuevas políticas, planes o programas que afecten a pueblos indígenas, según el Decreto 124. Figuras que, por sus efectos generales, son ajenas al acto impugnado, toda vez que la RCA es un acto administrativo y por ende, particular en sus efectos¹⁴¹.

A su turno, la CS eliminó justamente los considerandos a que se ha hecho alusión, refrendando su decisión en orden a que resulta indiferente si la RCA es una medida administrativa de efectos generales o particulares, y aunque no revocó la decisión de la CA, impregnó su sentencia de fundamentos no menores. Ello porque sirviéndose de la regla de flexibilidad consagrada en el Convenio – y que en su oportunidad ya fue objeto de estudio-, enunció que era forzoso concluir que, dada la regla, debía entenderse incorporada la consulta en el procedimiento de participación ciudadana de la LBGMA¹⁴². Apoyarse en la regla de flexibilidad para hacer compatibles mecanismos distintos, me parece que bordea en el abuso. No puede invocarse la regla sin más, ignorando las características y principios propios de cada proceso. De hecho, ni siquiera es apreciable en la sentencia algún intento por explicar la identificación de ambos mecanismos, aspecto que sin duda, enriquecería la discusión. Sino que sólo se toca la flexibilidad como el argumento que permite salvar la correspondencia entre los dos, entendiendo que si ambos son referentes a formas de participación, ello basta.

Ahora bien, la CS no sólo se contentó con pronunciar la satisfacción de la consulta por medio de la LBGMA sino que fue más allá asegurando que la consulta y su *“texto y principios que la informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”*¹⁴³. Aspecto que finalmente reiteró al indicar que *“ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida (la consulta) al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa sectorial que la rige, las cuales son enteramente conciliables con los estándares que orientan el Convenio”*¹⁴⁴.

Cabe hacer presente que el fallo de la CS fue acordado con el voto en contra del Ministro Brito, quien fue de parecer de ordenar la repetición del proceso ambiental dada la inobservancia de la consulta. Lo que el Ministro Brito tuvo en consideración fue, que si bien la recurrida desarrolló diversos talleres informativos con las comunidades indígenas interesadas para dar a conocer el proyecto, como demostró en su respectivo informe, *“informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes, quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”*¹⁴⁵. Este reparo es acorde a los principios de la consulta, como se vio con anterioridad, pues ‘informar’ está lejos de ser el diálogo institucionalizado que persigue la consulta.

¹⁴¹ Cfr. SCA de Valdivia, rol 148 – 2010, de 26 de mayo de 2010, considerandos 11° y 12°.

¹⁴² SCS, rol 4078 – 2010, de 14 de octubre de 2010, considerandos 5°, 6°, 7° y 8°.

La regla de flexibilidad se utilizó del mismo modo por la **SCA de Santiago, rol 1794 – 2010 de 31 de enero de 2011**. Rechazando un recurso de protección interpuesto en contra del Ministerio de Obras Públicas por el proyecto ‘Nuevo aeropuerto de la región de la Araucanía’ (considerandos 7° y 10°). Del voto disidente destaca la preocupación por ver comprometida la responsabilidad internacional del Estado chileno ante el incumplimiento de la consulta o su realización sin observar sus características esenciales (voto disidente, considerandos 1°, 3°, 4° y 5°). Confirmada por la **SCS, rol 1608 - 2011 de 6 de mayo de 2011**. La que eliminó el considerando 10° y confirmó la decisión por motivos de temporalidad. La decisión, nuevamente, contó con el voto en contra del Ministro Brito.

¹⁴³ SCS, rol 4078 – 2010..., cit, considerando 11°.

¹⁴⁴ *Ibid.*, considerando 12°.

¹⁴⁵ *Ibid.*, voto disidente.

Este caso, representa el principal conflicto a dilucidar en nuestro país: si es la consulta equivalente al procedimiento de participación ciudadana de la LBGMA. Adelantaré que ambos mecanismos no se identifican recíprocamente, pues - como demostraré en la siguiente sección- pertenecen a categorías de derechos distintas y aisladamente, cada una, tiene sus propios principios, requisitos, características y fines.

Un avance sustancial sobre la materia representó la sentencia de la CA de Puerto Montt recaída sobre un recurso de protección interpuesto por comunidades indígenas, que fue finalmente acogido. En este caso, el recurso se interpuso en contra de una empresa pesquera y su intención de construir una piscina en las inmediaciones de la recurrente, con el fin de almacenar residuos contaminantes. Proyecto que, alzándose sobre tierras indígenas, habría prescindido de un trámite de consulta como corresponde.

Este fallo, dando un paso más hacia adelante, en comparación a los fallos anteriormente revisados, intenta zanjar la discusión acerca de la pertinencia de la consulta en EIAs y DIAs, e indica que *“ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho de participación. En efecto, una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169”*¹⁴⁶. En este sentido, es posible esbozar que se ignora la identificación de la afectación a que hace mención la consulta con los efectos del art. 11 de la LBGMA, para inclinarse por una consulta que sólo recaiga en EIAs y además, se tiene presente que se está ante mecanismos diversos.

El siguiente razonamiento célebre de la CA – por su aplicación reticente-, dice relación con que, si bien la parte recurrente y su predio, deslindan con aquel directamente afectado, la recurrente despliega allí actividades de etnoturismo y la fiesta costumbrista mapuche. Así las cosas, la CA en atención a la definición del concepto ‘tierras’ entregada por el propio Convenio, estima que *“el concepto tierras es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.253, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”*¹⁴⁷.

Con posterioridad, la CS confirmó la decisión pero bajo una lógica distinta a la mencionada. De hecho los únicos considerandos que estimé relevantes para este estudio, fueron eliminados. En su lugar, simple y sucintamente se tuvo presente que *“la actuación de la recurrida genera efectos importantes sobre el medio ambiente que afecta a las comunidades vecinas, de manera que vulnera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”*¹⁴⁸. No obstante ello, resulta optimista el voto disidente del Ministro Muñoz, quien fue de parecer de confirmar la sentencia apelada sin la eliminación de los considerandos parcialmente transcritos que fundaron la decisión de la CA¹⁴⁹.

¹⁴⁶ SCA de Puerto Montt, sentencia rol 36 – 2010 de 27 de julio de 2010, considerando 9°.

¹⁴⁷ *Ibid.*, considerando 10°.

¹⁴⁸ SCS, rol 5757 – 2010 de 15 de septiembre de 2010.

¹⁴⁹ Cfr. *Ibid.*, voto disidente, considerando 2°.

En la jurisprudencia nacional hubo además, un intento directo por solicitar la suspensión y/ o revocación definitiva del proceso de participación que establece la LBGMA por estar en contradicción con el Convenio. Este punto se discutió a propósito de un recurso de protección presentado en contra de una concesión de exploración minera en una reserva nacional, que ingresó vía EIA. Lo crucial en este caso, sería que la exploración minera se desplegaría en territorio indígena ancestral en el norte de nuestro país.

La CA de Arica en una argumentación bastante escueta sobre el asunto, rechazó el recurso sobre la base que el acto susceptible de ser impugnado por dicha vía era el EIA y no la omisión en la ley alegada por los recurrentes¹⁵⁰.

Lo enriquecedor de este caso, nuevamente viene de la mano del voto disidente del Ministro Brito, pues la sentencia apelada fue confirmada sin más por la CS. En su voto en contra, el Ministro Brito reitera su preocupación porque se lleve a cabo un proceso de consulta tal como mandata el Convenio, donde no se entienda satisfecho el deber con la mera entrega de información hacia los pueblos indígenas. Abogando, a su vez, porque se realice previo a la exploración minera un proceso de consulta¹⁵¹, ya que *“las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”*¹⁵².

En lo que respecta a la CA de Valdivia, ésta progresó en su jurisprudencia al conocer y resolver un recurso de protección en contra de la COREMA de la región de los Ríos, con motivo de la RCA que calificó favorablemente una DIA. El proyecto en entredicho significaba la construcción de una estación de transferencia de residuos sólidos domiciliarios antes de su disposición final en un relleno sanitario. A juicio de los recurrentes, la RCA devendría en un acto ilegal y arbitrario por no contemplar un proceso de consulta en circunstancias que el proyecto se emplazaría en un centro mapuche del *kimun* (sabiduría) y en sectores aledaños a ocho comunidades indígenas. Asimismo, agregaron que debido a los efectos e impactos ambientales del mismo, éste debió presentarse por medio de un EIA y no una DIA¹⁵³. Un caso con características semejantes, pero con resultados distintos se ventiló en la CA de Puerto Montt.¹⁵⁴

Retomando la argumentación de la CA de Valdivia, ésta dio la razón a la recurrente señalando que dados los efectos ambientales del proyecto, así como la vinculación de las

¹⁵⁰ Cfr. SCA de Arica, rol 16 – 2010 de 19 de febrero de 2010, considerando 2°.

¹⁵¹ Cfr. SCS, rol 2262 – 2011 de 16 de junio de 2011. Voto disidente, considerandos 2° y 3°.

¹⁵² *Ibid.*, considerando 1°.

¹⁵³ Cfr. SCA de Valdivia, sentencia rol 243 – 2010 de 4 de agosto de 2010, considerandos 1° y 2°.

¹⁵⁴ Igualmente, se halla la **SCA de Puerto Montt, rol 239 – 2011, de 11 de octubre de 2011**, recaída sobre la RCA favorable a la DIA del proyecto ‘Parque eólico Chiloé’. El actor solicitó la realización de la consulta dado que el mismo se ubicaría en cercanías de comunidades indígenas y asentamientos ancestrales. Asimismo, solicitó la sustitución de la DIA por un EIA, por considerar procedentes los efectos del art. 11 de la LBGMA (considerando 3°). El recurso se rechazó por estimar que se cumplía con la normativa ambiental y no se causaba ningún agravio o amenaza a los derechos del actor (considerando 6°), además que la consulta no resultaba pertinente al no haber afectación. Y al igual que otros, señala que el procedimiento de participación ciudadana cumple con las exigencias de la consulta (considerandos 7°, 8° y 9°). El voto disidente continuó con la idea de que se cumple con el deber de consulta en la LBGMA por medio del EIA (considerando 4°). Aún está pendiente la causa ante la CS. Contando con antecedentes similares a la anterior, la **SCA de Temuco, rol 349 – 2011 de 20 de enero de 2012**, acogió un recurso de protección en contra de la RCA favorable al proyecto ‘Línea de transmisión en poste de hormigón 110Kv Melipeuco – Freire’, por no presentarse a través de un EIA en circunstancias que atravesaría comunidades indígenas, afectaría a otras colindantes y se encontraría en proximidades de sitios rituales mapuche, esto es, se darían los efectos del art. 11 de la LBGMA. Se resolvió además, ordenar un proceso de consulta (considerandos 1° y 2°). Aún no ha habido pronunciamiento de la CS.

comunidades con las tierras en donde él se levantaría, resultaba evidente que correspondía efectuar un EIA. Destaco el razonamiento de la CA en este punto, pues se hizo uso de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que recoge y propende a la mantención y fortalecimiento de la relación espiritual existente entre los pueblos indígenas y sus tierras, territorios, aguas y otros recursos que tradicionalmente han poseído o utilizado de alguna u otra manera¹⁵⁵. Instrumento que resulta bastante poco usual de encontrar en la argumentación de nuestros tribunales superiores de justicia.

En cuanto al proceso de consulta, cuya omisión es alegada por la recurrente, la CA siguiendo la lógica descrita, pareciera inclinarse por su realización¹⁵⁶, aunque en el fallo no se vislumbra ninguna fórmula clara e inequívoca que permita concluir su procedencia, pues se limita a reproducir el contenido de los derechos de consulta y participación consagrados en el Convenio.

Celebro el relativo avance que experimentó la jurisprudencia de la CA de Valdivia sobre la materia. Y digo relativo avance, no sólo porque las decisiones tienen un dejo de titubeo, sino que además por el voto disidente que no estima procedente la consulta, pues no asume la RCA como una ‘medida administrativa’. Así el Ministro Carretta, tiene a la vista el Decreto 124 y la Ley 19.880 sobre procedimiento administrativo, para entender que la RCA es un acto administrativo (efectos particulares)¹⁵⁷.

La CS, por su parte, confirmó la sentencia apelada eliminando el considerando que hacía alusión a la relación espiritual de los pueblos indígenas con sus recursos y al derecho de consulta. En su lugar, se tuvo presente el riesgo para la salud de la población aledaña, por lo que el proyecto requeriría de un EIA. Además de ello, se retomó la idea de considerar el procedimiento de participación ciudadana de la LBGMA pero contemplando los estándares del Convenio¹⁵⁸.

4.3.2 Tendencias en nuestros Tribunales Superiores de Justicia

a) La consulta recogida en la LBGMA

Dada la reciente incorporación del Convenio a nuestro Ordenamiento jurídico, la jurisprudencia recaída sobre el derecho de consulta no es abundante. No obstante ello, una porción significativa, como se vio, se ha inclinado por hacer compatible el proceso de consulta con el mecanismo de participación de la LBGMA al conocer la impugnación de resoluciones de calificación ambiental favorables a proyectos de inversión. Constituyendo, de este modo, una de las tendencias que más inquietud ha provocado en los pueblos indígenas.

Numerosos fallos han asimilado ambos procesos sin mediar una mayor argumentación al respecto, mientras que una reducida cantidad de sentencias han desarrollado una fundamentación que no comparto, pero que al menos, se esfuerza por justificar más acabadamente su decisión.

Dentro de los razonamientos esgrimidos para compatibilizar los mecanismos aludidos, se halla la identificación del criterio de ‘afectación’ proporcionado por el art. 11 de la LBGMA con la ‘afectación a secas’ como elemento de la consulta así como la utilización, bastante aislada, de la regla de flexibilización que consagra el propio Convenio. No sería objetable el uso de la regla, si ambas herramientas se inspiraran en los mismos principios y reuniesen las mismas

¹⁵⁵ Cfr. SCA de Valdivia, rol 243 – 2010 de 4 de agosto de 2010, considerando 4°.

¹⁵⁶ Cfr. *Ibid.*, considerando 4°.

¹⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, voto disidente, considerando 5°.

¹⁵⁸ Cfr. SCS, rol 6062 – 2010 de 4 de enero de 2011, considerandos 2° y 3°.

características, pues más allá de que las dos sean formas de participación ciudadana, no tienen nada más en común. En todo caso, sea cual sea la razón invocada para hacer ambos mecanismos semejantes, no tiene mayor asidero, pasemos a ver por qué.

La consulta es un derecho de naturaleza colectiva – pues aunque todavía haya quienes se opongan a categorizarlos de ese modo, existe un consenso más bien general que reconoce su naturaleza colectiva- mientras que la participación ciudadana de la LBGMA es un derecho de corte individual. Como se dijo en el segundo capítulo, la consulta es un derecho colectivo porque se trata de un derecho que se ejerce por el grupo humano en su conjunto, que en este caso, es el pueblo indígena susceptible de ser afectado por una determinada medida legislativa o administrativa. Aquí, los efectos se radican en el conjunto de personas, conformando un único sujeto de derecho, tal como si se estuviere frente a una sola persona¹⁵⁹ y amparando intereses colectivos, que trascienden al individuo. En lo tocante al Convenio, ese interés desemboca en la protección de la diversidad cultural. Por el contrario, la participación ciudadana de la LBGMA es un derecho individual, pues su titularidad recae sólo sobre el individuo protegiendo intereses, igualmente, individuales que son acordes a la protección del patrimonio ambiental y cultural.

El que cada mecanismo de participación responda a diversas categorías de derechos, es la primera piedra de tope como para permitir la compatibilización entre ambos. Y el que ningún fallo haya abordado este punto, me parece que arrastra consigo un cierto desconocimiento dogmático sobre el asunto. Como también, es dable aventurarse pensar que dadas las múltiples objeciones de que adolece la categoría de derechos colectivos en virtud de una aparente contradicción con nuestro actual sistema de derechos fundamentales, nuestros tribunales adhieren a aquel segmento de la doctrina que ve innecesaria la referencia a una nueva categoría de derechos, por estimar que los derechos individuales son suficientemente flexibles como para brindar protección a los intereses de los pueblos indígenas - aunque en la práctica esto no se ha demostrado-. Como sea el caso, lo cierto es, que la consulta está siendo interpretada como un derecho individual, en circunstancias de que se trata de un derecho colectivo. Resulta lamentable no poder desarrollar más este aspecto, ya que las Cortes ignoran una eventual discusión sobre el asunto y las escuetas argumentaciones elaboradas, no colaboran a la misma. Con todo, me parece que la forma en que la consulta ha sido interpretada da señas, implícitamente, de una dificultosa acogida de derechos de corte colectivo.

Otro motivo para rechazar la analogía entre ambos mecanismos, dice relación con un análisis más pormenorizado de las disposiciones que los reglamentan. En efecto, el derecho de consulta está destinado a un grupo específico dentro de la sociedad, con el fin de velar por sus particulares intereses. Mientras que la participación ciudadana de la LBGMA es una herramienta dirigida a la comunidad en su totalidad, que no distingue ninguna necesidad de tutela especial, pues de manera simple *“cualquier persona, natural o jurídica, podrá imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados”*¹⁶⁰, así como *“cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental”*¹⁶¹. Lo mismo resulta aplicable a DIAs, aunque bajo ciertos requisitos, pues luego de la reforma a la

¹⁵⁹ Cfr. Lillo, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 2 – 3.

¹⁶⁰ Artículo 27 de Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

¹⁶¹ Artículo 29 de Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

institucionalidad ambiental del año 2010, se abrió la posibilidad de realizar un proceso de participación ciudadana, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o como mínimo diez personas naturales¹⁶².

Junto a lo anterior, las formas de intervención ciudadana que contempla la LBGMA no colmarían los estándares de la consulta. Así, el que cualquier persona pueda imponerse del contenido del proyecto y de los documentos que le acompañan, de acuerdo al art. 27 de la LBGMA, más que asemejarse a un proceso de consulta, parece una faceta más de un derecho a informarse. Tal como se dijo al analizar los elementos de la consulta, la mera entrega de información no satisface la obligación del Estado. La información sólo es el primer paso para llevar adelante un diálogo institucionalizado y por sí sola, resulta insuficiente pues, como muy bien han señalado los votos disidentes de la CS, no hay posibilidad de influir en la decisión de la autoridad. A igual conclusión se arriba respecto de la nueva forma de intervención ciudadana que contempla, de manera más expresa y reglamentada, el derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentra en poder de la Administración¹⁶³.

Ya de lleno en la participación ciudadana propiamente tal, la LBGMA faculta para que se formulen observaciones al EIA, ello en un plazo de 60 días desde que se publica el extracto del mismo para que luego la autoridad se pronuncie sobre ellas. Dejando la posibilidad de que se presente un recurso de reclamación en caso de que las observaciones no hayan sido debidamente consideradas¹⁶⁴.

Estimo, que así como se plantea este mecanismo de participación, se hace difícil su correspondencia con la consulta. Primero, porque la consulta debe desarrollarse en un clima favorable, semejante a un diálogo continuo, dirigido a obtener el consentimiento de las partes involucradas respecto de la medida propuesta a los pueblos indígenas. La suerte de ‘observaciones y ponderaciones’ que ordena la LBGMA, permite solo una oportunidad de intervención por cada parte, en un plazo que bordea lo óptimo – plazo que, ante modificaciones del proyecto, se ve drásticamente reducido a 30 días -, como para que los pueblos indígenas discutan la medida con sus bases y la estudien técnicamente, de modo tal, que describirlo como ‘diálogo’ es excesivo.

La LBGMA además, no acentúa que los esfuerzos de las partes deben dirigirse a obtener acuerdos sobre las medidas propuestas ni menos que el fin propio de la consulta es conseguir el consentimiento sobre la medida, sino que sólo se contenta con la recepción de una ‘opinión’ sobre la medida. Claramente, la observación hecha al proyecto propuesto puede no ser debidamente ponderada y en vista de eso, se contempla un recurso de reclamación. Me parece que, siendo lógicos con el principio de buena fe de la consulta que tiene a su cargo el impulso de una confianza mutua entre las partes, promover una reclamación es igual a anular esa confianza en la institucionalidad que preocupa a la OIT. Toda la crítica comentada, se hace extensiva a la participación ciudadana en las DIAs, por cuanto el proceso es el mismo, aunque con plazos inferiores.

¹⁶² Artículo 30 bis de Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

¹⁶³ Cfr. Artículos 31 bis a 31 quáter de Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

¹⁶⁴ Cfr. Artículo 29 de Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Es por todo lo expuesto que, el diseño de la participación ciudadana de la LBGMA no puede pretender cumplir con el estándar de la consulta. Y por consiguiente, debe adecuarse la normativa interna ambiental para dar cumplimiento al deber de consulta: ya sea contemplando el establecimiento propiamente tal de un proceso de consulta diverso a la participación ciudadana de la LBGMA o bien, incorporando el estándar de la consulta al mismo.

Mención especial merece el hecho de que la jurisprudencia en general, a excepción de un voto disidente en la CA de Santiago, no manifiesta ninguna preocupación ante la eventualidad de ver comprometida la responsabilidad internacional del Estado chileno a propósito del incumplimiento de la consulta o su realización sin observar sus características esenciales. Me parece que la posibilidad de esta responsabilidad, siendo que se está ante un convenio internacional, debiera impulsar, con mayor razón, un análisis más riguroso de la situación por parte de nuestras Cortes.

De los fallos estudiados, puede concluirse que nuestras CA están divididas al momento de verse enfrentadas a la analogía entre la consulta y la participación ciudadana de la LBGMA. Mientras que la CS, al menos en una primera etapa de vigencia del Convenio, se ha inclinado derechamente por implantar la compatibilización entre ambos. Observándose eso sí, que al interior de este tribunal superior, la cuestión no es del todo compartida y ello ha quedado demostrado a través de los contados votos disidentes que se niegan a la correspondencia entre ambos mecanismos. Me parece, en todo caso, que la última jurisprudencia emanada de la CS, sutilmente está asumiendo una evolución en cuanto al punto, pues si bien se continúa con la idea de que la participación ciudadana de la LBGMA basta como proceso de consulta, se ha ido agregando tímidamente, que ella debe contemplar los estándares del Convenio.

b) La RCA no es medida administrativa en los términos del Convenio

En los primeros casos conocidos por nuestros tribunales superiores de justicia, se discutió si la RCA configuraba una medida administrativa merecedora de consulta. Lo cierto es, que el Convenio no entrega ninguna referencia acerca de qué debe entenderse por ella y en nuestro país, el asunto se reguló a través del Decreto 124 circunscribiendo su contenido a nuevas políticas, planes o programas que afecten a pueblos indígenas, o sea a medidas que tienen un efecto general sobre la población. Con esta definición, entonces, la RCA se vería excluida de una eventual consulta por cuanto sus efectos son particulares.

Las CA, nuevamente, se vieron divididas ante esta situación y así, hubo quienes estimaron que no podría proceder la consulta por estar en ausencia de una medida administrativa, como también, hubo quienes ignorando el Decreto 124 y acudiendo a una interpretación favorable a los pueblos indígenas, hicieron aplicable la consulta. La vocación restrictiva del mencionado Decreto ya se hizo ver en su oportunidad, por lo que la definición entregada por él no es más que reflejo de eso.

Resulta interesante la posición que al respecto tomó la CS, pues prescindiendo del Decreto, cerró la cuestión entendiendo, en lo sucesivo, que la RCA cabe dentro del concepto de ‘medida administrativa’. En este sentido, afortunada resulta esta tendencia de la CS por cuanto favorece y amplía la aplicación de la consulta.

4.4 BREVE REFERENCIA A LA EXPERIENCIA COMPARADA

Para tener una idea acerca del escenario práctico de los pueblos indígenas y el derecho de consulta en el derecho comparado, se han tomado las realidades de Colombia y Ecuador. La primera, por desempeñar a través de su Corte Constitucional un importante rol proteccionista de los pueblos indígenas y la segunda, por representar conflictos y desafíos similares a los apreciados en Chile.

4.4.1 Colombia

Colombia ratificó por la Ley n° 21 de 1991 el Convenio 169, el que goza de rango constitucional por disposición de su propia CPR¹⁶⁵.

La reglamentación interna del derecho de consulta, en este país, se ha proyectado para dos hipótesis en asuntos ambientales. Es así como se distingue: la consulta sobre aquellos proyectos que requieren licencia ambiental y la consulta para proyectos que no requieran dicha licencia.

La primera figura, recae sobre un procedimiento administrativo que tiene por fin otorgar una licencia ambiental, que no es más que una autorización para llevar a cabo un determinado proyecto o actividad, que según la ley colombiana, produzca un detrimento grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o involucre alteraciones de consideración o notorias en el paisaje¹⁶⁶. Como se ve, se asimila bastante al papel que cumple el EIA en nuestro sistema. A su vez, para la segunda figura, carente de la licencia ambiental, sólo se contempla una aplicación directa del Convenio, esto es, se reprodujo lo preceptuado por el instrumento internacional, sin entrar a regular el proceso mismo más detalladamente a través de la misma Ley N° 21 que ratifica el Convenio¹⁶⁷.

Lo que interesa aquí, entonces, es la implementación de la consulta para casos que requieran licencia ambiental. En esta dirección y tal como hiciera nuestro país, Colombia elaboró el Decreto 1320 de 1998, que al igual que en Chile, ha sido objeto de parecidas y múltiples críticas. De hecho, directa y reiteradamente la CEACR ha solicitado su derogación o, al menos, su modificación pues jamás fue objeto de consulta (siendo que se trata de una medida legislativa susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas) y además, no se ajustaría a lo preceptuado por el propio Convenio¹⁶⁸. Dentro de las principales críticas al Decreto 1320, se halla la nula referencia a indicadores o procedimientos para evaluar posibles impactos culturales, los plazos previstos para cada etapa, los mecanismos de información para los pueblos indígenas, la prescindencia de la participación de los pueblos ante la negativa a participar de la consulta o

¹⁶⁵ Cfr. Carmona, Cristóbal, “La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho comparado” en Meza – Lopehandía, Matías (ed.), *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, Fundación Heinrich Böll, Chile, 2009, p. 43.

¹⁶⁶ Cfr. Amparo, Gloria. “El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia” en *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, ILSA, Bogotá, 2009, p. 60. Documento en línea, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/484_El_otro_derecho_40_%20Consulta%20Previa.pdf, visitado el 14 de febrero de 2012.

¹⁶⁷ Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos*, Colombia, 2008, p. 51.

¹⁶⁸ Cfr. Maya, Ana Lucía, “El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano” en *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, ILSA, Bogotá, 2009, pp. 88 – 90. Documento en línea, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/484_El_otro_derecho_40_%20Consulta%20Previa.pdf, visitado el 14 de febrero de 2012.

ante la omisión de respuesta por parte de los mismos, la referencia a ‘comunidades’ en vez de pueblos indígenas y la definición de ‘territorio’ que excluiría tierras ancestrales¹⁶⁹.

A pesar de que Colombia y Chile tienen en común una regulación defectuosa respecto de la consulta, Colombia y su Corte Constitucional llevan la ventaja a la hora de dirimir conflictos en donde ella se ve involucrada. La labor que ha desplegado la Corte Constitucional colombiana, ha cubierto gran parte de las críticas que se han hecho al tratamiento interno que se le ha otorgado al Convenio como a la consulta a través de una copiosa jurisprudencia que ha abogado derechamente por cambios interpretativos favorables a los pueblos indígenas, la ampliación de la aplicación de la consulta, el establecimiento de criterios orientadores para hacer efectiva la consulta e incluso declarando inaplicable el Decreto 1320 en reiteradas oportunidades. Toda una tarea enriquecedora que se ha apoyado, en todo caso, en el rango constitucional del Convenio, el reconocimiento constitucional del deber de protección del Estado colombiano para con la diversidad étnica y cultural de la nación, y en el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujeto de derechos que la propia Corte ha realizado, cuestión que no es menor¹⁷⁰.

4.4.2 Ecuador

Ecuador ratificó el Convenio 169 en 1993 y desde el 2008 cuenta con una nueva Constitución que dedica un capítulo a los ‘derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades’. Este capítulo establece derechos colectivos a favor de los pueblos y reproduce en gran parte el estándar del Convenio, consagrando incluso, la consulta previa – con un núcleo colectivo- ante medidas de explotación y utilización de los recursos naturales no renovables que se encuentren en tierras de pueblos indígenas y que puedan afectarles¹⁷¹, como también la consulta para medidas legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos¹⁷².

Si bien, la consagración constitucional de la consulta representa un adelanto, aún no se ha legislado sobre el proceso mismo. Sólo ha sido visible un tratamiento más bien disperso, liderado por normativas sectoriales que no se han librado de críticas similares a las que se erigen sobre la práctica de la consulta en nuestro país. Así, por ejemplo, se halla la Ley de Minería ecuatoriana de 2009, que remite – sin mediar consulta al respecto- a un proceso de participación ciudadana constitucional, dirigido a la comunidad en general y que tiene por objeto recoger la opinión ciudadana para tutelar derechos medioambientales¹⁷³. Por ende, dicho mecanismo no está especialmente establecido para proteger derechos propios de los pueblos indígenas sino que, más bien, para evaluar los impactos ambientales de determinados proyectos.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano, con anterioridad a la adopción de la nueva Constitución, asumió un rol proteccionista en virtud del Convenio, sobre todo ante casos de concesiones petroleras y mineras. Pero luego del nuevo texto constitucional, la actual Corte Constitucional se ha caracterizado por sus decisiones contradictorias. En este sentido, ha criticado

¹⁶⁹ Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁰ Cfr. Carmona, Cristóbal, *op. cit.*, pp. 43 – 52.

¹⁷¹ Artículo 57.7 de la Constitución del Ecuador.

¹⁷² Artículo 57.17 de la Constitución del Ecuador.

¹⁷³ Cfr. Fundación para el Debido Proceso Legal (DPFL), *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, 2011, pp. 67 – 68. Documento en línea, disponible en http://www.observatori.org/documents/INFORME_DERECHO_CONSULTA_2011.pdf, visitado el 15 de febrero de 2012.

la omisión de la consulta ante la legislación de una determinada materia, pero no ha acogido la inconstitucionalidad de la Ley de Minería y ha validado la entrega de información hacia los pueblos indígenas por parte del Estado, pero a su vez, reconoce que ella no constituye consulta; entre otros¹⁷⁴.

Ahora bien, esta pérdida de rumbo se ha visto acentuada por la carencia de regulación legal de la consulta, la nula inclusión de éste en la institucionalidad estatal y en el presupuesto público que sólo han dificultado una adecuada implementación. Todo lo anterior ha provocado una gran disconformidad de parte de los pueblos indígenas por el largo trecho entre lo proclamado constitucionalmente y la práctica, fomentando la desconfianza en la institucionalidad ecuatoriana¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 68 – 69.

¹⁷⁵ Cfr. Fundación para el debido proceso legal (DPFL), *op cit.*, p.73.

V.- CONCLUSIONES

1.- A partir de década de los 90' y como parte de una tendencia a nivel mundial y regional, Chile ha venido impulsando una parsimoniosa política dirigida al reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas que habitan al interior de nuestro país. La que se ha visto reflejada a través de la promulgación de la Ley Indígena, la reciente ratificación del Convenio 169 de la OIT y los numerosos proyectos de ley para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos.

2.- El Convenio 169 de la OIT consagra una serie de derechos a favor de los pueblos indígenas y tribales, entre los que figura el derecho de consulta, reconocido como el pilar fundamental del instrumento internacional. Un consenso general, indica que este catálogo de derechos es de naturaleza colectiva. Esta categoría de derechos, relativamente nueva, ha sido objeto de múltiples críticas; la principal, apunta a una aparente incompatibilidad de ellos con el sistema de derechos fundamentales imperante en occidente, cuya construcción se alza sobre derechos de naturaleza individual. Chile también es heredero de un sistema individualista de derechos fundamentales.

3.- Luego de la ratificación del Convenio 169 (2008) en nuestro país, la acogida de un derecho colectivo como el de consulta ha resultado particularmente dificultosa a nivel de la función ejecutiva, legislativa y judicial; constituyendo un desafío que se ha visto acentuado por su amplia impetración ante el desarrollo y autorización de proyectos de inversión sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental que contempla la Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente como por el tratamiento legal que se le ha dado internamente.

4.- De la evaluación hecha a nuestro ordenamiento jurídico, se desprende que el Estado chileno no cumple con la obligación de consulta consagrada en el Convenio 169, pues la legislación interna compuesta por la Ley n° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas ('ley indígena'), la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente y el Decreto Supremo 124 no admite la naturaleza colectiva del derecho de consulta y por ende, no incorpora sus elementos esenciales ni el estándar impuesto por el propio Convenio.

5.- Como correlato de una defectuosa implementación legal del derecho de consulta, nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en reiteradas oportunidades, no han interpretado correctamente este derecho, identificándolo con un derecho de corte individual como lo es la participación ciudadana de la Ley de Bases de Medio Ambiente, en circunstancias de que se trata de un derecho colectivo de características diversas a aquél. Lo anterior, ha significado una protección débil sino nula de los derechos de los pueblos indígenas.

6.- Como consecuencia de una deficiente reglamentación legal del derecho de consulta y su desacertada aplicación por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, la responsabilidad internacional del Estado chileno se ve seriamente comprometida.

7.- En el derecho comparado, también se han apreciado palpables dificultades en torno a la implementación y aplicación del derecho de consulta. Las que desembocan en las mismas consecuencias y requerimientos que para el caso chileno.

8.- Se requiere la revisión y posterior adecuación de la legislación interna chilena para dar cabal cumplimiento a las obligaciones que mandata el Convenio, en particular en todo aquello que atañe al derecho de consulta y no poner en riesgo la responsabilidad internacional del Estado.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

Textos Doctrinales:

- Aguilar, Gonzalo. “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno” en *Revista Ius et Praxis*, Año 11, N° 1, Chile, 2005.
- Amparo, Gloria. “El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia” en *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, ILSA, Bogotá, 2009. Documento en línea, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/484_El_otro_derecho_40_%20Consulta%20Previa.pdf
- Anaya, James. “La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: evolución y perspectivas”, Ponencia en el marco del Seminario Internacional del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas del 28 al 29 de diciembre, CEPAL, 2006. Documento en línea, disponible en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_enlinea/globalizacion%20y%20pblos%20indg.htm
- Aylwin, José (coord.). *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Programa de Derechos Indígenas, Instituto de estudios indígenas de la Universidad de la Frontera, Ediciones LOM, Chile, 2003.
- Baubock, Raíner. “Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos” en Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (ed.), *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009.
- Carbonell, Miguel. “Minorías etno – culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales” en Valadés Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coord.), *Derechos humanos*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Tomo III, Núm. 64, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2001. Documento en línea, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/94/5.pdf>
- Carmona, Cristóbal. “La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho comparado” en Meza – Lopehandía, Matías (ed.), *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Fundación Heinrich Böll, Chile, 2009.
- Díaz – Polanco, Héctor. “Los dilemas de la diversidad” en Castro, Milka (ed.), *XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el*

tercer milenio, del 13 al 17 de marzo de 2000, Universidad de Arica y Universidad de Tarápaca, 2000, Chile

- Donoso, Sebastián. “Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro” en *Temas de la Agenda Pública*, año 3, n° 16, abril, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, 2008. Documento en línea, disponible en <<http://vinculosconlasociedad.uc.cl/documentos/5.pdf>>
- Donoso, Sebastián. “Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación”. Documento de trabajo n°8. Facultad de Gobierno. Universidad del Desarrollo. Noviembre. Chile. 2009. Documento en línea, disponible en <<http://gobierno.udd.cl/files/2011/04/Paper-N°8.pdf>>
- Fernández, Andrés y De la Piedra, Cristhian. “Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias” en *Centro de Estudios Públicos*, Núm. 121, Chile, 2011. Documento en línea, disponible en <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4766.html>
- González, Jorge. “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT” en Ordóñez, José Emilio (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, IX Jornadas Lascasianas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2000. Documento en línea, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/91/8.pdf>>
- Grijalva, Agustín. “¿Qué son los derechos colectivos?” en Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (ed.), *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009.
- Jáuregui, Gurutz. “Derechos individuales versus derechos colectivos. Una realidad inescindible” en Ansuátegui, Francisco (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, España, 2001.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural*, Ediciones Paidós, España, 1996.
- Kymlicka, Will. “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal” en *Revista Isegoría*, N° 14, España, 1996.
- Kymlicka, Will. “Multiculturalismo” en *Diálogo Político*, publicación trimestral de la Konrad – Adenauer – Stiftung A.C, año XXIV, núm. 2, 2007.
- Lillo, Rodrigo. “El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad” en *Revista de Divulgación de Antropología Aplicada*, año 1, n° 2. Centro de Estudios Socioculturales. Temuco. 2001.

- Maya, Ana Lucía. “El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano” en *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. ILSA. Bogotá. 2009.
- Mereminskaya, Elina. “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas” en *Centro de Estudios Públicos*, Núm. 121. Chile. 2011. Documento en línea, disponible en <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4768.html>
- Montt, Santiago y Matta, Manuel. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile” en *Centro de Estudios Públicos*, Núm. 121, Chile, 2011. Documento en línea, disponible en <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4767>
- Nash, Claudio. “Los derechos indígenas en el sistema interamericano de Derechos Humanos” en *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, Volumen I, N° 1, Universiteit Gent, Bélgica, 2008.
- Ordóñez, Carlos. “Derechos Humanos de los pueblos indios” en *Etnicidad y derecho: Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, V Jornadas Lascasianas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Serie L, Núm. 4, México, 1996. Documento en línea, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/253/12.pdf>>
- Ordóñez, Carlos. “Tradición y modernidad. Encuentros y desencuentros de los pueblos indios frente al indigenismo y los procesos de globalización”. En *Pueblos indígenas y derecho étnicos*. VII Jornadas Lascasianas Internacionales. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Serie Doctrina Jurídica, Núm. 5. México. 1999. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/98/10.pdf>>
- Peces – Barba, Gregorio. “Los derechos colectivos” en Ansuátegui, Francisco (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, España, 2001.
- Sierra, Lucas. “La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo” en *Centro de Estudios Públicos*, Núm. 92, Chile, 2003. Documento en línea, disponible en <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3226.html>
- Staelens, Patrick. “El Convenio 169 de la OIT: de una política integracionista al reconocimiento del derecho de la entidad de los pueblos indios” en *Derechos indígenas en la actualidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1994. Documento en línea, disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/636/12.pdf>>

- Stavenhagen, Rodolfo. “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales” en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, Núm. 15, Enero – Junio, San José de Costa Rica, 1992.
- Toledo, Víctor. “Trayectoria de una negación. La transición chilena y el compromiso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas 1989 – 2006” en *Centro de Políticas Públicas*, 2006. Documento en línea, disponible en <http://es.scribd.com/doc/15779668/2006-Dossier-Trayectoria-de-Una-Negacion-Chile-19892006>
- Torbisco, Neus. “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos” en Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (ed.), *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009.
- Viguera, Hernán. “Derechos colectivos. Reflexiones en torno a la voluntad y representación de los sujetos colectivos” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Año LXX, Vol.1, N° 212, Julio – Diciembre 2002.
- Wolkmer, Antonio. “Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina” en Dusse, Enrique; Mendieta, Eduardo y Bohórquez, Carmen (ed.), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y “latino” (1300 – 2000): Historia, corrientes, temas y filósofos*, CREFAL, Siglo XXI Editores, México, 2009.
- Yañez, Nancy y Gentes, Ingo. *Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas*, WALIR, Chile, Noviembre 2005. Documento en línea, disponible en <http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/doc//walir52.pdf>.

Otros:

- Anaya, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009.
- Anaya, James: Relator Especial de 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*, 2009, p. 40 Documento en línea, disponible en <http://es.scribd.com/doc/14612207/Informe-Relator-ONU-Principios-sobre-Consulta-a-Pueblos-Indigenas-Abril-2009>.

- Fundación para el debido proceso legal (DPFL). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. 2011. Documento en línea, disponible en http://www.observatori.org/documents/INFORME_DERECHO_CONSULTA_2011.pdf.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). *Informe anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile*, Chile, 2010. Documento en línea, disponible en http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/734/2010-indh-informe_anual.pdf
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos*, Colombia, 2008.
- Organización Internacional del Trabajo (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*. Documento en línea, disponible en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2010_oit_compilacion_comentarios_c169.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Suiza, 1999.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual*, Suiza, 2003.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Suiza, 2009.

Jurisprudencia:

- Sentencia Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000, rol 309 – 00.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco de 21 de enero de 2010, rol 1705 – 2009.
- Sentencia Corte Suprema de 17 de mayo de 2010, rol 1525 – 2010.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia de 26 de mayo de 2010, rol 148 – 2010.
- Sentencia Corte Suprema de 14 de octubre de 2010, rol 4078 – 2010.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 27 de julio de 2010, rol 36 – 2010.
- Sentencia Corte Suprema de 15 de septiembre de 2010, rol 5757 – 2010.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Arica de 19 de febrero de 2010, rol 16 – 2010.
- Sentencia Corte Suprema de 16 de junio de 2011, rol 2262 – 2011.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia de 4 de agosto de 2010, rol 243 – 2010.
- Sentencia Corte Suprema de 4 de enero de 2011, rol 6062 – 2010.

- Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción de 1 de diciembre de 2010, rol 401 – 2010.
- Sentencia Corte Suprema de 11 de abril de 2011, rol 9889 – 2010.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 11 de octubre de 2011, rol 239 – 2011.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta de 21 diciembre de 2010, rol 782 – 2010.
- Sentencia Corte Suprema de 13 de julio de 2011, rol 258 – 2011.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco de 20 de enero de 2012, rol 349 – 2011.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de enero de 2011, rol 1794 – 2010.
- Sentencia Corte Suprema de 6 de mayo de 2011, rol 1608 – 2011.